

35

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

S. PRAVIDE ET PRO

# Revista

Enero 2015

35

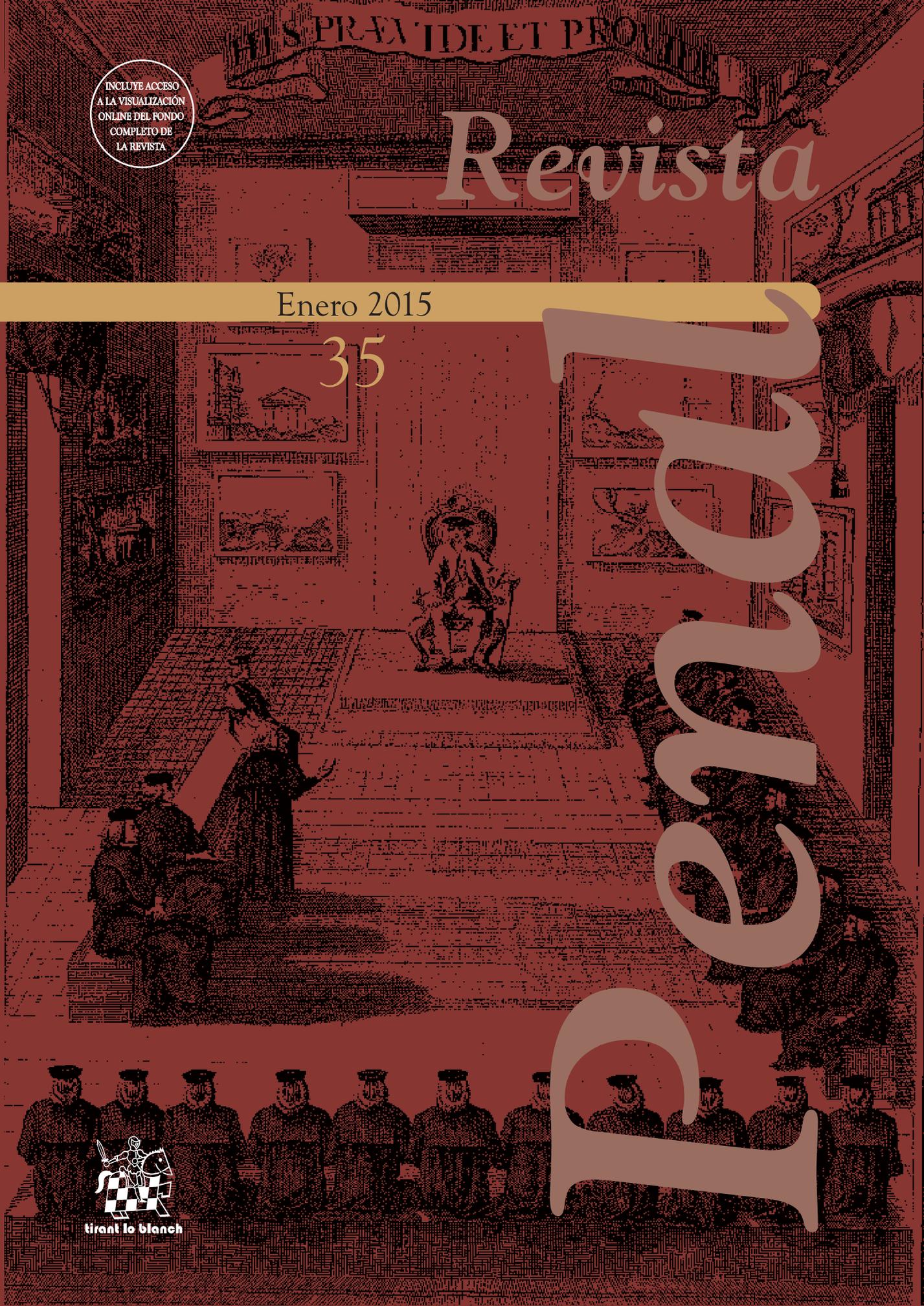
Revista Penal

# Penal

Enero 2015



tirant lo blanc



# Revista Penal

Número 35

## Sumario

---

### Doctrina:

- Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher, por *Paulo César Busato* ..... 5
- La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal, por *Miguel Bustos Rubio* ..... 24
- Expulsión de extranjeros en el Código penal, por *Mariano-David García Esteban*..... 45
- Las muertes sin pena en el Brasil. La difícil convergencia entre derechos humanos, política criminal y seguridad pública, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* ..... 84
- Tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea. Especial consideración del delito de tráfico de drogas como objeto del Derecho penal transnacional europeo, por *Silvia Mendoza Calderón* ..... 100
- La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista, por *Francisco Muñoz Conde*..... 129
- Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por *Nicolás Rodríguez García* ..... 139
- Los denominados “tratamientos médicos arbitrarios” ante el Derecho penal: de la STS de 26 de octubre de 1995 a la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, por *Sergio Romeo Malanda* ..... 173
- Victoria Kent (Una española universal), por *Antonio Sánchez Galindo* ..... 189
- La sustracción de recién nacidos, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 208
- La pena capital en China, por *Yu Wang* ..... 229
- La complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas (El caso Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana), por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* ... 233

### Jurisprudencia:

- Certificación falsa de fin de obra (A propósito del auto nº 6/2011, de 5-4-2011, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia) por *Carlos Martínez-Buján Pérez*..... 245

**Sistemas penales comparados:** Delitos contra el medio ambiente (Environmental Crimes)..... 261

**Bibliografía:** por *Francisco Muñoz Conde*..... 313

### Noticias:

- Algunas ideas sobre el tratamiento jurídico del terrorismo (Grupo Latinoamericano de estudios sobre Derecho Penal Internacional)..... 335

**Fe de erratas del número 34**..... 338



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Francesca Consorte (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	R. Baris Erman (Turquía)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: tlb@tirant.com  
http://www.tirant.com  
Librería virtual: http://www.tirant.es  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

# Bibliografía

## Notas bibliográficas

**1. LA ATENUACIÓN FACULTATIVA DE LA PENA DEL PARTICIPE EN LOS DELITOS ESPECIALES COMO INSTRUMENTO PARA LA ELABORACIÓN JURÍDICA DEL PASADO. (A propósito del libro: “La responsabilidad en los “delitos especiales”, el debate doctrinal en la actualidad”, director Ricardo Robles Planas, con contribuciones de Enrique Peñaranda Ramos, Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, María Ángeles Rueda Martín, Víctor González Martín y Eduardo Javier Riggi, Montevideo-Buenos Aires, 2014, 471 páginas).**

*Nota previa: La lectura del libro de referencia en el subtítulo de este trabajo me ha hecho recordar algunas cuestiones sobre el origen histórico del apartado 2 del actual parágrafo 28 del Código penal alemán y las consecuencias que su introducción tuvo en la elaboración jurídica del pasado en la República Federal Alemana en los años sesenta del pasado siglo. El precepto alemán es similar al art. 65, 3 del Código penal español, de ahí que me parezca interesante hacer algunas consideraciones sobre el origen histórico, sin perjuicio de ocuparme más adelante, si tengo tiempo y conocimientos suficientes para ello, del alcance jurídico que tiene o puede tener el precepto español introducido en el Código penal en el 2003, en la elaboración de algunos procesos penales iniciados y aun no terminados por diversos casos de corrupción política y de delincuencia económica financiera.*

1. El 1 de octubre de 1968 entró en vigor en la República Federal de Alemania la Ley de Introducción a la Ley sobre las infracciones administrativas (*Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz*). En dicha Ley se regulaba de modo general el poder sancionatorio de la Administración, algo que hacía tiempo venía reclamando la doctrina y la praxis alemanas, entre otras cosas para poder diferenciar con la mayor clari-

dad posible las infracciones de carácter administrativo de las infracciones delictivas y dotar a aquellas de una regulación unitaria común a todos los sectores en los que la Administración pública puede imponer sanciones propias de este ámbito. Esta Ley no tenía, por tanto, por qué invadir el ámbito estrictamente penal, ni hacer ninguna modificación en las leyes penales, sobre todo en el Código penal, que en aquellos momentos estaba a punto de ser reformado con una ley que entró en vigor poco después en 1969.

No deja, por tanto, de ser sorprendente que de una forma solapada y sin que aparentemente nadie lo hubiera pedido se introdujera a través de esta Ley de Introducción a la Ley sobre las infracciones administrativas un apartado 2 en el parágrafo 50 en el Código penal, que literalmente decía lo siguiente:

*“2. Si faltan en el partícipe las específicas cualidades, relaciones o circunstancias personales (elementos personales especiales), que fundamentan la penalidad del autor, la pena correspondiente debe ser atenuada conforme a la pena de la tentativa”.*

Aunque esta atenuación para el partícipe en el que no concurrían los elementos específicos de carácter personal que tiene que tener el autor de los delitos especiales, había sido defendida por algún sector de la dogmática penal alemana, dicha aspiración no era compartida de forma unánime, ni siquiera mayoritaria, y desde luego tampoco existía ninguna razón de urgencia para introducirla de forma solapada en el Código penal a través de una Ley de que solo regulaba el ámbito de las infracciones administrativas. Luego alguna causa o intención encubierta debió haber para ello. Sin embargo, no deja de ser sorprendente que entonces nadie diera una explicación suficiente de la razón de dicha reforma y todavía hoy, por lo menos en los Tratados de la dogmática penal alemana tampoco se hable del extraño origen de este precepto, ahora convertido, tras la reforma de 1969, en el apartado 2 del parágrafo 28 del Código pe-

nal alemán, que reproduce casi literalmente el apartado segundo del anterior párrafo 50.

Un precepto similar fue introducido el año 2003 en el Código penal español, cuyo artículo 65, 3, establece ahora que:

*“Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate”.*

Si bien el precepto del Código penal español tiene algunas diferencias con el correspondiente del Código penal alemán, motivadas en parte por no existir en el Código penal alemán la figura del cooperador necesario, y por no referirse el español al cómplice, que de todos modos en el Código penal español es siempre obligatoriamente castigado con una pena inferior en grado a la del autor (art. 63), la diferencia fundamental entre una y otra regulación es que mientras, por lo que se refiere a los partícipes en los que no concurren los elementos personales que fundamentan la culpabilidad del autor, en la regulación alemana la atenuación de la pena, conforme a lo que dispone el párrafo 49 para la tentativa, es obligatoria para el partícipe (inductor o cómplice), en la española es meramente facultativa para el inductor o el cooperador necesario, excluyéndose al cómplice. No es nuestra intención, sin embargo, hacer ahora un análisis detenido del art. 65, 3 del Código penal español, ni de este libro monográfico dedicado al mismo con la contribución de diversos autores, sino poner de relieve las consecuencias que la introducción de una regla similar en el Código penal alemán tuvo en la elaboración jurídica del pasado nazi y concretamente en la exclusión de la responsabilidad penal de los que durante la vigencia de aquel régimen contribuyeron, favorecieron o incluso cometieron directamente los crímenes más graves contra la Humanidad, incluyendo su participación en el Holocausto, posteriormente calificado como Genocidio.

2. Parece realmente anómalo que un precepto aparentemente inocuo y de alcance puramente dogmático pudiera ser utilizado con tal finalidad, pero como se puso ya de relieve en el momento en que se introdujo y posteriormente ha sido puesto de relieve por algunos autores que se han ocupado del tema, la introducción de este precepto en el Código penal alemán tuvo inmediatamente consecuencias directas en el sobreseimiento de los procesos que en aquella época se llevaban a cabo contra los responsables de crímenes más brutales cometidos durante el régimen nacionalsocialista, mu-

chos de los cuales quedaron, en base a la reforma que ahora se comenta, completamente exonerados de cualquier tipo de responsabilidad penal por los delitos que cometieron.

Es cierto que tras los procesos de Nuremberg llevados a cabo por los Tribunales nombrados por los Aliados para juzgar a los principales responsables del régimen nazi (1946/1947), ya en plena Guerra fría, la Fiscalía y los Tribunales alemanes mostraron poco interés en la persecución de los crímenes cometidos durante el periodo nacionalsocialista y que buena parte de la opinión pública alemana se mostró partidaria de hacer borrón y cuenta nueva y de darle carpetazo a aquel agujero negro de la reciente historia alemana a través de leyes de amnistía o de punto final, o simplemente dejando languidecer en los Juzgados las denuncias y escasos procesos que se habían iniciado tras la normalización de la praxis judicial alemana, sobre todo en la República Federal Alemana, tras la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn en 1949.

También es cierto que ante la magnitud y gravedad de los delitos cometidos, y ante la preocupación que suscitaba que, como se expresaba gráficamente en el título a un conocido film alemán de la posguerra: “Die Mörder sind unter uns” (“Los asesinos están entre nosotros”), los intervinientes en aquellas monstruosidades estuvieran en libertad, ejerciendo sin el menor problema con sus nombres y apellidos las mismas profesiones e incluso altos puestos en la Administración pública y de Justicia, hubo algún intento de iniciar procesos penales contra los principales responsables de dichos crímenes. La mayoría de ellos habían vuelto a desempeñar, de forma más o menos anónima, profesiones liberales, como médicos, abogados, comerciantes, empresarios, e incluso ocupar cargos importantes en diversas instituciones de la Administración pública, incluidas la universitaria y la Administración de Justicia. Y contra muchos de ellos ni siquiera se habían iniciado procesos penales, o estos languidecían en los armarios de los Juzgados, sin que nadie se atreviera a llevarlos hasta el final.

No obstante, la impunidad de estos sujetos era tan escandalosa que en algunos casos se llegaron a celebrar procesos que culminaron con condenas, que por las razones que seguidamente veremos, la mayoría de las veces fueron puramente simbólicas, o se tradujeron penas leves que ni siquiera llegaron a cumplirse.

Uno de estos procesos fue el llevado a cabo en Ulm, en 1958 contra diez miembros de los *Einsatzgruppen* o *Kommandos*, que fueron los encargados de llevar a cabo la limpieza racial en los países del Este europeo

ocupados por las tropas alemanas, eliminando centenares de miles de judíos, bien fusilándolos directamente, o cometiendo todo tipo de brutalidades, como incendiar casas, almacenes o Sinagogas mientras estaban dentro personas, o enviando finalmente a los que no habían sido eliminados previamente a los Campos de Exterminio de Auschwitz, Sobibor o Treblinka, en los que la mayoría perecieron, bien en las Cámaras de Gas, bien por las deficientes condiciones de vida o de extenuación por los trabajos forzosos a los que fueron sometidos. Concretamente en el Proceso de Ulm, que comenzó en abril de 1958, se juzgaron los crímenes cometidos por los acusados, pertenecientes a uno de los Kommandos de intervención, que hasta entonces habían estado en libertad ejerciendo sus respectivas profesiones sin el menor problema.

Todo comenzó cuando uno de ellos solicitó de nuevo el puesto en la Administración pública que había ocupado antes de enrolarse en los *Einsatzgruppen*. La solicitud de este sujeto, un tal Bernhard Fischer-Schweder, motivó que la Fiscalía investigara las actividades que él y los otros nueve acusados llevaron a cabo en un pueblo de Letonia.

Cuando uno lee los hechos probados que se relatan en la sentencia comprende que la opinión pública alemana no pudiera permanecer insensible ante la gravedad de lo que allí se relataba. Más de cinco mil judíos, hombres, mujeres y niños, fueron fusilados, transportados como animales a base de latigazos y culatazos, a los lugares en los que iban a ser ejecutados. Allí eran formados en grupos de diez, obligándoles primero a que abrieran unas zanjias delante de las cuales eran fusilados, y lo mismo hacían con el siguiente grupo que previamente tenían que enterrar a los ya fusilados. Tras las ejecuciones algunos de los autores materiales de estos hechos, luego acusados en el proceso de Ulm, se

fotografiaban delante de los fusilados y de las zanjias, celebrando las ejecuciones con botellas de cerveza y licor que mostraban ostentosamente.

El Tribunal de Ulm, como era esperable ante la gravedad de los hechos que se declararon probados, condenó a los acusados como “cómplices de asesinatos múltiples” a penas que oscilaron entre 3, 5, 7 y 15 años de prisión<sup>1</sup>.

Más adelante trataré de explicar por qué, aun habiendo quedado probado que los hechos fueron realizados directamente por los acusados, éstos sólo fueran condenados como “cómplices”. En todo caso, el proceso tuvo una enorme repercusión mediática y sirvió como revulsivo para iniciar otros procesos similares contra otros muchos criminales nazis, que claramente habían intervenido directa o indirectamente en los crímenes masivos, asesinatos, deportaciones, etc., cometidos durante el régimen nacionalsocialista. El más famoso de estos procesos es el iniciado en Frankfurt am Main el año 1965 a instancias del Fiscal general de Hessen Fritz Bauer contra algunos de los principales responsables de los crímenes cometidos en el Campo de Exterminio de Auschwitz. Más adelante me ocuparé de las consecuencias que tuvo ese Proceso conocido como el Auschwitz Prozess (Proceso de Auschtwitz) en la persecución penal de los principales responsables de los crímenes nazis<sup>2</sup>.

3. Tras la finalización del Proceso de Ulm y antes de que comenzara el Proceso de Auschwitz, se planteó, sin embargo un problema jurídico que necesariamente iba a repercutir en la continuación los procesos penales apenas iniciados contra los criminales nazis. Y es que conforme al Código penal alemán vigente en 1945, el delito de homicidio prescribía a los quince años, y el de asesinato a los veinte. Es decir, que ya a partir de 1960

---

1 Sobre el Proceso de Ulm hay numerosas referencias bibliográficas y documentales, muchas de ellas fácilmente localizables en Internet. Un buen resumen del proceso y la sentencia se puede ver en [de.wikipedia.org/wiki/Ulmer\\_Einsatzgruppen-Prozess](http://de.wikipedia.org/wiki/Ulmer_Einsatzgruppen-Prozess). Sobre las actividades que en general llevaron a cabo esas *Einsatzgruppen* en los territorios del Este europeo ocupado por las tropas alemanas hay igualmente numerosa información bibliográfica, que en parte se puede ver en Internet. El trabajo más completo sobre este grupo es el de Helmuth Krausnick. “Hitlers Einsatzgruppen”, 1985. También interesante el de Daniel Goldhagen, “Los verdugos voluntarios de Hitler”, 1996. Especialmente importante entre los Procesos de Nuremberg fue el Proceso contra los dirigentes de estos *Einsatzgruppen*, en el que se pronunciaron varias penas de muerte contra los principales responsables. En este proceso la defensa de los principales acusados presentó un dictamen del penalista Reinhardt Maurach, en el que se decía que los acusados actuaron en defensa putativa del Estado, por razones ideológicas (el dictamen se encuentra incorporado en las Actas de ese proceso).

2 El Proceso de Auschwitz (o mejor dicho los tres Procesos de Auschwitz, que tuvieron lugar en Frankfurt am Main entre 1963 y 1968), tuvo aún mayor resonancia que el de Ulm, y ha motivado gran cantidad de bibliografía, documentos y filmes. Un buen resumen del proceso, de los acusados y de sus actividades, de cómo funcionaba el Campo de Exterminio, etc., lo ofrecen Werle/Wandres, “Auschwitz vor Gericht, Völkermord und bundesdeutsche Strafjustiz”, München 1995. Igualmente se puede encontrar abundante información en Internet si se escribe en el correspondiente servidor “Auschwitzprozess”, en alemán, o sus equivalentes en otros muchos idiomas, especialmente en español o inglés.

los hechos calificados como homicidio que, por la causa que fuera, no habían sido perseguidos penalmente, quedaban ya prescritos y no podían ser objeto de persecución penal. Y lo mismo tendría que suceder con los hechos calificados de asesinato a partir de 1965.

Ello planteaba el problema de cómo distinguir un simple homicidio doloso de un asesinato, tarea no siempre fácil de resolver dado que para la calificación de asesinato se necesitaba probar los elementos típicos característicos de este delito, que según el parágrafo 211 del Código penal alemán son el causar la muerte de otra persona para satisfacer un placer asesino, para satisfacer el instinto sexual, o por codicia u otros motivos bajos, o con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyan un peligro público o para facilitar otro delito o para encubrirlo. A la vista de esta regulación del asesinato muchos de los acusados que habían participado en los pelotones de fusilamientos o que simplemente se encargaban de tareas que no implicaban intervención directa en las ejecuciones, o que sólo participaron en tareas burocráticas de organización del transporte a los Campos de concentración, alegaron que no concurrían en ellos los elementos característicos del asesinato, por lo que fácilmente sus abogados defensores podían mantener la tesis de que los hechos que habían realizado los acusados todo lo más merecerían la calificación simples homicidios dolosos, que a partir de 1960 habrían ya prescrito.

Por otra parte, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán mantenía una tesis subjetiva de la participa-

ción, según la cual los partícipes en un asesinato que no actuaban con voluntad de autor, sino meramente cumpliendo las órdenes de los verdaderos autores, tenían que ser castigados como cómplices con la pena de la complicidad que, a diferencia de la pena aplicable a los autores de asesinato (prisión perpetua) era una pena de tres a quince años de prisión<sup>3</sup>.

Esta tesis jurisprudencial determinó que también en los casos en los que la acusación era por asesinato, los Tribunales condenaran a los acusados todo lo más como cómplices, con penas privativas de libertad que en ningún caso podían ser superiores a los quince años y que en la mayoría de los casos fueron de poco más de tres o cinco años, como sucedió en el Proceso de Ulm y luego en el de Frankfurt<sup>4</sup>.

Estas leves penas para sujetos que habían intervenido en los crímenes más graves, incluido el Holocausto, en los Campos de Concentración y de Exterminio, eran a todas luces insuficientes y realmente escasamente proporcionadas a la gravedad de los delitos de los que eran acusados, cuya intervención en los mismos, bien directa o indirectamente, quedaba perfectamente probada. Pero en la Dogmática penal alemana de la época apenas suscitaron interés o comentario. Sólo el entonces joven Privatdozent Claus Roxin, quien en su escrito de habilitación "Täterschaft und Tatherrschaft" (1962) y en un artículo que era una capítulo del mismo, publicado en la revista *Goldammer's Archiv* en 1963<sup>5</sup>, después de haber sido rechazado por la revista *JuristenZeitung*<sup>6</sup>,

3 Sobre esta jurisprudencia y sus diversas variante véase Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1962, p. 51 ss. ; también de forma más resumida, el mismo, *Strafrecht, Allg. Teil vol. II*, 2003, p. 11 s.

4 Sin embargo, en los Procesos de Auschwitz se condenó a algunos de los acusados como autores de asesinato con la pena de prisión perpetua, lo que sin duda fue, sólo en parte, un triunfo personal del Fiscal Fritz Bauer, quien insistió durante todo el proceso, en contra de la tesis jurisprudencial, que la mayoría de los acusados, formaban parte de un mismo grupo criminal, actuando con el mismo propósito criminal, dividiéndose por razones operativas las funciones organizativas y de ejecución que a cada uno le correspondían. Sin embargo, sólo alguno de los acusados fueron condenados a prisión perpetua recibiendo los demás, considerados como cómplices, penas que oscilaban entre los 3 y los 15 años de prisión. No obstante, la condena a prisión perpetua, rompiendo con la jurisprudencia de estos casos, y la resonancia que este proceso tuvo en la sensibilización de la opinión pública, no siempre favorable a este tipo de procesos debió preocupar a quienes querían borrar para siempre este pasado de la historia alemana y de sus propias historias, de ahí que pronto comenzaran maniobras para evitar que se volvieran a celebrar procesos similares.

5 "Mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate", en *Goldammer's Archiv*, 1963.

6 En el libro de Barbara Just Dalhman/Helmuth Just, "Die Gehilfen", 1988, se narra una encuesta que se hizo en los años 60 entre los profesores de Derecho penal entonces más destacados preguntándoles su opinión sobre la jurisprudencia que consideraba que los criminales nazis sólo podían ser castigados como "cómplices". Paradójicamente la mayoría se abstuvieron de dar su opinión o dieron evasivas de carácter moral o jurídico, aunque otros, como Spendel o Baumann, la criticaron abiertamente. Digna de resaltar es la frase que dijo Baumann de que con la teoría subjetiva en la época del nacionalsocialismo "hubo un solo autor, Hitler, y sesenta millones de cómplices". Uno de los que respondió a esa encuesta fue el entonces joven Privatdozent Claus Roxin, quien no sólo se expresa en contra de dicha jurisprudencia, sino que señala que ha escrito un artículo defendiendo su tesis de que en estos casos se puede hablar de autoría mediata, indicando que dicho artículo lo ha enviado para su publicación a la revista *JuristenZeitung*, que, sin embargo, no lo había publicado, lo que motivó que, como el mismo dice, dirigiera una carta de protesta a dicha revista. Luego el artículo salió publicado en *Goldammer's Archiv*, citado anteriormente. Merece la pena transcribir literalmente la respuesta de Roxin el 15.1963 (p. 167 y s. del mencionado libro):

criticó esta jurisprudencia, considerando que en casos como el de los llamados “delincuentes de escritorio”, igual que en el de otros miembros del aparato de poder nazi que decidieron y organizaron el exterminio de millones de judíos y de otros grupos de personas como gitanos, delincuentes comunes, asociales, etc., se trataba de verdadera “autoría” (mediata), en la medida que todos eran integrantes de una organización, las SS, que actuaban jerárquicamente, siguiendo las órdenes de sus inmediatos superiores, desde Hitler, Himmler o Heydrick, hasta el último eslabón que eran los meros ejecutores, autores directos de los asesinatos. En otro trabajo me he ocupado de las razones que hicieron que la tesis de Roxin no tuviera entonces ningún éxito ni en la Jurisprudencia ni en la doctrina alemana de la época, y de los avatares que dicha tesis sufrió hasta que finalmente fue aceptada y aplicada por el Tribunal Supremo alemán para fundamentar la condena de los dirigentes de la República Democrática Alemana por los delitos cometidos en dicho país durante la época de la separación en dos de la Nación alemana, entre otros por los guardianes del Muro de Berlín que dispararon y mataron a muchos de los que intentaron escapar a la República Federal Alemana<sup>7</sup>.

En la praxis destacó sobre todo en la defensa de una tesis similar a la de Roxin el Fiscal general del Estado de Hessen, Fritz Bauer, quien se esforzó en vano en demostrar que los acusados en el Proceso por los crímenes cometidos en el Campo de Exterminio de Auschwitz, eran todos autores de asesinatos, que cometían formando parte de un mismo plan organizado, en el que con un designio común se distribuían las diferentes tareas organizativas, de vigilancia, de ejecución, de selección en la Rampa, etc.<sup>8</sup>.

Según han demostrado recientes trabajos publicados sobre Fritz Bauer, éste estaba especialmente interesado en este tema, por razones incluso de tipo personal. Siendo ya un joven Juez en la República de Weimar, fue expulsado de este puesto por ser judío; tras pasar algún tiempo en un Campo de Concentración tuvo que vivir en el exilio, primero en Dinamarca, luego en Suecia, regresando a Alemania tras la caída del régimen nacionalsocialista. A su regreso fue nombrado Fiscal y ya se hizo famoso por iniciar en los años cincuenta un proceso contra un dirigente neonazi que manifestó públicamente que los militares que llevaron a cabo el atentado contra Hitler en junio de 1944 (“Operación Walkiria”) eran unos traidores. El proceso se saldó con

---

*“Le agradezco cordialmente el envío de su escrito “sobre los Procesos NS (se refiere a los procesos contra los nazis, NT). Comparto plenamente su preocupación y también su opinión de que es tarea de la Ciencia alemana del Derecho penal “volver a poner en su sitio los límites desplazados”. Por esta razón elegí como Lección para mi Habilitación el 14.2.1963 en Hamburgo el tema “Delitos en el marco de aparatos de poder organizados”. En este trabajo he criticado la tendencia de la jurisprudencia a conceder una circunstancia atenuante por la vía no prevista legalmente de la complicidad, criticando con ello también vehementemente la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Stachinsky. El manuscrito de dicho trabajo lo envié para su publicación a la Revista Juristenzeitung el 5.2.1963. Ante la inminente actualidad del tema (en aquel momento se debatía el caso Eichmann, NT) les pedí que me dieran una pronta respuesta e incluso le escribí aún dos cartas más en este sentido, sin haber obtenido hasta la fecha ninguna respuesta. Pero dada la importancia del tema, quiero publicarlo en todo caso, si no en esta revista en cualquier otra”.*

Como ya es sabido, el trabajo se publicó finalmente en Goldammer’s Archiv. Para más detalles sobre este incidente y otros avatares que tuvo esta teoría de Roxin hasta que fue acogida por el Tribunal Supremo alemán en 1992 en relación con la responsabilidad de los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana por las muertes causadas por los guardias fronterizos en el Muro de Berlín, me remito a mi artículo citado en nota siguiente.

<sup>7</sup> BGHSt 40, 268; véase al respecto Muñoz Conde, en Festschrift für Wolter, 2013, S. 1415, 1427; en español: “La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento de la elaboración jurídica del pasado”, en Revista Penal, 2013, (también en Homenaje Nodier Agudelo, Bogotá 2013; y en Intervención delictiva y Derecho penal internacional, Alicia Gil (dir.), Elena Maculan (Coord.), Madrid 2013, p. 259 ss.).

<sup>8</sup> Véase un resumen de su informe en Ronen Steinke, “Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht”, München 2013, p.178 ss. La bibliografía aparecida sobre Fritz Bauer y sus esfuerzos para poder llevar a cabo el Proceso de Auschwitz es ya inabarcable. En Frankfurt am Main hay un Fritz Bauer-Institut en el que se puede encontrar todo el material existente sobre Bauer y sobre el Proceso de Auschwitz. Entre las muchas obras aparecidas recientemente, además de la Ronen Steinke anteriormente citada, cabe citar el volumen colectivo editado por el Jüdisches Museum de Frankfurt am Main en colaboración con el Fritz Bauer-Institut y el Ministerio de Justicia de Turingia, con motivo de la Exposición que hubo en el 50. Aniversario de la iniciación del Proceso: “Fritz Bauer Der Staatsanwalt”. Hay también varias películas al respecto. En noviembre del 2014 se estrenará en Alemania una película que ya está publicitada, con el título: “Im Labyrinth des Schweigens” (“En el laberinto del silencio”).

Fritz Bauer apareció muerto el 1 de julio de 1968 en la bañera de su casa, al parecer por haber ingerido varios somníferos, sin que hasta hoy haya quedado muy claro si su muerte se debió a un accidente, a suicidio o a la acción de alguna tercera persona. Exactamente tres meses después de su muerte entró en vigor la reforma del parágrafo 50 del Código penal alemán, que de haber estado en vigor a principios de los años 60 hubiera impedido o al menos hubiera sido un grave obstáculo para llevar a cabo el Proceso que tanta fama le dio.

una condena simbólica de dicho dirigente, sin mayores consecuencias<sup>9</sup>. Posteriormente, tras su nombramiento como Fiscal general de Hessen comenzó sus primeras investigaciones sobre algunos dirigentes nazis, entre ellos Adolph Eichmann. A pesar de que tenía ya los datos sobre donde se encontraba dicho sujeto, emigrado clandestinamente a Argentina, no consiguió que los representantes diplomáticos alemanes en ese país hicieran el menor esfuerzo por localizarlo ni que el Gobierno alemán de la época Adenauer solicitara su extradición; así que, según ha reconocido posteriormente el propio Gobierno israelita, fue Bauer el que permitió que un miembro del Mosac israelí accediera clandestinamente a su despacho donde se encontraban los documentos que demostraban donde estaba escondido uno de los responsables del Holocausto. El tal Eichmann era buscado porque además de haber intervenido en 1942 en la reunión de Wannsee donde se decidió la “solución final (*Endlösung*) de la cuestión judía” (el exterminio de los judíos), había sido el encargado de organizar la detención y posterior transporte de los judíos detenidos en los países del Este europeo a los Campos de Exterminio donde la mayoría fueron asesinados. Bauer sabía que conforme a la tesis subjetiva de la participación seguida por la Jurisprudencia alemana en aquellos años, Eichmann todo lo más sería condenado como cómplice, y nunca como verdadero autor, así que consideró más conveniente que Eichmann fuera juzgado en Israel. Efectivamente, una vez que comenzó el proceso contra Eichmann en Jerusalem, su abogado defensor defendió que Eichmann conforme al Derecho vigente en aquel momento en Alemania, todo lo más podía ser condenado como cómplice, tesis que ciertamente no siguió el Tribunal de Jerusalem que condenó a Eichmann a la pena de muerte como uno de los principales responsables del Holocausto judío<sup>10</sup>.

Mientras tanto muchos “delincuentes de escritorio” como Eichmann, integrados en el aparato burocrático de las SS, y los ejecutores de los crímenes nazis, que vivían en absoluta libertad en Alemania, se beneficiaban de la prescripción de sus delitos, o todo lo más arriesgaban ser condenados como cómplices con penas de prisión de escasa duración que en muchos casos ni siquiera cumplirían, en los pocos casos en los que se llegara a imponerles efectivamente una pena.

4. Aun así, hubo muchos juristas y políticos que seguían considerando que había que terminar ya con aquellos procesos, en los que muchos de ellos podían verse involucrados, y hacer borrón y cuenta nueva con el pasado nacionalsocialista. Las posibilidades jurídicas eran, sin embargo, limitadas, sobre todo teniendo en cuenta que, aun siguiendo la tesis de la complicidad, tanto entre algunos miembros de la Fiscalía, como en algunos Tribunales de Justicia, había quienes se mostraban dispuestos a seguir adelante e investigar y, en su caso, perseguir y condenar penalmente a los principales responsables de los crímenes nazis. Por otra parte, la opinión pública internacional, los juristas y los Gobiernos de los Estados aliados (recuérdese que en aquella época, principios y mediados de los sesenta, Alemania seguía oficialmente ocupada por las potencias vencedoras en la Segunda Guerra Mundial), miraban expectantes cómo se resolvían estos procesos y que es lo que finalmente se hacía judicialmente con los criminales nazis.

Ante la inminente prescripción de estos delitos y con la teoría subjetiva de la participación en pleno apogeo, la elaboración jurídica del pasado nazi, apenas comenzada, estaba a punto de paralizarse y dejar impunes los crímenes más graves que habían cometido los miembros de un aparato de poder estatal de carácter criminal. Y efectivamente esto fue lo que ocurrió, y como seguidamente veremos, a pesar de la alarma social que ello podía provocar tanto a nivel nacional alemán, como internacional, la temida impunidad se produjo, en la forma más anómala que imaginarse podía, a través de una complicada y refinada construcción jurídica dogmática que sólo los más destacados expertos podían detectar, introduciendo en el Código penal por la puerta falsa, a través de una Ley reguladora de las Infracciones administrativas, la atenuación obligatoria de la pena para los partícipes en los delitos cuya autoría se fundamenta por la concurrencia de especiales elementos, cualidades, relaciones o circunstancias personales que no concurren en el partícipe. Es decir, justamente en un momento en el que el debate sobre las condenas habidas en el Proceso de Auschwitz iniciado por Bauer era más candente, y en el que algunos llegaron a cuestionar que realmente se hubieran cometido las brutalidades que se cometieron (la llamada “*Auschwitzlüge*”, o “Mentira de

9 Sobre este proceso véase Roland Steinke, ob. u. cit. p. 123 ss. También el artículo de Boris Burghard, “Vor 60 Jahren: Fritz Bauer und der Braunschweiger Remer-Prozess”, en *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2012 (y mi reseña al mismo en *Revista Penal*, 2012).

10 Sobre el proceso de Eichmann en Jerusalem hay igualmente abundante material bibliográfico y documental, y amplias referencias en Internet. Uno de los libros más famosos al respecto es el de Hanna Arendt, “*Der Eichmann Prozess*”, versión alemana de 1989.

Auschwitz”, que posteriormente llegó incluso a tipificarse como delito); de repente, de una forma indirecta y solapada, a través de una Ley que nada tenía que ver con el Derecho penal, se introdujo en el Código penal alemán el apartado segundo del parágrafo 50 que acoge e impone legalmente una tesis, que pronto iba a dejar en nada los pocos procesos que se habían ya iniciado contra los responsables vivos del Holocausto.

5. No obstante, una vez que entró en vigor el citado precepto se planteó ulteriormente otra cuestión que era de gran importancia para resolver el problema de la persecución de los crímenes nazis, ya bastante dificultada por la teoría subjetiva de la participación que aplicaba el Tribunal Supremo. Esta cuestión, que todavía sigue siendo objeto de gran discusión en la doctrina alemana, era la siguiente:

¿Cuáles de entre las circunstancias cualificadoras del asesinato podían calificarse como elementos de carácter personal que de no concurrir en los partícipes motivaban que estos se beneficiaran de una atenuación importante de la pena, que incluso al ser inferior a los quince años podía considerarse ya como prescrita desde 1960?

La respuesta vino dada por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo alemán) inmediatamente después de la entrada en vigor de la citada reforma. Y efectivamente en una sentencia de 20 mayo de 1969 del V. Senado de dicho tribunal, bajo la presidencia de Werner Sarsted<sup>11</sup>, se dijo lo siguiente:

*“Queda probado que el acusado, miembro de la Sección de Judíos (Judenreferat) en la Comandancia de la Policía de seguridad en Cracovia contribuyó como cómplice a las medidas de exterminio contra numerosos judíos. El Tribunal del Jurado admitió además como hecho probado, que las víctimas fueron ejecutadas solo por odio racial. Sin embargo, el acusado no tenía ese bajo motivo, sino que, como funcionario de policía y miembro de las SS, sólo obedecía órdenes, aunque las consideraba criminales. Esta clase de complicidad se castiga, conforme a la nueva redacción del parágrafo 50, 2 del Código penal, con la pena de reclusión de tres a 15 años. El hecho prescribe, por tanto, a los 15 años” (BGHSt, vol. 22, p. 249).*

Con esta decisión se mataban por así decir dos pájaros de un solo tiro:

Por un lado, se interpretaba el alcance del Parágrafo 50, 2 que se había introducido en el Código penal pocos meses atrás, en octubre en 1968.

Por otro, se daba carta de naturaleza a la interpretación del elemento cualificador del asesinato llamado “motivos bajos (*niedrige Beweggründe*) como un elemento personal referido al autor, y al propio asesinato como tipo autónomo y no como un mero homicidio cualificado o agravado.

Respecto a la primera cuestión, se entendía que cuando en el partícipe, que podía ser también el inductor, pero que generalmente en el caso de los crímenes de los nazis se refería, conforme a la jurisprudencia de entonces, sólo al cómplice, no concurría el elemento personal que sí concurría en el autor, la pena aplicable era la de la tentativa, cuyo marco penal se movía entre los tres y los 15 años de privación de libertad; es decir, una pena inferior a la que correspondía al autor del asesinato consumado que era la de prisión perpetua. Ello, como después vamos a ver, tenía especial importancia, porque en ese caso la pena del partícipe prescribía a los 15 años; es decir, el 7 de mayo de 1960 que era cuando se cumplían los 15 años que marcaba la ley para los hechos castigados con esta pena y que habían sido cometidos antes del 7 de mayo de 1945, fecha en la que terminó la Segunda Guerra Mundial, al menos para los alemanes. Dado que la mayoría de los procesos contra los criminales nazis en la jurisdicción alemana habían comenzado después del 7 de mayo de 1960, esto quería decir que todos los que habían comenzado después de esa fecha tenían que ser automáticamente sobreseídos por haber ya prescrito.

Todavía quedaba, sin embargo, un escollo que saltar, que con la reforma de 1968 igualmente se solucionó, aunque de una manera harto discutible. Y es que, por muy fielmente se siguiera la teoría subjetiva de la participación elaborada por el *Bundesgerichtshof* para resolver un caso también con connotaciones políticas, el llamado caso *Stachinsky*<sup>12</sup>, era difícil asumir que,

11 No deja de ser paradójico que este prestigioso Juez escribiera diez años después el Prólogo a un libro de Barbara Just Dahlman, (“Tagebuch einer Staatsanwältin”, 1979, p. 7 y s.), una fiscal que posteriormente se hizo famosa por encabezar junto con su marido una campaña contra la jurisprudencia que calificaba a los criminales nazis como cómplices y que incluso escribiera un libro sobre ello (“Die Gehilfen” a. cit. en nota 6). En dicho Prólogo no se refiere para nada a este tema, sino a otras actividades sin duda meritorias de la citada fiscal, como su lucha por la reforma del Derecho penal sexual de aquella época, en la que aún se penalizaba el adulterio y los actos de homosexualidad entre adultos; en lo que, por cierto, también se destacó Fritz Bauer, con publicaciones muy interesantes al respecto.

12 Al que ya Roxin aludió críticamente en una nota la primera edición de su “Täterschaft und Tätherschaft” (1962, p. 105 nota 52), como un paso atrás de la jurisprudencia alemana aplicando la teoría subjetiva de la participación, que él criticaba vehementemente. El caso se refería a un agente de una potencia extranjera (probablemente de la KGB soviética) quien mató con una especie de cerbatana a dos

como ya quedó patente en el proceso de Ulm contra algunos miembros de los *Einsatzgruppen* y luego en el de Frankfurt contra algunos de los que habían intervenido en el exterminio de millones de personas en los Campos de Exterminio, principalmente en el de Auschwitz y campos vinculados a éste, los hechos brutales de asesinatos cometidos directamente por los acusados mediante fusilamientos, tiros en la nuca, selección en la Rampa para enviar a los que no eran aptos para el trabajo a las cámaras de gas, distribución y organización de los transportes a los Campos de Concentración o Exterminio, etc., fueran considerados como meros cómplices y castigados con penas mucho más leves que las que les hubieran sido aplicadas si se les hubiera considerado autores, a los que se les aplicaba como reos de asesinato la pena de prisión perpetua.

El nuevo precepto introducido en la reforma de 1968, el parágrafo 50, 2 del Código penal alemán, vino, sin embargo, a reforzar indirectamente la teoría subjetiva de la participación y con ello la calificación como cómplices de los autores materiales de los asesinatos, y en todo caso excluir para ellos la calificación de asesinato. En efecto, si el “motivo bajo”, en este caso, el odio racial que animaba sin duda la política de exterminio de los judíos planificada y llevada a cabo por el aparato de poder de las SS, es un elemento de carácter personal y éste solo concurre en el autor o autores principales (es decir, en Hitler, Himmler o Heydrich, que eran los únicos considerados como autores principales del Holocausto en aquella época por haber actuado por motivos raciales de odio al pueblo judío), pero no en el partícipe, éste, como decía el apartado 2 del parágrafo 50 (ahora con una redacción prácticamente idéntica el apartado 2 del actual parágrafo 28), aunque conozca que el autor principal actúa por este motivo, no puede ser castigado como autor de un asesinato, cualquiera que haya sido su contribución material en la ejecución de los asesinatos. Evidentemente, con ello se rompió con el criterio

de la accesoriedad de la participación, conforme al cual el partícipe responde del delito en el que ha participado y, por tanto, también se le computan las circunstancias típicas que concurren en el autor, aunque sean de carácter personal, siempre que las conozca<sup>13</sup>. Algo que sin duda puede ser discutible, pero que con el nuevo apartado introducido en el parágrafo 50 del Código penal en la reforma de 1968 no tenía vuelta de hoja, o al menos así lo entendió la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 20 de mayo de 1969, antes citada, pocos meses después de haberse producido la reforma, en la primera interpretación jurisprudencial que se hizo de la misma.

A partir de esta sentencia el destino de los procesos penales ya iniciados o de los que aún quedaran por iniciar quedaba sellado, y así lo entendió la Fiscalía alemana de la época, que siguiendo el criterio jurisprudencial establecido por esta sentencia, inmediatamente pidió el sobreseimiento de los procesos penales pendientes y dejó de iniciar otros procesos por los mismos crímenes cometidos durante el nacionalsocialismo por los que ahora, con aún mayor apoyo legal, se calificaba como meros cómplices.

6. Pronto se levantaron voces en los medios de comunicación alemanes e incluso entre algunos políticos y juristas que inmediatamente se dieron cuenta de que una reforma aparentemente sólo técnica iba a tener unas consecuencias jurídicas y políticas de las que al parecer no habían sido conscientes los que la patrocinaron<sup>14</sup>. Algunos denunciaron esta reforma como un error o fallo (*eine Panne*) legal; pero otros fueron más allá y denunciaron abiertamente que detrás de ese “error” había realmente una voluntad decidida de acabar de un plumazo con los procesos penales puestos en marcha para perseguir y condenar en su caso a los responsables de los peores crímenes cometidos por los nacionalsocialistas, que vivían en absoluta libertad, incluso a veces sin ocultar su identidad, bajo el lema que había ya hecho mella en la

---

políticos exiliados, siguiendo las instrucciones de la Agencia de espionaje de la potencia extranjera. El tribunal alemán consideró que al no actuar el agente extranjero en su propio interés tendría que ser castigado como cómplice y no como autor, autoría que, lógicamente, de acuerdo con la tesis jurisprudencial correspondía a la agencia gubernamental del país extranjero, a cuyo servicio y en cuyo interés actuaba el agente extranjero.

13 Sobre este principio y sus consecuencias en la teoría de la participación, véase Roxin, *Strafrecht*, cit., p. 128 ss.

14 Sobre las consecuencias de esta reforma y la polémica que suscitó véase informa Greve, “Amnestierung von NS-Gehilfen -eine Panne?”, en *Kritische Justiz*, 2000, 3, p.412 ss. Más recientemente se han ocupado tanto del origen de esta reforma, como de las dificultades interpretativas que la misma encierra Hubert Rottleuthner, “Hat Dreher gedreht?”, en *Rechtshistorisches Journal*, num.20, 2001, p.665 s.; Frommel, “Taktische Jurisprudenz —die verdeckte Amnestie von NS— Schreibtischtätern 1969 und die Nachwirkung der damaligen Rechtsprechung bis heute”, en *Festschrift für Hubert Rottleuthner*, 2011, p.458 ss. (hay una versión más actualizada publicada en Internet [www.uni-kiel.de/isk/cgj](http://www.uni-kiel.de/isk/cgj)). También se refiere a este tema, aunque de paso, Vormbaum, “Einführung in die juristische Zeitgeschichte”, 2ª ed., 2012, p.219 ss.; y Muñoz Conde, en *Festschrift für Bernd Schünemann*, 2014.

legislación y en la jurisprudencia alemanas: “No fui yo, fue Hitler”. O simplemente alegando que se limitaron a cumplir las órdenes que recibían que en aquellos momentos tenían la apariencia de legalidad, por proceder del mismo Führer, cuya voluntad había sido declarada por los juristas alemanes más competentes del momento como una fuente directa del derecho.

Pero si no fue simplemente una *Panne*, sino algo intencionalmente buscado para conseguir el efecto que se consiguió ¿quién era el responsable de esa *Panne*? Pronto las miradas se dirigieron a Eduard Dreher, Secretario de Estado en el Ministerio Federal de Justicia y uno de los más importantes penalistas de la época, autor, entre otras obras, de uno de los Comentarios al Código penal más autorizados y utilizados por los teóricos y prácticos del Derecho penal de aquella época<sup>15</sup>. Dreher había sido además Secretario o Coordinador de la Sección de reforma del Código penal, que dio lugar al Proyecto de Código penal de 1962. Sin embargo, no intervino directamente en la elaboración de la Ley de Infracciones administrativas, ni en la Ley introductoria a la misma, así que difícilmente podía ser considerado responsable de lo que con esta Ley se había introducido en el Código penal.

Entonces, ¿por qué las miradas se dirigieron hacia él y le apuntaron de forma directa o indirecta como el verdadero artífice de la introducción del apartado 2 en el parágrafo 50 del Código penal alemán?

En primer lugar, porque todo el mundo recordaba el terrible pasado que el tal Dreher tenía como uno de esos “furchtbare Juristen” (“temibles juristas”) del régimen nacionalsocialista, de los que habla Ingo Müller<sup>16</sup>. En efecto, Dreher había sido en 1944 Fiscal del Tribunal de Menores en la ciudad de Innsbruck, y en tal calidad de Fiscal había solicitado y conseguido la pena de muerte para jóvenes acusados de delitos menores tales como robos de pequeña cuantía. En algunos casos en los que el Tribunal no aplicaba la pena de muerte solicitada por Dreher, éste recurría y conseguía finalmente que se aplicara. Estos datos eran irrefutables y estaban en su curriculum, pero un informe favora-

ble del Fiscal que se hizo cargo de la Fiscalía tras la guerra determinó que, como tantos otros juristas, jueces o fiscales con pasados similares durante el régimen nazi, fuera readmitido de nuevo en la función pública, llegando a ser uno de los juristas más destacados en el Ministerio Federal de Justicia en los años sesenta. No obstante, tuvo que soportar que todavía en aquella época muchos recordaran su pasado en la etapa nazi y que incluso desde la República Democrática Alemana se solicitara su extradición para ser juzgado allí por Crímenes contra la Humanidad, a lo que el Gobierno de la República Federal Alemana se negó rotundamente<sup>17</sup>. Eran los tiempos de la “Guerra Fría”, y los Gobiernos de los dos Estados Alemanes, separados tras la Segunda Guerra Mundial, no mantenían precisamente buenas relaciones, y de esto se aprovechó Dreher, quien llegó a recibir a principios de los años 70 un Libro Homenaje editado por Hans Heinrich Jescheck, en el que colaboraron los principales penalistas alemanes de aquella época, sobre todo profesores de Derecho penal, a pesar de que Dreher nunca llegó a ser Profesor o catedrático de Derecho penal en ninguna Universidad alemana<sup>18</sup>.

De lo que no cabe duda es que Dreher tenía los suficientes conocimientos de Derecho penal como para ser consciente de las consecuencias que iba a tener la reforma del parágrafo 50 del Código penal. Y aunque no intervino directamente en la elaboración de la Ley sobre las Infracciones administrativas, sí debía que tener conocimiento del contenido de la misma, y tuvo que ser consultado, o incluso fue el que personalmente influyó en que se introdujera la reforma del parágrafo 50 en el Código penal, sobre todo si se tiene en cuenta que el Presidente de la Comisión encargada de la elaboración de la Ley sobre las infracciones administrativas era Theodor Lanckner, catedrático de Derecho penal, muy vinculado a Dreher.

Por supuesto, que Dreher siempre negó cualquier responsabilidad en la citada reforma, que incluso llegó deplorar públicamente como un fallo legislativo, proponiendo incluso alguna interpretación correctora del mismo<sup>19</sup>.

15 Véase Dreher, “Kommentar zum Strafgesetzbuch”, varias ediciones, continuadas a partir de 1990, por Tröndle.

16 Ingo Müller, “Furchtbare Juristen”, 1987.

17 En [de.wikipedia.org/wiki/Eduard\\_Dreher](http://de.wikipedia.org/wiki/Eduard_Dreher) se encuentra una amplia bibliografía de Eduard Dreher, en la que se narra sus actividades como Fiscal en el Tribunal de Menores de Innsbruck durante los años 1943 a 1945.

18 Hans-Heinrich Jescheck, Hans Lüttger (edit.), Festschrift für Eduard Dreher, Berlin 1977. Ni que decir tiene que en el Prólogo de ese libro Homenaje para nada se menciona su pasado en el régimen nacionalsocialista, destacándose sólo sus virtudes como jurista y su respeto por el Estado de Derecho.

19 Para más detalles sobre la polémica doctrinal surgida a partir de la introducción del apartado 2 del parágrafo 50 del Código penal alemán, véase los artículos de Greve, Rottleuthner y Frommel citados anteriormente en nota 14.

Pero el mal (o el bien para algunos, quizás para el propio Dreher, quien en cualquier momento podía ser también acusado por su pasado nazi) estaba ya hecho, y no cabía vuelta atrás. La prolongación de los plazos de prescripción del asesinato en 1969 a treinta años, e incluso la no prescripción del asesinato y el genocidio tanto para los autores como para los partícipes en 1975 que, a raíz del escándalo provocado por la reforma del párrafo 50, fueron aprobadas posteriormente por el Parlamento alemán no afectaba a los procesos que habían sido ya sobreseídos. En consecuencia, los procesos penales contra los criminales nazis apenas iniciados quedaron paralizados, y esa paralización produjo en muchos sectores de la opinión pública alemana, pero también internacional, una sensación de impunidad que todavía pesa como una losa para la elaboración jurídica, social y política del pasado nacionalsocialista.

El tema ha vuelto a ponerse de moda a raíz de la aparición en Alemania en el 2009 de una breve novela de Ferdinand Von Schirach, "El caso Collini", en la que se relata las consecuencias que tuvo esta reforma en la reacción asesina de uno de los protagonistas de esa novela<sup>20</sup>. Fuera de esta narración, ya nadie, ni siquiera en el ámbito de los penalistas y dogmáticos alemanes más importantes, parece acordarse ya en Alemania de las consecuencias que tuvo la reforma del entonces párrafo 50 (actual párrafo 28) en el sobreseimiento de los procesos penales contra los criminales nazis. Y a nadie se la ha ocurrido invocarlo, cuando casi cincuenta años más tarde, en el 2011, un Tribunal de Munich ha condenado a cinco años de prisión por complicidad en 27.000 asesinatos a un guardián en el Campo de Exterminio de Auschwitz, un anciano de 95 años, John Iwan Demjanjuk, llamado "Ivan el Terrible"<sup>21</sup>. Con ello parece que la Justicia alemana ha querido superar el pasado oprobioso a que llegó con la teoría subjetiva de la participación y con la aplicación del apartado 2 del antiguo párrafo 50 del Código penal. Desde luego nadie ha preguntado si Demjanjuk actuó con voluntad de autor o de partícipe, y si concurrían en él los motivos bajos racistas que determinaban y determinan aún la calificación de asesinato y la pena de prisión perpetua sólo para los autores principales de ese delito. Simple-

mente ahora se estima que con la no prescripción del asesinato declarada y aplicada con un discutible efecto retroactivo en 1975 a hechos sucedidos antes de esta reforma, no había ya ningún inconveniente en juzgarlo y condenarlo, pero sólo como cómplice, no por aplicación de la denostada teoría subjetiva, sino simplemente porque se considera que un simple guardián no aportaba una contribución importante a la realización del Holocausto. Con la condena como cómplice del tal Demjanjuk, que ni siquiera llegó a cumplir, al morir poco después (2012) en un asilo de ancianos, se ha conseguido un efecto simbólico, lavando al mismo tiempo una imagen que cincuenta años antes había quedado bastante malparada.

7. Lo que en 1968 se consideró una solución dogmática discutible, pero políticamente conveniente para enterrar el pasado nazi de muchos importantes personajes alemanes de la posguerra en todos los ámbitos de la vida académica, judicial y económica, se ha transformado ahora en un problema dogmático, sobre cuyo contenido, igual que hacen ahora los autores de este libro sobre "La responsabilidad en los delitos especiales" en relación con el art. 65.3, es objeto de discusión entre los penalistas alemanes en la actualidad, sin mencionar su espurio origen histórico.

Sin duda las complejas interpretaciones que ambos preceptos, el alemán y el español suscitan, pueden ayudar a resolver con claridad los muchos problemas interpretativos que en esta materia, sobre todo en el ámbito de los delitos económicos y todos los relacionados con la corrupción política. Ojalá que muchas de las teorías expuestas en este libro no se utilicen para, de un modo u otro, provocar la impunidad de quienes campando por sus respetos y en plena etapa democrática han convertido nuestro país en una Plaza de Monipodio o lo que es peor en el "saqueo de Roma". En unos momentos en los que las continuas reformas del Código penal español de 1995 están relacionadas con problemas concretos de la sociedad española (basta sólo con recordar la declaración de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo con resultado muerte en el 2010, o la introducción en el Código penal de la llamada "doctrina Pa-

20 Véase Ferdinand Von Schirach, El caso "Collini", páginas 136 y ss. de la traducción española (Barcelona 2013).

21 Sobre el caso Demjanjuk véanse las referencias que sobre el mismo han aparecido durante la celebración del Proceso en Munich en los medios de comunicación e Internet, durante los años 2010 y 2011. Un excelente trabajo, aún en prensa, sobre este caso es el de Werle/Burghard, "Zur Gehilfenstrafbarkeit bei Massentötungen in nationalsozialistischen Vernichtungslagern - Der Fall Demjanjuk im Kontext der bundesdeutschen Rechtsprechung" en el libro homenaje a Werner Beulke, actualmente en prensa. Una traducción de este trabajo al español realizada por Claudia Cárdenas Aravena, está también en prensa y tiene prevista su publicación en el núm. 34 de Revista penal, enero 2015. Agradezco al Profesor Werle que haya puesto a mi disposición este importante trabajo.

rot” para justificar la aplicación con efecto retroactivo que había hecho el Tribunal Supremo a los presos de la organización vasca terrorista ETA, al referir los beneficios penitenciarios y la libertad condicional a la suma total de las penas privativas de libertad impuestas y no como marcaba la ley entonces al máximo legal previsto de treinta años; o las amnistías fiscales y configuración de la regularización fiscal en la más reciente reforma del delito fiscal, calificándola como “causa de exclusión de la tipicidad penal” para excluir prácticamente del ámbito penal a todo el que pueda y tenga capacidad para arreglar sus cuentas con la Hacienda); y en unos momentos en los que está en puertas una amplia reforma del Código penal que, entre otras cosas, altera la relación entre penas y medidas de seguridad, refunde tipos delictivos, modifica marcos penales o pretende introducir nuevos elementos de carácter personal calificadores del asesinato siguiendo el modelo que introdujo en Alemania el régimen nacionalsocialista, objeto por cierto de frecuentes críticas en dicho país, hay que ser conscientes de las consecuencias que pueden producir esas reformas en la praxis judicial y no sólo en la mayor o menor coherencia dogmática conforme a unos postulados que tampoco son mayoritarios en nuestra doctrina.

Entre esas consecuencias habría que contar como muy negativa, por lo menos la enorme inseguridad jurídica que pueden producir, pero también el que esa inseguridad pueda ser aprovechada por algunos para conseguir un efecto de “ley de punto final”, de “borrón y cuenta nueva” y, en definitiva, de impunidad para algunos de los poderosos autores de delitos económicos financieros y de corrupción política que ahora se ven “con la sogá al cuello” (sea dicho naturalmente en términos figurados), agobiados por las posibles consecuencias penales de sus comportamientos, tras haber campado largo tiempo por sus respetos y en la más absoluta impunidad. Ojalá que las decisiones judiciales que se adopten al respecto, sean una solución jurídicamente correcta y no, como sucedió con su antecedente alemán, sólo una “políticamente conveniente”.

En todo caso, habrá que tener en cuenta lo que al margen del art. 65, 3, introducido en el 2003, han resuelto ya el legislador y la doctrina y jurisprudencia españolas desde los inicios de la Codificación penal. Así por ejemplo, la agravante elemento típico del asesinato “actuar por precio, recompensa o promesa” (art. 139, 2ª), se ha comunicado siempre al que ofrece la recom-

pensa, sin que se le castigue con pena inferior a la del ejecutor, o sin que su participación, como inductor o cooperador necesario, se califique como simple homicidio. No parece desde luego correcto que se castigue al “sicario” por asesinato y al que lo busca y le paga para que mate a su enemigo se le castigue por simple homicidio<sup>22</sup>.

Tampoco en relación con los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo (hoy delitos contra la Administración Pública), se puede ignorar que en el delito de cohecho se castiga tanto la corrupción del funcionario o autoridad (cohecho pasivo), como la del particular (cohecho activo); y lo mismo en el delito de tráfico de influencias (arts. 428, 429). En el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales se castiga, en cambio, sólo el cohecho activo, es decir, al particular que corrompiera o intentare corromper al funcionario público extranjero (art. 445), independientemente de que en el país donde se cometa el acto de corrupción el funcionario sea o no castigado.

Otras veces el particular tiene un tratamiento privilegiado respecto al funcionario, como en el delito de infidelidad en la custodia de documentos (art. 418), pero al funcionario se le castiga por el delito propio cuando permite el acceso del particular a los documentos que destruye o inutiliza (arts. 414), o el acceso a documentos secretos (art. 415), incluso en el caso de secretos relativos a la defensa nacional cuando permite ese acceso “por imprudencia grave” (art. 601). Y en el art. 176 se castiga al funcionario o autoridad que faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas, que pueden ser particulares, cometan un delito de tortura. Y si el papel del particular es el de inductor, cooperador necesario o cómplice, no hay ningún problema es castigarlo por el delito de tortura que cometa el funcionario. Sin embargo, la tortura misma realizada por el particular, al no haber una previsión específica para él, deberá ser castigada por otros tipos de delitos contra la integridad moral, lesiones, etc.

Hay otros delitos en los que es probable la participación de un particular en la realización del delito que comete el funcionario, como, por ejemplo, la malversación de caudales públicos, sobre lo que el legislador no dice nada respecto a cómo debe castigarse ese particular. Pero entonces no hay ninguna razón para romper con las reglas de la accesoriadad de la participación, haciendo responder al particular como induc-

22 Véase Muñoz Conde, Derecho penal, Parte Especial, 19ª ed., Valencia 2013, p. 56.

tor o cooperador necesario de la malversación que el funcionario o autoridad haya cometido. Y en el caso de que sea el particular el que realice la acción de sustracción (hurto, robo o apropiación indebida), pero con el consentimiento del funcionario, éste de todos modos responde de malversación, ya que en el tipo correspondiente también se castiga por malversación al funcionario que “consiente” en que un tercero realice la sustracción (arts. 432)<sup>23</sup>.

Más dificultades plantea el delito de prevaricación como delito contra la Administración pública (arts. 404), pero no porque no sean aplicables las reglas de la accesoriadad de la participación, sino porque la pena prevista para ese delito (inhabilitación especial) carece de sentido para el particular. Sin embargo, incluso en este mismo capítulo, en el delito de nombramiento ilegal, no sólo se castiga a la autoridad o funcionario que haga ese nombramiento (art. 405), sino también al particular que lo acepta, si bien con pena de multa (art. 406). Y desde luego en algunas modalidades especiales de prevaricación, como las previstas en los delitos sobre la ordenación del territorio (art. 320), sobre el patrimonio cultural (art. 322), o contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 329), el particular es castigado por el respectivo delito al que dé lugar la prevaricación del funcionario, con la particularidad de que a veces al funcionario le favorece ser castigado sólo por la prevaricación y no como cooperador necesario del delito respectivo que cometa el particular.

En los delitos contra la Administración de Justicia, el problema se plantea de nuevo en el delito de prevaricación (arts. 446 a 449), pero no ya por el problema de la accesoriadad de la participación, sino porque las penas con que se castigan las diversas modalidades de este delito (inhabilitación absoluta o especial) carecen de sentido para el particular. Inducir a un Juez a prevaricar es, sin duda, algo que puede ocurrir, bien porque lo haga una persona vinculada afectivamente al Juez, o porque alguien le ofrezca dinero a cambio. En el segundo caso, todavía cabe aplicar el cohecho; pero en el primero la inhabilitación especial de la amante para que pueda ser juez en el futuro no parece que deba preocuparle mucho. El problema en este caso no es sólo

si el particular debe ser castigado con la misma pena, aunque atenuada, que el funcionario, lo que obviamente carece de sentido al ser una pena de inhabilitación especial, sino qué penas, que no sean las de inhabilitación que no son aplicables al particular, debe preverse legislativamente específicamente para él. Y eso es un problema general que se plantea siempre que el delito tiene para el funcionario, entre otras penas que pueden ser aplicables también al particular (multa, prisión), la pena de inhabilitación.

En otros delitos el problema de la participación del no cualificado se resuelve expresamente por el legislador. Así, por ejemplo, en el falso testimonio, el art. 461 castiga con las mismas penas que al testigo falso, a quien presentare a sabiendas ese testigo. Y lo mismo sucede en el delito de favorecimiento de evasión de presos con el particular que favorece dicha evasión (art. 470). Preceptos específicos hay también para castigar al particular en la falsedad de documentos públicos (tres primeros párrafos del art. 392), en la que igualmente se plantea el problema de cómo castigarlo cuando participa en esa falsificación cometida por funcionario público.

Fuera de este ámbito hay también otros casos de delitos especiales, propios o impropios, en los que siempre puede plantearse la responsabilidad del partícipe. Así, por ejemplo, hace ya tiempo que la Jurisprudencia rebajó a la categoría de complicidad la cooperación necesaria de la esposa o la suegra del deudor en el alzamiento de bienes, probablemente con la consideración humanitaria de que si les aplicaba la pena del autor, tendrían que ir igualmente a la cárcel, con el consiguiente trastorno de la vida familiar<sup>24</sup>.

En el libro que comentamos, se discute la participación en los llamados “delitos especiales” en sus diversas modalidades, propios e impropios, bien como delitos consistentes en la infracción de un deber, bien como delitos de dominio, aplicando y discutiendo las diversas posiciones que también se exponen en la dogmática penal alemana, desde la teoría unitaria de la participación que defiende Peñaranda Ramos, hasta la teoría de los delitos consistentes en una infracción del deber que defiende Sánchez Vera, y un sinfín de variantes entre

23 Todos estos son ejemplos sacados del Código penal vigente. Desde las primeras ediciones de mi Parte especial he venido advirtiendo en el capítulo correspondiente a los delitos contra la Administración pública (anteriormente con los llamados delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos), de la necesidad de tener en cuenta la distinta configuración de los tipos delictivos para poder resolver los problemas que plantea de participación del particular en ellos, véase, por ejemplo, Muñoz Conde, Parte especial cit., 19ª ed., p. 900 y s.

24 Sobre la distinción cooperador necesario/cómplice en el delito de alzamiento de bienes véase Muñoz Conde, El delito de alzamiento de bienes, 2ª ed., Barcelona 1999, p. 172 y ss.

ambas posiciones extremas que ofrecen los otros intervinientes (Robles Planas, Rueda Martín, Gómez Martín y Riggi). Todos ellos se enzarzan además en diversas Réplicas, a veces agrias, en las que se matizan o explican las diversas posiciones que cada uno defiende sobre el alcance y contenido del art. 65, 3 del vigente Código penal. Lo que en todo caso queda claro, también entre estos autores, es que el tema del que se ocupan, se resiste a categorizaciones generales, bien por las propias particularidades de algunos tipos delictivos, bien porque el legislador ha resuelto el problema de mejor o peor forma allí donde le ha parecido conveniente o necesario, dejando todavía un amplio espacio a las elucubraciones que la imaginación, la inteligencia y el buen hacer de algunos dogmáticos puedan ofrecer, de lo que este libro sin duda es un buen ejemplo. Desde luego soluciones hay para todos los gustos, desde la chusca “atenuante analógica de no parentesco” que hace años alguien proponía para el partícipe no pariente en el antiguo delito parricidio, hasta la que no sería menos chusca “atenuante analógica de no ser funcionario”, que en todo caso chocaría con los casos en los que el legislador expresamente no le ha dado ningún efecto atenuante. ¿Por qué la participación del particular en la malversación de caudales públicos tiene que ser castigada con pena menos grave que la del funcionario, y, sin embargo, si se trata de un delito de cohecho el particular es castigado directa y autónomamente y con la misma pena que se impone al funcionario?

Desde luego, parece que mientras no sea el propio legislador el que resuelva estas contradicciones, más vale aplicar de forma coherente las teorías generales más o menos asumidas ya desde hace tiempo por la doctrina mayoritaria de la accesoriedad de la participación<sup>25</sup>. Antes de que se introdujera en el Código penal español el art. 65, 3, un sector de la doctrina penal española recurría por la vía interpretativa a extravagantes atenuaciones penales más allá de lo que la legalidad vigente permitía. También la Jurisprudencia hacía de su capa un sayo, y aplicaba soluciones sorprendentes en casos en los que los nombres de los acusados o determinadas situaciones, más que razones estrictamente jurídicas, decidían que la balanza se inclinara a favor o en contra de una atenuación. Ahora el art. 65.3, con su misteriosa referencia a “las condiciones, cualidades o relaciones

personales que fundamentan la culpabilidad del autor”, ofrece sin duda, con la atenuación facultativa, una base legal de la que la Jurisprudencia puede hacer el uso que le dé la gana, sin mayores calentamientos de cabeza. Desde luego, a partir de la reforma del 2003, no hay más remedio que tener en cuenta el art. 65.3, cuando se planteen problemas de participación de particulares en delitos especiales que el legislador no ha resuelto expresamente; y los abogados defensores de los particulares harán muy bien en invocarlo en los respectivos procesos en beneficio de sus mandantes. Ya en los años 90 del pasado siglo, en Italia, en la época de los procesos iniciados por los Jueces “mano pulita” en los casos de corrupción política en los que también eran acusados importantes empresarios acusados de sobornar a los dirigentes políticos (la llamada “tangentopolis”), los abogados defensores de estos empresarios utilizaron la táctica de convertir el delito de cohecho activo del que podían ser responsables sus clientes, en un delito de exacciones ilegales, en el que los empresarios aparecían como víctimas de un sistema en el que eran obligados a pagar para conseguir las contrataciones con la Administración pública.

No sé cuáles serán los caminos que se utilizarán en España para conseguir resultados parecidos, o, por el contrario, para evitar ese tipo de burlas al sistema punitivo. Sin duda, el art. 65.3 puede ser, como se pone de relieve en este libro, un instrumento que al menos permita atemperar la rigidez del principio de la accesoriedad de la participación, o para distinguir distintos niveles de responsabilidad entre los que están especialmente obligados por razón de su cargo a respetar la ley, y los que no tienen especiales deberes; pero, desde luego, y al margen de las distintas concepciones dogmáticas que se tengan respecto a su contenido, igualmente se puede utilizar para conseguir sustanciosas rebajas en la pena que merezcan los particulares partícipes en los delitos de corrupción, hasta el punto de dejarlos prácticamente impunes. Desde luego, cuando se planteen estos casos, la jurisprudencia tendrá que fundamentar muy bien cuándo, cómo y por qué hará uso de la facultad de atenuación facultativa que le concede el art. 65.3; una atenuación facultativa que, tal como está redactada, lo mismo puede servir, como se dice coloquialmente, para un roto que para un descosido; sobre

25 Aunque sea a un nivel elemental, valga por todos la referencia a la accesoriedad de la participación en Muñoz Conde/García Arán, Derecho penal, Parte General, 8ª ed., Valencia 2013, en donde específicamente en la p. 448, se dice respecto al problema que nos ocupa: “En todo caso, las particularidades de muchos de esos tipos delictivos desafían todo intento de resolver estos problemas con ayuda de teorías generales elaboradas de espaldas a la regulación de los delitos en la Parte Especial”.

todo cuando ni siquiera se habla de una atenuación recogida en el art. 21 o que tenga análoga significación a las que se contienen en este artículo, y que tampoco el legislador ha tenido en cuenta a la hora de redactar el correspondiente tipo penal.

En todo caso, por si sirve para algo, o simplemente como advertencia, nunca está de más recordar el origen y la función que cumplió en 1968 en la República Federal Alemana el apartado 2 del antiguo parágrafo 50 (hoy 28,2) del Código penal alemán; origen al que por cierto ninguno de los autores de este libro se refiere.

**Francisco Muñoz Conde**

**2. AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law (Tratado de Derecho penal internacional)*, vol. 1: *Foundations and General Part (Fundamentos y Parte General)*, Oxford University Press, 2013, 469 páginas; vol. 2: *The Crimes and Sentencing (Los delitos y la determinación de la pena)*, Oxford University Press, 2014, 339 páginas**

El autor de esta obra, Kai Ambos, es catedrático de Derecho penal en la Universidad de Gotinga (Alemania), Juez en el Tribunal provincial (Landgericht) de la misma ciudad, y uno de los más cualificados especialistas en Derecho penal internacional, materia a la que ha dedicado la mayor parte de su actividad como docente e investigador internacionalmente reconocido. Sus muchas publicaciones culminaron en un excelente Tratado en lengua alemana (*Internationales Strafrecht*, 4ª edición, 2014), de cuya Parte General hay también una versión en español. Sin embargo, es claro que hoy en día en el ámbito del Derecho penal internacional, es casi obligado traducir o publicar directamente este tipo de obras en inglés, verdadera *lingua franca* tanto en ésta como en otras muchas materias, jurídicas o no jurídicas.

El problema con el que se enfrenta la traducción al inglés de obras jurídicas alemanas son las diferencias terminológicas e incluso conceptuales que existen entre el sistema del Common Law y el sistema del Civil Law o romano-germánico. La dogmática penal alemana es difícilmente transportable al sistema del Common Law donde se utiliza otra forma de solución de los conflictos jurídicos, basada principalmente en el precedente judicial o en el Case Law. Ya algún autor alemán, como el catedrático de Derecho penal de la Universidad Humboldt de Berlín, Gerhard Werle, también un excelente especialista en el Derecho penal internacional, prescindió en la elaboración de su Tratado de Derecho penal internacional de la sistemática alemana de la teoría del

delito (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad) exponiendo directamente los elementos del delito en general y de los delitos internacionales en particular con una sistemática más próxima a la seguida en el mundo del Common Law y, por supuesto, más afín con la seguida en el Estatuto de Roma, que es en definitiva la referencia jurídica obligada en esta materia. Esto puede ser de lamentar para los que, como la mayoría de los penalistas de habla española, nos hemos formado siguiendo el modelo de la dogmática penal alemana, pero hay que reconocer que el Derecho penal internacional se elabora a nivel mundial utilizando fundamentalmente el idioma inglés y con la terminología propia del sistema jurídicos de los países de habla inglesa y, por tanto, del Common Law. Esto es también, como es lógico, consecuencia del predominio casi absoluto que tiene hoy en día el inglés en la comunicación, también jurídica, entre los diversos países de la Comunidad internacional.

Parece justo recordar, sin que esto signifique ningún demérito para estas obras, que Tratados de Derecho penal fundamentales de la Dogmática penal alemana en el último cuarto del siglo XX como el de Jescheck, Roxin o Jakobs, sólo han sido traducidos al español (el de Roxin recientemente también al chino), mientras que, por ejemplo, el Tratado de Derecho penal internacional de Gerhard Werle ha sido traducido ya además de al inglés (donde acaba de alcanzar la 3ª edición), al ruso, al chino, al español y al italiano.

La misma tónica sigue ahora el Tratado de Kai Ambos, cuya versión inglesa realizada por él mismo, aquí comentamos. Sin embargo, conviene hacer una precisión que me parece importante. Mientras que el Tratado de Werle tiene el contenido que después se ha mantenido en todas las traducciones que ha tenido; el Tratado de Ambos tiene un contenido diferente a la que tiene en su versión alemana, de la que sólo una parte se mantiene en la versión inglesa. Es decir, en realidad no se trata de una versión al inglés del Tratado alemán que es mucho más amplio y que contiene también partes de dedicadas a la aplicación de la pena, al Derecho penal europeo y a los delitos perseguibles internacionalmente de acuerdo con los Tratados internacionales, sino de la traducción de las partes dedicadas a lo que en alemán se llama “Völkerstrafrecht”, y que es lo que en idioma español se llama propiamente “Derecho penal internacional” y en inglés “International Criminal Law”

Esta versión inglesa se estructura en tres volúmenes, de los que ya han aparecido dos: el primero, dedicado a los Fundamentos y a la Parte General, y el segundo a los delitos o crímenes internacionales en particular y de las reglas concursales y de determinación de la pena,

quedando todavía por publicar un tercer volumen dedicado al proceso penal y a la cooperación internacional.

Una particularidad interesante de esta versión inglesa es que la bibliografía que usualmente se pone al comienzo de cada capítulo se ha suprimido y en su lugar se remite a la página correspondiente de Internet. Ello puede resultar sorprendente por poco habitual, pero perfectamente comprensible si se tiene en cuenta que la bibliografía correspondiente es prácticamente inabarcable y que transcribirla supone ocupar varias páginas, con el inconveniente adicional de que pronto podría quedar desfasada con la aparición de nueva bibliografía. Con este nuevo sistema la bibliografía puede ser continuamente actualizada, lo que naturalmente implica que el autor o las personas que con él colaboren se ocupen constantemente de esa actualización.

Una amplia lista hay, sin embargo, en el primer tomo de los casos fallados en los Tribunales de Justicia y Organismos internacionales (Corte europea de Derechos humanos, Corte extraordinaria de Camboya, Comité de derechos humanos, Corte Interamericana de derechos humanos, Corte Internacional de justicia, Corte criminal internacional, Corte internacional para Ruanda, para la antigua Yugoslavia, Tribunal militar para el Lejano Oriente, Tribunal iraquí especial, Corte permanente internacional de Justicia, Tribunales militares permanentes, Corte especial de Sierra Leona, Paneles especiales de Timor Este, Tribunal especial de Líbano, Tribunales militares de Nuremberg) y nacionales (Argentina, Australia, Bosnia Herzegovina, Canadá, Chile, China, Colombia, Francia, Alemania, India, Israel, Italia, Holanda, Nueva Zelanda, Perú, Polonia, España, Reino Unido, Estados Unidos), lo que pone de relieve el ingente material jurisprudencial que existe una a nivel mundial con relevancia o al menos referencias al Derecho penal internacional. Igualmente se contiene al inicio de este tomo un completo índice legislativo de las leyes internacionales y nacionales referidas al Derecho penal internacional; y una lista con las abreviaturas más frecuentemente utilizadas.

El primer capítulo contiene una completa aunque apretada exposición de la evolución del Derecho penal internacional desde sus inicios tras la Primera Guerra Mundial con el Tratado de Versalles, los primeros Tribunales ad hoc de Nuremberg y Tokyo tras las Segunda Guerra Mundial, la Convención del Genocidio, los Convenios de la Haya y Ginebra, el Proyecto de un Código de Derecho penal internacional y las iniciativas privadas, hasta los antecedentes más recientes de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, el Tratado de Roma y la creación de la Corte Cri-

minal Internacional, a cuya composición dedica varias páginas. También menciona los “Tribunales mixtos” de Kosovo, Timor Este, Sierra Leona, Camboya, Irak, Líbano y Bangladesh.

Tras este análisis descriptivo de la evolución histórica del Derecho penal internacional se ocupa en el capítulo segundo de su concepto, función y fuentes. El capítulo tercero lo dedica a la teoría de la imputación, que en el Derecho penal internacional es una imputación individual en un contexto colectivo, regida por los principios de legalidad, culpabilidad y debido proceso, pasando luego a ocuparse de lo que llama estructura general delito en el Derecho penal internacional. Ambos es consciente que, por lo menos en esta edición inglesa para lectores no especialmente conocedores de la sistemática de la teoría del delito desarrollada por la dogmática penal alemana, es mejor comenzar por la determinación de los distintos niveles de participación en los delitos internacionales, analizando los conceptos de participación, complicidad, conspiración, comisión directa e indirecta, e inducción, tal como han sido desarrollados en las decisiones adoptadas en los Tribunales internacionales. A diferencia de lo que hace en la edición alemana, no insiste tanto en las diversas formas de intervención delictiva que en la dogmática penal alemana se clasifican entre lo que se llama propiamente autoría: autoría directa, autoría mediata y coautoría, y participación: inducción y complicidad (véase, por ejemplo, la exposición que hace de esta materia en la 4ª edición de su *Internationales Strafrecht*, 2014), sino que expone cómo han sido tratadas estas diversas formas de intervención en el delito a través de las más relevantes decisiones adoptadas por los Tribunales internacionales insistiendo de todos modos en el art. 25 del Estatuto de Roma encuentra acogida una teoría diferenciada de la intervención de varias personas en el delito que puede explicarse conforme al modelo diferenciador de la dogmática penal alemana más que en la tradicional “Joint Criminal Enterprise” que venían adoptando los Tribunales internacionales desde Nuremberg (p. 176 ss. de la versión inglesa). En apoyo de esta posición cita la importante decisión del Tribunal Internacional en el caso Lubanga que aplicó por primera vez la tesis de Roxin sobre “autoría mediata por control de aparato de poder” (p. 150 ss.), que, sin embargo, tuvo el voto en contra del Juez inglés Fulford que considera innecesarias estas distinciones de la dogmática penal alemana.

Más dificultades tiene para explicar con ayuda de la dogmática alemana responsabilidad por omisión del comandante o jefe militar del batallón cuyos miembros hayan cometido algún delito internacional. En este

caso, el art. 28 del Estatuto de Roma se admite esa responsabilidad incluso por desconocimiento negligente por parte del superior respecto a los hechos cometidos por la gente a su mando. Efectivamente, se puede hablar en este caso de una “posición de garante” por parte del superior, pero el que la responsabilidad sea exigible incluso en caso de negligente desconocimiento permite más bien hablar de una responsabilidad objetiva basada fundamentalmente en el status del superior, difícilmente compatible, como advierte Ambos (p. 230 s.), con el principio de culpabilidad.

El capítulo VI lo dedica a la tentativa como forma especial de responsabilidad criminal individual. En él se estudia los elementos de la tentativa y las particularidades de la misma en el Derecho penal internacional, exponiendo las dificultades que tiene delimitar el “comienzo de la ejecución” que exige el art. 25.3 del Estatuto de Roma, y la distinta interpretación que del mismo se hace en el Common Law y en el Civil Law, señalando también las diversas formas de apreciar este elemento en los distintos delitos internacionales, pues evidentemente no es lo mismo hablar de comienzo de ejecución en un Genocidio, en un Crimen contra la Humanidad, en un Crimen de Guerra o en una Guerra de Agresión. Las particularidades de cada uno de estos delitos impide la búsqueda de una “fórmula mágica” que de modo unitario pueda explicar este elemento. EN el fondo Ambos se inclina (p. 252 ss.), por una teoría próxima a la teoría formal refiriendo el comienzo de ejecución a las particularidades del respectivo delictivo, tomando en cuenta sólo de forma indirecta la perspectiva del sujeto.

Del mismo procede en el capítulo VII en relación con el elemento subjetivo en los crímenes internacionales. El punto de partida es lógicamente la comisión dolosa o intencional de la ofensa, pero igual que sucede en el Derecho penal común los distintos matices que tiene los elementos intelectivos y volitivos, más cuando se trata de delitos con una gran complejidad de elementos objetivos (“conducta, consecuencias y circunstancias”, plantea dificultades adicionales no fáciles de determinar a nivel probatorio. La responsabilidad por omisión, incluso debida solo a negligente desconocimiento, del superior respecto a los hechos cometidos por los subordinados, que antes comentábamos es una muestra de lo difícil que es en el Derecho penal internacional demostrar las distintas formas de comisión dolosa de un delito. También aquí Ambos distingue el nivel del elemento subjetivo en los diversos delitos, pues ciertamente no es lo mismo el elemento subjetivo del delito de genocidio que el de un crimen de guerra.

En el capítulo VIII y último del primer tomo Ambos se ocupa in extenso y de forma global y unitaria de las causas de exclusión de la responsabilidad penal, aunque insiste en la conveniencia de diferenciarlas, siguiendo el modelo de la dogmática penal alemana, entre Justificación y Exculpación (p. 304), aunque ciertamente reconoce que hay casos límites en los que esa diferenciación es bastante sutil y difícil de llevar a la práctica. Un ejemplo de ello es el tratamiento de la “duress”, o actuación en una situación de necesidad o coacción. Este supuesto fue especialmente discutido en el caso “Erdemovic”, en el que el Tribunal Penal de la antigua Yougoeslavia juzgó a un oficial del ejército serbio que alegó que había mandado el pelotón de fusilamiento ante la amenaza de que si se negaba él también sería fusilado. En una primera instancia el oficial fue condenado, aunque ciertamente se admitió que la “duress” podía ser invocada como eximente, mientras que el Tribunal de apelación rechazó esta posibilidad, si bien en esta instancia hubo dos votos particulares de los Jueces Casese y Stephen a favor de la aplicación de esta eximente. La opinión mayoritaria se inclinó por no darle relevancia en los casos en los que el hecho consiste en causar la muerte de otras personas para salvar la propia vida (opinión bastante consolidada en el Common Law), sin embargo, si se entiende que aquí no se trata de una justificación sino de la posibilidad de exculpación de un individuo que actúa en una situación de coacción extrema la absolución puede ser más fácilmente asumible, tal como indicaban los Jueces disidentes.

La distinción Justificación/Exculpación es aún más difícil de admitir en casos como la legítima defensa en la guerra de agresión. Prácticamente todos los Estados que atacan a otros invocan la legítima defensa (incluso la preventiva). Así sucedió en la invasión de Polonia por las tropas alemanas nazis en 1939, y así ha sucedido más recientemente en la invasión de Irak por las tropas aliadas con el argumento de que en manos de Saddam Hussein había armas de destrucción masiva que nunca se encontraron. Ciertamente la legítima defensa en caso de guerra no tiene los mismos requisitos que la legítima defensa individual en el Derecho penal común, Ambos es consciente de ello (p. 334). Pero incluso admitiendo esta diferencia, la invasión “justificada” de otro Estado, el “*ius ad bellum*”, no puede nunca justificar los excesos que luego se cometan en la guerra que surja de esa invasión. El “*ius in bello*”, constituido por las Convenciones de la Haya y de Ginebra, en definitiva el Derecho humanitario, es un límite que nunca puede ser traspasado. Esta distinción parece haberse olvidado

en las más recientes guerras (invasión de Irak, bombardeos de lugares protegidos y de la población civil en las Guerras israelita/palestina, etc.), en las que la justificación de los excesos como algo inevitable o como “daños colaterales” puede llevar al Derecho penal internacional, si se admiten, a su absoluta ineficacia y al consiguiente desprestigio de sus Tribunales de justicia. Desde luego en esta materia una cosa es la exposición teórica de las reglas del Estatuto de Roma, que Ambos explica correctamente, y otra la realidad que vivimos diariamente en los conflictos locales, en los que intervienen las potencias extranjeras, y especialmente los Estados Unidos de América, que por cierto no ha aceptado la competencia del Tribunal Penal Internacional para juzgar los hechos en los que sus tropas estén implicadas.

A nivel de responsabilidad individual, y de esto es de lo que se trata en el Derecho penal internacional, las invocaciones a la obediencia debida, al error de derecho y sobre la legalidad de la orden impartida por el superior, etc., serán frecuentes en las defensas de los acusados por los crímenes internacionales. Ciertamente es difícil admitirlas cuando se trata de los máximos responsables a nivel estatal o gubernamental, pero serán más asumibles en el caso de los meros ejecutores, que aparecen a veces como “chivos expiatorios” en algunos de los procesos que ha habido en los Tribunales internacionales. Pero igualmente puede suceder que la condena de algunos de esos máximo responsables sirva de excusa o tapadera de los crímenes cometidos por la masa de los subordinados, cargos inferiores, soldados, etc., que permanecen, salvo casos aislados, en la más absoluta impunidad, o ni siquiera llegan a ser juzgados. Slogans, como “No fui yo, fue Hitler”; o tesis dogmáticas aparentemente serias como la teoría subjetiva de la participación mantenida por el Tribunal Supremo alemán para calificar de meros cómplices a los ejecutores de los crímenes más horribles cometidos durante el nacionalsocialismo, con el fundamento de que no actuaban con voluntad de autor, sino de meros cómplices en interés de otro, lo que motivó la sarcástica frase de un penalista de que en la Alemania nazi sólo hubo un autor “y sesenta millones de cómplices”, o la introducción solapada en el antiguo párrafo 50 de un párrafo por el que, como complemento de esa teoría subjetiva, se excluía la calificación de asesinato en los que habían causado la muerte de miles de personas, con el argumento de que no concurrían en ellos, sino en Hitler o en Hitler, los “móviles bajos” racistas y que por tanto se trataba de simples homicidios, demuestran hasta qué punto en este asunto pueden alegarse eximentes o

atenuantes que diluyan la responsabilidad penal de los vivos, desplazándolas a los ya muertos.

Interesante es también el tema de las eximentes que Ambos llama “procedurales”: inmunidades, amnistías, leyes de punto final y la prescripción de los delitos y el abuso del proceso. En principio, una de las características del Derecho penal internacional es no admitir las inmunidades y amnistías que puedan establecerse en el Derecho penal nacional para los responsables de estos delitos. Más complicado es el problema en el caso de que conforme al Derecho penal nacional los hechos hayan prescrito por el paso del tiempo. La declaración de no prescripción de los delitos internacionales, Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y Crímenes de Guerra, que establece el Estatuto de Roma, no ha sido ratificada por todos los Estados, pero en todo caso se plantea el problema de si puede ser aplicada con efectos retroactivos, es decir, a los hechos cometidos antes de que se declarara y entrara en vigor la no prescripción. Como es sabido, ello motivó una enorme discusión en Alemania en relación con la declaración de la aplicación de la no prescripción aprobada para el asesinato y el genocidio en 1975, en relación con los crímenes de los nazis. Al Juez español Baltasar Garzón, su actitud favorable a la aplicación retroactiva de la calificación de genocidio y delitos contra la humanidad cometidos durante la dictadura franquista, así como su entendimiento de que la amnistía acordada para esos hechos ya en la etapa democrática carecía de valor, le costó un proceso por prevaricación, del que fue absuelto, aunque simultáneamente fue condenado en otra causa paralela que se le instruyó. Ambos no parecen muy favorable a esta posición, pero no deja de ser contradictorio con lo acordado en el Estatuto de Roma al respecto.

El segundo tomo de esta obra se dedica a lo que podríamos llamar Parte especial del Derecho penal internacional, es decir, al análisis de los crímenes internacionales definidos como tales en el Estatuto de Roma: Genocidio, Crímenes contra la Humanidad, Crímenes de Guerra y Guerra de Agresión. Respecto a este último destaca que no ha sido definido en el Estatuto de Roma, en el que se ve en esta materia la influencia de las grandes potencias en evitar que sus incursiones bélicas en los territorios de otros Estados puedan ser calificadas como “crimen internacional”. El papel del Consejo de Seguridad de la ONU para determinar cuándo cabe invadir en legítima defensa a otro territorio, que fue determinante para considerar que la invasión de Irak por las tropas aliadas capitaneadas por Estados Unidos a principios de los años noventa no estaba justificada, no tuvo la menor eficacia ni para impedir la invasión, ni

para juzgar a los responsables de la misma, que además alegaron la finalidad de acabar con unas armas de destrucción masiva que finalmente nunca se encontraron. En este tema se demuestran la debilidad de un Derecho penal internacional que empezó justamente para calificar como guerra de agresión y, por tanto, como guerra injusta la guerra llevada a cabo por el Estado nacionalsocialista o por el japonés, que fueron la razón principal de las condenas a muerte de sus principales responsables en los juicios de Nuremberg y Tokyo tras la Segunda Guerra Mundial, y que paradójicamente es ahora la gran laguna entre las tipologías de los crímenes internacionales. Quizás por eso algún autor haya llegado a decir que el Derecho penal internacional es un “derecho penal del enemigo” pero del “enemigo vencido”, porque cuando se trata de los vencedores ahí no hay derecho que pueda aplicárseles, como no sea su propio derecho.

En este segundo tomo, en el que también se contienen unos completos índices y tablas de casos y leyes, Ambos se ocupa de los delitos declarados internacionales por los Tratados internacionales (“*Treaty Crimes*”, en inglés): terrorismo, tráfico de drogas, piratería y tortura, de especial importancia hoy en día, porque son los que generalmente pueden (y deben) ser juzgados por los Tribunales nacionales, conforme al Principio de Justicia Universal, que últimamente en la reciente reforma española (2014) de esta materia ha quedado muy malparado.

Este segundo tomo termina con un capítulo dedicado a las reglas concursales y a la determinación de la pena, que también presentan en el Derecho penal internacional especiales particularidades, de las que aquí desgraciadamente ya no podemos ocuparnos. Tampoco es posible comentar con más detenimiento en estos momentos la multitud de cuestiones que suscitan cada uno de los delitos tratados casi monográficamente en este tomo. Pero con este no tan breve comentario he pretendido destacar la importancia de la ya conocida obra de Ambos en su versión inglesa, no sólo porque así puede llegar a un público mucho más amplio y sobre todo a un mundo jurídico, como es el anglosajón, no muy conocedor de la forma de explicar y entender el Derecho, y no sólo el penal, por la Dogmática penal alemana. Es de destacar que en todo momento se advierte no sólo una exhaustividad en el tratamiento bibliográfico de las cuestiones en notas a pie de páginas que llegan a ser agotadoras, sino también una voluntad de compaginar en una materia que obviamente tiene pretensiones de vigencia universal dos visiones del Derecho penal difícilmente compatibles, como son el Common

Law, y más que el Civil o Continental Law, la forma de entender el Derecho penal por la Dogmática penal alemana. El que esto no siempre se consiga no redundaría en absoluto en demérito de la obra o de su autor, sino simplemente es una consecuencia de las dificultades existentes a la hora de compaginar dos mundos que a veces y en cuestiones importantes, por razones no siempre fácilmente explicables, se comportan como el agua y el aceite, o, si se me permite la expresión, como el perro y el gato.

Francisco Muñoz Conde

**3. VORMBAUM, Thomas, *Storia moderna del Diritto penale tedesco, Una introduzione*, 2ª edición, traducción de Giorgia Oss y Sara Porro, Cedam Padova, 2013, 407 páginas**

Igual que sucede con los Tratados alemanes de Derecho penal internacional, la Introducción a la Historia contemporánea del Derecho penal, del catedrático de Derecho penal de la FernUniversität, Thomas Vormbaum, está teniendo un éxito espectacular, no sólo en Alemania, sino también en el mundo anglosajón, en el que ha aparecido ya la traducción al inglés, y ahora en Italia, donde acaba de aparecer esta excelente traducción que ahora comentamos. También se anuncia su próxima traducción al español y al chino.

Este éxito se debe, sin duda, además a la propia calidad indiscutible de la obra, al interés que suscita la evolución del Derecho penal en Alemania, o de la cultura jurídica en lengua alemana, desde la Ilustración en el siglo XVIII hasta las épocas más recientes después de la reunificación alemana a partir de 1989, tras la caída del Muro de Berlín, pasando por la Codificación penal siguiendo el modelo del Código penal francés napoleónico en los antiguos Estados alemanes a mediados del siglo XIX, el Código penal del Imperio a partir de la unificación alemana en 1870, y todos los avatares que ha tenido la nación alemana durante el siglo XX desde la República de Weimar, el Nacionalsocialismo y la división en dos Estados tras la Segunda Guerra Mundial. Para bien y, a veces, también para mal, la evolución política, económica y social de Alemania, sobre todo en el siglo XX, ha repercutido de forma relevante en la evolución que en estos ámbitos ha tenido otros países, europeos y del resto del mundo.

Desde luego la evolución que ha tenido su Derecho, especialmente su Derecho penal, y la elaboración doctrinal o teórica del mismo durante toda esa época y la influencia que ha tenido en esa evolución la situación política, económica y social de cada momento históri-

co en los últimos doscientos años, ha sido igualmente importante en la evolución jurídica de otros países. Es difícil estudiar la Historia Universal del siglo XX sin tener en cuenta la Historia de Alemania durante ese mismo periodo de tiempo. Que, por ejemplo, en el mundo anglosajón, y especialmente, en Inglaterra, esa evolución histórica del Derecho penal alemán también interese es realmente una importante novedad que merece destacarse, dada la tradicional ignorancia mutua entre ambas formas de concebir el derecho y su elaboración doctrinal.

Esta versión italiana resulta especialmente gratificante para Thomas Vormbaum, que es un apasionado y excelente conocedor de la cultura literaria y jurídica italiana. Además de sus excelentes traducciones al alemán de las más importantes obras de Dante Alighieri y de Petrarca, algunas de ellas incluso directamente del latín, Vormbaum ha traducido importantes obras jurídicas de autores italianos y se ha esforzado además por publicar en las editoriales alemanas que dirige monografías y textos jurídicos italianos históricos o actuales. También y aunque en menor medida ha publicado en las revistas que dirige, *Jahrbuch* y el *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, artículos y en las editoriales monografías de autores españoles o hispano parlantes de carácter histórico, dogmático o político criminal.

Pocos se han esforzado tanto como él en dar a conocer en un ámbito poco proclive a ocuparse de la bibliografía jurídica no alemana o que no se publica en alemán, las obras más importantes que se publican en Italia e incluso en España. Aunque sólo fuera por eso, merece nuestra mayor consideración y estima, que desgraciadamente aún no ha sido suficientemente reconocida sobre todo en el ámbito jurídico italiano a cuya difusión en Alemania tanto ha contribuido.

Esta versión italiana no añade nada nuevo a la 2ª edición alemana que le sirve de base, y que ya hemos recensionado anteriormente, pero es importante, sobre todo en la medida en que no haya una versión al español, tenerla en cuenta para superar las dificultades existentes a la hora de traducir a los idiomas de los países donde la Ciencia jurídica y jurídico penal alemana ha tenido y tiene más influencia (especialmente al italiano, al español y al portugués) algunos conceptos jurídicos y especialmente jurídico penales propios de la lengua y de la Ciencia jurídica alemana. Así me parece digno de resaltar la confusión, que a veces los que no conocen la terminología de la dogmática penal de habla española, se da en el ámbito latino entre la “culpa”, como equivalente a “imprudencia”, y la “culpabilidad” como elemento de la teoría del delito que permite la

imputación del hecho típico y antijurídico al autor del mismo; o entre “pena” y “medida de seguridad”, que no siempre es bien comprendida por los penalistas cuyos ordenamientos jurídicos no distinguen claramente entre ambas formas de sanciones penales; por no hablar de los términos del proceso penal o del sistema de ejecución de penas, a cuya evolución en Alemania en el siglo XIX le dedica Vormbaum bastantes páginas, y que, en mi opinión, aunque no conozco a fondo la lengua italiana, creo que están perfectamente traducidos en esta versión italiana. Muy interesante me parece en este sentido la traducción que se hace del término “Juristisches Zeitgeschehen”, que Vormbaum utiliza como algo diferente a “Juristische Strafrechtsgeschichte”, y que los traductores italianos traducen como “Vincende attuali del diritto” (algo así como “sucesos actuales del Derecho”) y “Storia moderna del diritto penale”, para diferenciar lo que es de ayer mismo pero todavía actual de lo que ya ha pasado y no tiene vigencia inmediata. En la versión inglesa de esta obra, que también hemos comentado anteriormente, se emplean para ello los términos “Current legal issues” (“sucesos jurídicos actuales”) y “Modern History of Criminal Law”, si bien hay que reconocer que las diferencias entre una y otra son a veces sutiles y difíciles de marcar. En todo caso, desde luego la versión inglesa tiene más dificultades para traducir algunos términos alemanes dada su falta de equivalencia con los del mundo anglosajón, pero la comparación entre la versión alemana, la inglesa y esta que ahora comentamos, es especialmente rica en sugerencias y puede servir mucho de ayuda a los que busquen una especie de lenguaje jurídico común entre los países e idiomas más representativos de la cultura jurídica occidental; lo que no siempre es posible cuando se trata de traducir a otros idiomas los Tratados de derecho penal alemanes que principalmente se ocupan de algo tan específicamente alemán como es la dogmática penal.

Lógicamente una parte importante de esta Introducción siguen siendo las páginas dedicadas a la “Lucha de Escuelas”, a la polémica entre Binding y Von Liszt, o a la evolución del concepto de bien jurídico, uno de los elementos fundamentales de la teoría del delito en la Dogmática penal alemana. Pero obviamente y como no podía ser de otra manera, una parte también importante en esta obra es la dedicada a la evolución del Derecho (penal) en la etapa nacionalsocialista, en la que Vormbaum ve más que una ruptura con la etapa anterior, una especie de exasperación llevada hasta sus últimas consecuencias de las ideas racistas y biológicas que estaban ya presentes en etapas anteriores y que incluso fue-

ron mantenidas por penalistas de gran prestigio como Binding o Von Liszt, que fueron luego asumidas por los penalistas que colaboraron con el régimen nacionalsozialista, como Edmund Mezger.

También importante es el capítulo dedicado al Derecho penal alemán en la tras la Segunda Guerra Mundial, tanto en la República Federal de Alemania como en la ya extinguida República Democrática Alemana, que refleja muy bien los antagonismos motivados por la Guerra Fría entre ambos sistemas durante la dolorosa etapa de su división. También importantes e interesantes son las reflexiones que hace Vormbaum sobre el momento actual del Derecho penal, y las tendencias político criminales que lo inspiran, basadas más en la idea, que él critica, de su utilización como instrumento político para resolver problemas que no son específicamente penales, motivando una expansión criminalizadora y la desnaturalización de su arsenal teórico tradicional. Vormbaum insiste una vez más, siguiendo en esto el planteamiento de Wolfgang Naucke, de que la Ciencia del derecho penal, no debe ser una ciencia limitadora del poder punitivo, y, por tanto, garantista, y no una que fomente el incremento de la penalidad como forma de solución de los conflictos sociales.

Respecto a su relación con Italia, no debe olvidarse que Vormbaum también ha editado en Alemania, en colaboración con el penalista italiano Sergio Semanara o con Ettore Dazza, libros sobre el Derecho penal fascista y breves biografías de los penalistas italianos más relevantes, así como textos jurídicos legales y documentos históricos italianos de carácter literario y jurídico penal. Desgraciadamente no ha podido hacer lo mismo con la historia reciente del Derecho penal español durante la dictadura franquista y el papel desempeñado por los penalistas españoles de aquella época. Me consta que Vormbaum está muy interesado en ello, pero al no conocer tan bien la lengua y la ciencia jurídica española como conoce la italiana, no ha podido hacer lo mismo que ha hecho con la cultura italiana; tampoco ha encontrado todavía gran apoyo entre los penalistas españoles, al parecer más interesados en las más recientes y complejas construcciones de la dogmática penal alemana, de la que a veces parece que nos hemos convertido en una provincia. Por mi parte, he hecho lo que he podido para dar a conocer en algunas de mis publicaciones en lengua alemana, bien escribiéndolas directamente en alemán, con todos los riesgos que ello implica para quien no es un germano parlante nativo, y también gracias muchas veces a las traducciones que el mismo Vormbaum ha favorecido, algo de la historia del Derecho penal español o de la

influencia que tuvieron en el mismo durante la dictadura franquista autores tan importantes como el alemán, Edmund Mezger, y el italiano, Filippo Grispigni; e incluso he editado con él tanto en lengua española, como alemana, las Actas del Humboldt Kolleg que tuvo lugar en la Universidad Pablo de Olavide en febrero del 2008 sobre “La transformación jurídica de las dictaduras en democracias”. Igualmente he participado tanto en España e Italia, como en Alemania en Congresos, conferencias y reuniones sobre historia contemporánea del Derecho penal, o sobre la transición de las dictaduras en democracia, ocupándome del caso español, en los que Vormbaum también ha participado o ha organizado invitándome a participar, y siendo cada vez más consciente de la importancia del conocimiento de la moderna historia del Derecho penal para comprender mejor el Derecho penal que actualmente tenemos, algo a lo que sin duda ha contribuido Vormbaum como ningún otro penalista lo ha hecho hasta la fecha.

Ojalá que esta traducción al italiano sirva, mientras no salga la traducción al español, de modelo y acicate para que los penalistas hispano parlantes, sobre todo para los que no puedan leer con facilidad el texto original en alemán o en la versión inglesa, dediquemos un poco más de atención a las Historia contemporánea del Derecho penal alemán y a su elaboración doctrinal en el último siglo, que tanto ha influido en nuestro Derecho penal y en la elaboración doctrinal que hemos hecho del mismo, y que desde luego va más allá de la famosa polémica entre causalismo y finalismo que tanto sirvió para distraer nuestra atención ante la pavorosa realidad de un “derecho penal de sangre y de lágrimas” como fue (y aún es) el Derecho penal en la mayoría de los países de nuestro ámbito lingüístico durante los períodos dictatoriales.

Igualmente estoy seguro de que esta traducción al italiano, además de ser, por las razones ya dichas, especialmente gratificante para Vormbaum, servirá para que los penalistas italianos se interesen también por el pasado de su Derecho penal desde la etapa gloriosa de Beccaria, pasando por la Unificación en una sola nación italiana a mediados del siglo XIX, y ya en el siglo XX por la etapa fascista, hasta llegar en los años 70 al “Derecho penal de la emergencia”, en los llamados “años de plomo” a que dio lugar el terrorismo de las Brigadas Rojas, pero también de los grupos de extrema derecha infiltrados en los aparato del poder policial, económico y político; y analizar luego los procesos que a finales del siglo XX se llevaron a cabo para juzgar la corrupción política que se había adueñado del país. Lo que obviamente también debe llevar a estudiar la con-

tribución que en todas estas etapas históricas hicieron sus más importantes penalistas, sin olvidar por supuesto el pasado glorioso de la llamada “Escuela clásica”, con Francesco Carrara a la cabeza, o, aunque después hayan sido superados por la evolución de los conocimientos científicos en la materia, el papel destacado que tuvieron los fundadores de la llamada “Escuela positivista”, especialmente Cesare Lombroso y Emilio Ferri, en la creación de la moderna Criminología.

Leyendo esta versión italiana de la Introducción de Vormbaum se da uno cuenta de lo importante que es conocer la historia reciente del Derecho de los países de nuestro ámbito jurídico común europeo para poder entender un poco mejor la actual problemática de eso que aún no sabemos muy bien en qué consiste y que llamamos Unión europea, que sólo a través del conocimiento de las raíces comunes podemos concebir unitariamente por encima de los particularismos y nacionalismos de cada uno de los países, y de las diferentes culturas y lenguas que la integran.

**Francisco Muñoz Conde**

**4. ROXIN, Claus, *Derecho penal, Parte General, tomo II, Especiales formas de aparición del delito, traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña (Director), José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, en colaboración con otros, editorial Civitas/Thomson Reuters, 2014, 1069 páginas***

A estas alturas no es necesario destacar la importancia de la obra de Roxin y la influencia que la misma ha ejercido en la Ciencia del Derecho penal en los últimos sesenta años no sólo en Alemania, sino en otros muchos países, especialmente en los de lengua española, tanto en España, como en todos los países latinoamericanos, incluyendo también a Brasil, en los que ha impartido innumerables conferencias, participado en diversos Congresos y recibido ya veinticinco doctorados honoris causa.

Muchos son también los penalistas hispano parlantes que han estudiado directamente con él desde que se trasladó a la Universidad de Munich a principios de los años setenta del pasado siglo, después de unos años como Profesor en la Universidad de Gotinga. Innumerable es además el número de penalistas que indirectamente a través de sus trabajos, artículos, libros y monografías, traducidos al español, han adquirido o profundizado sus conocimientos de Derecho penal a través de la obra de Claus Roxin.

Aun así, una visión global y completa de su obra sólo puede conseguirse a través de su Tratado de Derecho penal (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*), cuyo primer tomo, conteniendo los Fundamentos y la primera parte de la Teoría del Delito, apareció en Alemania hace ya veinte años (2ª ed. 1994, 3ª ed. 1997), y fue seguido diez años más tarde por un segundo tomo que contiene las Especiales formas de aparición del delito (2003).

Afortunadamente, la 2ª edición alemana del primer tomo fue ya traducida al español por Diego-Manuel Luzón Peña y por sus discípulos Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal y se publicó en 1997, y en las materias que en él se contienen ha sido punto de referencia y cita obligada de todos los que se han ocupado de ellas en los últimos quince años. Pero aún faltaba la traducción del segundo tomo que se ha demorado algunos años más dada la enorme extensión de la misma y la diversidad de temas que en él se tratan, desde la teoría de la autoría y la participación, hasta la del concurso de delitos, pasando por la tentativa y el muy complejo tema de la omisión y de la comisión por omisión. Para poder llevar a cabo tan compleja tarea Diego-Manuel Luzón Peña ha recurrido a la colaboración de además de los anteriormente citados a su otro discípulo directo José Manuel Paredes Castañón, y a otros discípulos (as) directos o indirectos, cuyos nombres, así como las partes que cada uno ha traducido se mencionan expresamente. Estos otros traductores (as) son: Marta García Mosquera, María Trapero Barreales, Inés Olaizola Nogales, Raquel Roso Cañadillas, Soledad Barber Burusco, Isabel Durán Seco, Leticia Jericó Ojer, Virxilio Rodríguez Vázquez, Silvia Martínez Cantón, José-Zamyr Vega Gutiérrez y Susana Escobar Vélez. Todos ellos, de un modo u otro, no sólo vinculados con el Profesor Luzón, sino también con el propio Roxin o con sus discípulos alemanes, Schünemann, Wolter y Bottke.

Lo más difícil ha sido sin duda, además de la traducción misma, la labor de dirección y coordinación que ha llevado a cabo personalmente el Profesor Luzón Peña, quien en el Prólogo a la versión española explica con todo detalle la génesis y elaboración de esta obra, y la distribución entre los diversos traductores.

En este momento no voy a referirme al contenido de este volumen, cuyo comentario dejo para otra ocasión, sino solamente a la importancia de esta traducción para que todo el mundo, sobre todo para los que no puedan o sólo con dificultades leer directamente en lengua alemana, conozca en su integridad y de una forma sistemática el pensamiento de Roxin, en las materias en él tratadas. Con ello el Profesor Luzón y su escuela hace

una contribución impagable para el estudio y el desarrollo de la Dogmática penal alemana en los países de habla española (que igualmente será aprovechada por los de habla portuguesa e italiana), ya que en este tomo igual que en el anterior, Roxin no sólo expone, como es lógico, su propia concepción en las materias que trata, sino al mismo tiempo, de forma bastante objetiva y equilibrada, las opiniones de otros autores que discrepan de la suya, con lo que el lector tiene una visión global del estado de la cuestión en la doctrina alemana.

Pero, al mismo tiempo, y esto es muy importante destacarlo, el Profesor Luzón y su escuela brindan un impagable servicio a la propia Dogmática penal alemana, que sin traducciones como ésta apenas saldría del estrecho ámbito de los países de habla alemana, dada la tradicional indiferencia, injusta, pero cierta, con la que la consideran los países pertenecientes al sistema del Common Law e incluso algunos más cercanos geográficamente como Francia o la misma Italia.

Respecto a la traducción misma poco puedo decir en un momento en el que sólo he podido leer algunas partes. Pero dada la solvencia, buen conocimiento de la lengua y de la dogmática penal alemana y la experiencia del Profesor Luzón y de los discípulos que han colaborado en la traducción no me cabe la menor duda de que la traducción será excelente, lo que se puede ver ya en las notas que se añaden en las que se aclaran algunos términos de difícil traducción por falta de equivalencia en el idioma español. También muy interesantes son las notas que se añaden en algunos pasajes para mostrar

algunas discrepancias o matizaciones que hacen los respectivos traductores a algunas de las ideas expuestas por Roxin, o sobre particularidades de la legislación, jurisprudencia o doctrina españolas.

Con ello se culmina una labor de años en los que el Profesor Luzón, ya precoz traductor de los primeros trabajos de Roxin a principios de los años 70 (véase por ejemplo, su traducción de los “Problemas fundamentales del Derecho penal”, 1976) con una paciencia y constancia admirables, ha mostrado que por encima de todo, del a veces escaso reconocimiento que una labor de este tipo tiene y de los injustos ataques personales que han recibido él y algunos miembros de su escuela por parte de los que debían reconocer más que nadie la labor que ha realizado durante todos estos años y su dedicación exclusiva a la Universidad, están la honestidad y la coherencia con las propias convicciones, que han convertido al Profesor Luzón en uno de los mejores, si no en el mejor conocedor y cultivador de la Dogmática penal que ha tenido España en los últimos cincuenta años.

Para mí personalmente ha sido especial motivo de satisfacción, y creo que también para el mismo Claus Roxin, que la primera presentación de esta traducción se haya llevado a cabo en la Universidad Pablo de Olavide el 12 de noviembre del 2014, el día antes de que se celebrara la solemne ceremonia de la concesión por esta Universidad del doctorado honoris causa al Profesor Dr., muchas veces doctor honoris causa, Claus Roxin.

**Francisco Muñoz Conde**