

HIS PRAX IDELT PRO

Revista

Julio 2011

28

La
n
e
n



blanch

Revista Penal

Número 28

Sumario

Doctrina

– Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal, por <i>Juana del Carpio Delgado</i>	5
– Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	29
– Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica, por <i>Donato Castronuovo</i>	44
– ¿Para qué necesitamos una coautoría imprudente?, por <i>Andreas Hoyer</i>	56
– El arrepentimiento postdelictual en España: un ensayo acerca de su viabilidad como instrumento combativo del crimen organizado, por <i>M^a José Jordán Díaz-Roncero e Ignacio Comes Raga</i>	67
– Los límites de la amnistía, por <i>Juan Antonio Lascuraín</i>	95
– Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil, por <i>Ana Elisa Liberatore S. Bechara</i>	114
– ¿Hacia un espacio sancionador administrativo común?, por <i>Adán Nieto Martín</i>	136
– Mandato de determinación y consecuencia jurídica, por <i>Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro</i>	153
– La legislación penal relativa a la protección de los Derechos de Propiedad Intelectual a nivel internacional por <i>Shizhou Wang</i>	165
– Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad, por <i>Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo</i>	187
– Co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?, por <i>Gerhard Werle y Boris Burghardt</i>	197
Sistemas penales comparados: El delito de blanqueo de dinero.....	207
Bibliografía: Notas bibliográficas sobre pena de muerte, historia del Derecho penal y Derecho penal Internacional, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	269
Noticias. Próximo encuentro del Grupo Nacional español de la Asociación Internacional de Derecho Penal.....	293



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
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	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. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

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 y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Shizhou Wang (China)	Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún (República Dominicana)
Adán Nieto Martín y (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Dimitris Ziouvas (Grecia)	Baris Erman (Turquía)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)	Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 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:
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Compobell
MAQUETA: PMc Media

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

B i b l i o g r a f í a



Notas bibliográficas sobre pena de muerte, historia del derecho penal y derecho penal internacional



Francisco Muñoz Conde

I. PENA DE MUERTE

Hace unos años, pocos, nadie hubiera imaginado, al menos en el ámbito de los profesores de Derecho penal de la Europa occidental de finales del siglo XX, que el tema de la pena de muerte volvería a ser actual y sería un tema candente en la actual Política criminal de muchos países. Los horrores habidos durante la primera mitad del Siglo XX con dos Guerras mundiales, que afectaron principalmente a Europa, y las varias Guerra civiles, como la española, habidas en ese siglo, pusieron de relieve que la brutalidad, la crueldad y la inhumanidad no era sólo una cuestión del pasado o algo privativo de países poco desarrollados económica, social o culturalmente, sino algo perfectamente posible y una amarga realidad en los países económica y culturalmente más avanzados, como eran y son todavía los más importantes países europeos. Los regímenes dictatoriales que surgieron entre las dos Guerras Mundiales en Italia y Alemania, y luego en Portugal y España, países estos últimos en los pervivieron hasta el último cuarto del siglo XX, y los que bajo un signo ideológico distinto se impusieron tras la Segunda Guerra Mundial durante más de cuarenta años en los países del Este europeo, demostraron que la barbarie podía surgir en cualquier sitio y que el brillante pasado cultural e incluso el alto nivel económico de algunos de ellos no constituía un obstáculo para que pudieran imponerse con relativa facilidad la crueldad y el desprecio absoluto por los derechos humanos más elementales.

La reacción ante todo ello fue la abolición de la pena de muerte, incluso a nivel constitucional, en los países que, de una u otra manera, pasaron de un régimen dictatorial a uno democrático, como fue el caso en la República Federal Alemana con Ley Fundamental de Bonn, que, tras la Segunda Guerra Mundial y la derrota del régimen

nacionalsocialista, sirvió de base a su nuevo Ordenamiento jurídico. Esta decisión abolicionista fue seguida por otros países europeos occidentales que, aunque no habían tenido la experiencia de regímenes dictatoriales en su pasado reciente, paulatinamente, con algunas reservas, fueron eliminando del catálogo de las penas la más cruel e inhumana de todas ellas. Lo mismo ha sucedido con los demás países europeos que en el último cuarto del siglo XX han pasado de un régimen dictatorial a uno democrático, como es el caso de España y la mayoría de los países del Este europeo, incluyendo Rusia, siendo Portugal una excepción, no porque no haya abolido la pena de muerte, sino porque la abolió ya en el siglo XIX, abolición que se mantuvo, al menos teóricamente, durante la larga dictadura salazarista.

En el ámbito europeo se puede decir, por tanto, que el abolicionismo ha ganado la partida, hasta el punto de constituir hoy en día un requisito indispensable para poder llegar a ser miembro de la Unión europea que el país en cuestión haya abolido del catálogo de sus penas la pena capital, requisito que al menos como paso previo a su integración europea ha cumplido recientemente Turquía.

Pero este eurocentrismo abolicionista no significa que la pena de muerte haya sido abolida a nivel universal, o que haya quedado como una reminiscencia histórica en algunos países culturalmente atrasados. Desgraciadamente, raro es el día en el que no vemos en los medios de comunicación que algunos Estados entre los más poderosos del mundo, como algunos de los que forman la Federación de los Estados Unidos de América, la República Federal China o Japón, se ejecuta a alguien condenado ciertamente por algún delito horrendo contra la vida, pero también por algún delito de carácter económico o incluso por la mera discrepan-

cia ideológica. Las cifras que nos ofrecen la Estadísticas, a veces extraoficiales, como es el caso de China, son realmente impresionantes y demuestran hasta que punto el problema de la pena de muerte es un problema candente y actual, que no puede estimarse en absoluto como una mera reminiscencia histórica o algo puramente anecdótico.

Pero incluso en los países en los que la pena de muerte hace ya tiempo que ha sido oficialmente abolida, empieza notarse un movimiento mediático difuso que se pone en marcha cada vez que se produce algún suceso luctuoso de gran impacto social, como asesinatos en serie, secuestros seguidos de violación y asesinato de menores, algún grave atentado terrorista con multitud de víctimas, que reflejan encuestas de opinión pública e incluso movimientos políticos que más o menos directamente se muestran favorables a la reintroducción de la pena de muerte.

De ahí la importancia y actualidad que tienen los libros que seguidamente se comentan que no sólo reflejan las diversas corrientes en pro de la abolición de la pena de muerte, sino que, al mismo tiempo, recuerdan que la pena de muerte es todavía una dura realidad en el panorama del Derecho penal comparado y no una pieza del Museo de la Historia, en el que esperemos quede algún día definitivamente arrumbada.

1. *Hacia la abolición universal de la pena capital*, editores Luis Arroyo, Paloma Biglino, William Chabas, coordinador Antonio Muñoz Aunión, presentación de José Luis Rodríguez Zapatero, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, 565 págs. (hay una versión en inglés de este libro, publicada en la misma editorial: *Towards universal abolition of the death penalty*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, 455 págs.).

En diciembre del 2009 se celebró un Coloquio organizado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla La Mancha, que dirige el catedrático de Derecho penal de esa Universidad, Luis Arroyo Zapatero. Dicho Coloquio fue precedido de un Acto en pro de la abolición universal de la pena de muerte, en el que el Presidente del Gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero expuso el Programa propuesto en su Discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre del 2008 en pro de una moratoria por diez años de la pena de muerte en los países en los que todavía se aplica. En el Coloquio se presentó además por la Presidenta honoraria de la Sociedad Internacional de Defensa Social,

Simona Rozes, una Red Académica contra le Pena de Muerte, integrada por las cuatro grandes asociaciones científicas en Derecho pena, la Citada Sociedad de Defensa Social, la Asociación Internacional de Derecho penal, la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria y la Sociedad Internacional de Criminología, 25 Institutos Universitarios de todo el mundo, desde Pekín a Estambul, y un gran número de prestigiosos penalistas.

De la edición española de las ponencias presentadas en este Coloquio, informó ya en un anterior número de Revista Penal (num.26, 2010), la Profesora Juana del Carpio Delgado. Posteriormente, ha aparecido una edición en inglés que diverge algo de la española, en la que se contienen artículos que no aparecen en la inglesa, y en la inglesa algunos que no aparecen en la española. En todo caso, la importancia de ambas ediciones para reanudar el debate en España, pero con repercusión a nivel mundial, sobre la abolición de la pena de muerte, creo que justifican este nuevo comentario bibliográfico junto con el de otras obras que se ocupan del mismo tema; un tema que, aunque a veces parezca que lo olvidamos, sigue siendo de una trágica actualidad en el Derecho penal de muchos países.

La edición española se inicia con un Ponencia del Profesor William A. Chabas, de la Universidad Nacional de Galway, Irlanda, uno de los principales especialistas a nivel mundial en esta materia, quien expone las perspectivas abolicionistas a la luz de las declaraciones y documentos de las Naciones Unidas; a la que sigue una valoración global y crítica de las perspectivas abolicionistas presentada por los Profesores del Centro de Estudios para la Abolición de la Pena capital de la Universidad de Westminster.

A estas ponencias generales le siguen las que se refieren a las distintas regiones y países de Europa (Jon Yorke, Reino Unido; Stefano Manacorda y Giorgio Marinucci, Italia; Svletana Paramonova, Rusia). América (Berdugo Gómez de la Torre, que se ocupa de la cuestión en los Códigos penales iberoamericanos; Salomao Shecaira, Brasil; García Ramírez, que informa sobre la Corte Penal Internamerica; Naomi Norberg, Estados Unidos; Matos de Juan, Puerto Rico; Hurtado Pozo, Perú); Asia (Kanao Takayama/Verónica Yamamoto, Japón; Liu Janping y Wang Shizhou, China), África (Lilian Chenwi, Sudáfrica), y en la edición inglesa Turquía (Sokullu-Akinzi, Universidad de Estambul).

A esta sección le sigue otra dedicada a las religiones, culturas y valores, con ponencias del ya fallecido catedrático de Derecho penal en el País Vasco, Antonio Beristain, sobre la pena de muerte desde el punto de vista

filosófico-teológico; de Cherif Bassiouni, sobre la pena de muerte en la Sharia; de Geneve Giudecilli-Delage, que hace unas reflexiones sobre la vida y la muerte en Europa; de María Zelia de Alvarenga y Oswaldo Henrique Dues Marques sobre el derecho a morir su propia muerte; de Mahammed Charfi, ex Ministro de Justicia en Argelia, sobre la diplomacia y la política internacional en la lucha contra la pena de muerte.

De la pena de muerte y la Cooperación judicial internacional en el ámbito de la Unión europea se ocupan los Profesores Adán Nieto Martín y Antonio Muñoz Aunión, de la Universidad Castilla La Mancha; y de la pena de muerte en el ámbito del Derecho penal militar y en tiempo de guerra el Profesor José L. Guzmán Dálbora, de la Universidad de Valparaíso, Chile.

La edición española termina con dos ponencias sobre supuestos especiales, la de Pilar Trinidad Núñez sobre la prohibición de la pena capital a los menores de dieciocho años, y de José Luis de la Cuesta, catedrático de Derecho penal de la Universidad del País vasco y Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho penal, sobre la pena de muerte para los traficantes de drogas, y un breve Epílogo final de periodista del diario El País, Bonifacio de la Cuadra.

Tanto en la edición española, como en la inglesa, todos los autores y ponentes son partidarios del abolicionismo, aunque matizado desde distintos puntos de vista, no siempre convergentes en cuanto a las posibilidades y tácticas a emplear para conseguir la abolición a nivel universal.

No es el momento ahora de analizar cada una de las ponencias y las distintas opiniones que en ellas se vierten en torno a la abolición de la pena de muerte, para lo que me remito al comentario de la profesora Del Carpio, anteriormente citado; pero me parece conveniente hacer una observación general que siempre es necesaria cuando se trata, como ocurre en este libro, de un mismo tema pero situado en un contexto universal en el que no siempre tiene las mismas respuestas, o éstas, aún siendo las mismas, no pueden ser valoradas del mismo modo. Así, por ejemplo, en la exposición por regiones debe tenerse en cuenta la dura realidad política, económica y social en la que se encuentra muchos de los países más pobres del planeta, en los que plantear la abolición de la pena de muerte es casi un acto de humor negro, porque en ellos la muerte como consecuencia de una brutal represión policial, es una experiencia de la vida cotidiana. Pero no sólo las ejecuciones extrajudiciales, que pueden darse en países en los que incluso formalmente está abolida la pena de muerte, sino también la penas de muerte impuestas conforme a los pa-

rámetros y procedimientos legales en los países en los que todavía existe y en los que se impone por hechos que en otros países ni siquiera se consideran delictivos. Esto sucede, por ejemplo en los países en los que todavía se impone la pena de muerte «por lapidación» de la mujer adúltera, o por delitos de mera opinión, sea ésta de carácter religioso o político. La abolición de la pena de muerte también en estos países sería sin duda un gran paso, pero aún más lo sería que dejara de criminalizarse hechos que atañen al fuero puramente moral, ideológico o religiosos. Y lo que desde luego sería un paso decisivo es que se aboliera definitivamente en los países más poderosos del mundo en los que todavía se aplica con profusión, como Estados Unidos y la República Popular de China.

Un caso especial es Japón, país que a pesar de su alto nivel económico y cultural y de la homogeneidad de su estructura social, la pena de muerte es una triste realidad, no sólo en su legislación penal, sino en una praxis judicial que la sigue aplicando, y una ejecución, casi subrepticia, que, como expone la profesora Yamamoto, llega a dilatarse durante años, para finalmente ser aplicada de un modo casi secreto, avisando al condenado con apenas unas horas de antelación. Recientemente, hemos sabido que la Ministra de Justicia de ese país ha asistido a una de esas ejecuciones, porque considera, es la mejor forma de poder dar una opinión sobre la misma, lo que no deja de ser una actitud por lo menos sorprendente.

Pero tampoco debe dejarse de mencionar los países en grave situación de convulsión política violenta e incluso de guerra civil declarada, como Irak, Afganistán y en la actualidad algunos países del Norte de África, en los que las diariamente se producen atentados terroristas o acciones bélicas (las diferencias entre unos y otras, no es fácil de trazar) en las que mueren decenas de personas inocentes sin más culpa que la de estar simplemente en ese momento y en ese lugar.

Evidentemente todo esto excede con mucho de la temática del Coloquio que comentamos, pero son datos a tener en cuenta para debatir en profundidad más allá de la computación numérica de países que han abolido la pena de muerte y países que todavía la mantienen en el catálogo de sus penas. Sin duda el primer paso para una abolición total de la pena de muerte es la reducción y formalización de la misma en los países en los que todavía se aplica; pero ello, con ser importante, todavía no es suficiente y es preciso seguir adelante, luchando por su abolición total a nivel universal, y no sólo en el ámbito legislativo y judicial, sino también en el de una praxis política-policial que todavía recurre a la

violencia letal contra los opositores o disidentes, o contra delinquentes comunes, a veces niños asesinados en plena calle cuando son sorprendidos en sus pequeñas raterías y hurtos. En todo caso, la obra que comentamos es una excelente aproximación al discurso abolicionista a nivel mundial que sigue siendo aún necesario para la erradicación definitiva de una pena tan inhumana, como ineficaz.

Cuando tomé parte en el Coloquio de referencia de esta obra, como moderador de una de las Mesas redondas, y ahora al leer las distintas ponencias, no puedo dejar de recordar las reuniones que en plena dictadura y en los primeros años de la transición democrática, manteníamos en su casa de la calle Mateos Gago de Sevilla, con Asunción Milá y Manuel Salinas, un grupo de jóvenes profesores y jueces, bajo la presidencia del ilustre historiador y economista, Ramón Carande, ya entonces nonagenario, quien presidía una Asociación contra la Pena de Muerte que se creó en aquellas reuniones con el objetivo, casi plenamente logrado, de desterrar la pena de muerte de nuestro nuevo Ordenamiento jurídico democrático y constitucional. Pero también recuerdo ahora al penalista español que todavía en plena dictadura franquista luchó denodadamente por su abolición, el catedrático de Derecho penal de la Universidad complutense y luego Magistrado del Tribunal Supremo, Marino Barbero Santos, maestro del Profesor Luis Arroyo Zapatero, coeditor de esta obra, quien con esta y otras publicaciones y actividades patrocinadas desde el Instituto que dirige, ha recogido de manos de su maestro la antorcha abolicionista, que por diversas razones parecía ya casi extinguida, casi desaparecida del ámbito de las discusiones políticocriminales entre los penalistas de nuestro país.

2. *The road to abolition? The future of capital punishment in the United States*, (¿El camino hacia la abolición? El futuro de la pena capital en los Estados Unidos), edited by Charles J. Ogletree, Jr., y Austin Sarat, New York University Press, New York 2009, 374 págs.

En el tema de la pena de muerte, como en tantos otros, jurídicos y no jurídicos, no cabe duda de que lo que pase en los Estados Unidos de América puede tener una repercusión a nivel mundial tanto en sentido negativo, como positivo. En un país tan grande y poderoso, pero también tan complejo, en relación con la pena de muerte se reflejan los sentimientos contradictorios que actualmente se dan en sus dirigentes y en la opinión pública: por un lado, el sentido libertario que animó a los padres de la Independencia que pu-

sieron por encima de cualquier otro valor la dignidad y la igualdad de los seres humanos; por otro lado, el sentimiento comunitario, que, sin duda, contribuyó a estructurar la sociedad y darle un sentido solidario nacional unitario a personas de la más diversa procedencia geográfica, religiosa, lingüística y racial, pero que, sobre todo en los últimos años a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre del 2001, se refleja también en una mayor preocupación por la seguridad colectiva. Esta mayor preocupación se lo pone difícil a los planteamientos abolicionistas; aunque, como se demuestra en este libro, el camino hacia la abolición de la pena capital gana cada vez mayor terreno y no sólo en el ámbito teórico o doctrinal, sino también en el legislativo y judicial. Ya en la Introducción destacan los editores de este libro, Charles Ogletree y Austin Sarat, que América está en estos momentos en medio de una profunda reconsideración de la pena capital; en los últimos años, el número de condenados a dicha pena ha bajado notablemente y el número de los Estados que ya la han abolido ha crecido. Ya esto sería por sí solo motivo suficiente para mirar con optimismo hacia un futuro abolicionista; no obstante, existen todavía muchos obstáculos que rebajan ese optimismo ante una realidad amarga en la que pena de muerte, como destaca en su contribución Bernard E. Harcourt con referencias estadísticas de su evolución hasta el año 2005, en algunos Estados, particularmente en los de Tejas y Alabama, se sigue aplicando y ejecutando incluso con más frecuencia que antes.

En este libro se recogen las diversas contribuciones de varios autores, de diversa procedencia científica, juristas y no juristas, que se ocupan de los aspectos históricos, culturales, jurídicos y políticos relacionados con la pena de muerte y las posibilidades de su abolición definitiva en los Estados Unidos de América. En una Primera Parte se contienen diversas contribuciones en la que se analizan las perspectivas abolicionistas. Una de Michael Radelt para la que, con un cierto exceso de optimismo, describe la progresiva disminución del número de los partidarios de la pena de muerte en Estados Unidos, refutando los argumentos en los que se apoyan para defenderla, como su carácter intimidatorio o incapacitador, pero también las actitudes ideológicas de carácter político-conservador o religioso, para terminar criticando el argumento retribucionista basado más en la Ley del Talió y en el sentimiento de venganza que en uno de Justicia.

En otra contribución se ocupan Simon Cole y Jay Aronson de los conocimientos científicos que en los últimos años han contribuido a reducir el número de

penas de muerte, como el empleo del ADN para la determinación de la autoría en los delitos castigados con la pena de muerte, evitando muchos errores judiciales; las objeciones que se han esgrimido contra la inyección letal, por haberse demostrado que es un método cruel que no reduce el dolor del condenado, o la prohibición de su aplicación a menores de dieciocho años, basada en los conocimientos aportados por las ciencias neurológicas que demuestran que por debajo de esa edad aún no hay un desarrollo pleno del sistema cerebral; pero estos mismos autores reconocen que los progresos científicos también pueden utilizarse para apoyar argumentos a favor de la pena de muerte. En todo caso, dicen, «aunque al ciencia no puede forzar a la gente a seguir el sendero del abolicionismo, sí por lo menos puede servir de vehículo para los que están dispuestos a seguir ese camino».

El trabajo de Carol y Jordan Steiker analiza las motivaciones de los dirigentes políticos americanos quienes, incluso los más próximos a los planteamientos abolicionistas, se preocupan sobre todo del efecto negativo que estos pueden tener en la opinión pública y, en consecuencia, en las elecciones. De ahí que vean más factible una abolición progresiva a través de decisiones de los Tribunales Supremos de cada Estado y de la Corte Suprema federal que revoquen las condenas a pena de muerte, marcando así lo que llaman el «comienzo del final», pero no el final mismo.

Bastante escépticos respecto a este final se muestran en su contribución Michael McCann y David T. Johnson, quienes tras un análisis histórico y comparado entre Europa y Estados Unidos, consideran que la peculiaridad de este último país se debe a sus raíces históricas, en cuyo pasado no se encuentran las terribles dictaduras por las que pasaron una buena parte de los países europeos, y a su pluralismo federativo que dificulta una abolición unitaria vinculante para todos los Estados que forman la federación, con diferentes situaciones jurídicas, políticas, económicas y sociales. Otra peculiaridad que explica un fuerte rechazo a la abolición de la pena de muerte en la opinión pública americana, es el estado de guerra permanente en el que se encuentra ese país tras la Segunda Mundial, involucrado en continuas guerras en el exterior, como la de Corea, Vietnam y más recientemente las de Afghanistan e Irak, pero sobre todo la reacción tras el atentado del 11 de septiembre del 2001, que ha desencadenado en la población y en muchos dirigentes políticos miedo y un sentido punitivo exacerbado, sobre todo respecto a los terroristas, lo que no permite ser muy optimistas respecto a una pronta abolición de la pena de muerte en ese país.

La Segunda Parte del libro se dedica al debate surgido en torno a la inyección letal como método de ejecución de la pena de muerte. Desde una perspectiva europea este debate puede parecer extraño, o, al menos, superfluo; pero en los Estados Unidos se ha convertido en un debate importante, sobre todo a partir de la decisión de la Corte Suprema en el caso *Baze v. Rees* (2008), en la que siete Jueces de dicha Corte cuestionaron el método por considerarlo una violación de la 8ª. Enmienda de la Constitución que prohíbe los castigos crueles e inusuales. De algún modo este debate recuerda la vieja historia del condenado a muerte que pidió ser ahorcado de un árbol y finalmente tuvo que ser indultado porque no se encontró en todo el país un árbol lo suficientemente grande para poder colgarlo. Ciertamente, si el único método para ejecutar la pena capital existente en un Estado es la inyección letal, y la Corte Suprema considera que este método es un castigo cruel e inusual que viola la 8ª. Enmienda, la pena de muerte no puede ser ejecutada. Pero este argumento también puede tener el efecto contrario de que se busquen otros métodos y que en todo caso la pena capital de un modo o de otro se siga ejecutando, eligiendo simplemente otros métodos que se consideren más rápidos, menos dolorosos y quizás más económicos también. Esto recuerda una anécdota de la serie televisiva humorística americana «The Simpsons», en la que un atractivo joven ecologista intenta convencer a Liza Simpson de que la mejor solución para ahorrar energía es sustituir la energía eléctrica empleada en las ejecuciones de la pena de muerte en la silla eléctrica por energía solar, sin duda un método más ecológico, pero igualmente inhumano, que lógicamente no convence a Liza.

No cabe duda de que la discusión en torno a si la inyección letal constituye o no un método cruel de ejecución pueda distraer del debate principal sobre la abolición de la pena de muerte, tal como advierte en su contribución Debora W. Denno. Kaufman-Osborne considera, sin embargo, en su contribución que este debate puede ser una vía adecuada para plantear el debate principal sobre la abolición de la pena de muerte. Pero como señala Marschukat en su contribución, no debe dársele demasiada importancia al modo en el que se lleva a cabo la ejecución de la pena de muerte, ya que desde que se introdujo la guillotina, como sustitutos de otros métodos tradicionales más cruentos como la crucifixión, lapidación, hoguera, horca, garrote o decapitación, siempre se ha buscado un método de ejecución que al mismo tiempo que rápido sea lo menos doloroso posible. Y es por eso por lo que se ha introducido en muchos Estados de los Estados Unidos de América

el método de la inyección letal en sustitución de otros métodos, particularmente de la silla eléctrica, aunque, dice, la intención no es otra que procurar que la pena de muerte sea más presentable y menos horrorosa ante la opinión pública, pero no tanto ahorrar el sufrimiento del condenado en su tránsito de la vida a la muerte.

El libro termina con dos artículos sobre la pena de muerte en contexto; uno de Wagner-Pacifici sobre las relaciones entre pena de muerte y tortura, cuya estrecha vinculación ha vuelto a aparecer con el debate sobre las denuncias de las torturas y malos tratos a los que son sometidos los detenidos de la Guerra de Afganistán en las prisiones americanas de Abu Chraig y Guantánamo; y otro de Fitzpatrick que entiende el debate sobre el abolicionismo como un debate típico de una moderna política, en el que se abren diversas alternativas, lo que no quiere decir que sean siempre unas alternativas mejores o más humanas, y ahí está como ejemplo la pena de prisión perpetua, que si se aplica como su propio nombre indica, es decir, hasta que el condenado muera, puede ser una pena tan inhumana y cruel casi como la pena de muerte misma.

En definitiva, este libro colectivo, más allá de su referencia específica a la problemática abolicionista en los Estados Unidos de América, es una reflexión muy útil para, como su propio título indica, abrir una «camino hacia la abolición», que es todavía claramente a nivel mundial, y no sólo en los estados Unidos de América, un largo camino de final incierto.

3. STREIB, Victor, *Death penalty* (Pena de Muerte), 3ª. Edición, editorial Thomson/West, S.Paul, 2008, 319 págs.

Dentro de la colección «In a Nutshell» (lit. «en una cáscara de nuez») que edita la editorial Thomson juntamente con la West's Law School, en la que en breves manuales se ofrece una exposición resumida de las instituciones jurídicas más importantes, destaca este libro sobre la pena de muerte escrito por el Profesor de derecho de la Universidad Ohio Northern, Victor Streib. A diferencia de los anteriormente comentados, se trata de una especie de Manual bastante completo y bien informado sobre la regulación jurídica vigente en los Estados Unidos de América de la pena de muerte. Dividido en cinco partes, en él se tratan tanto los aspectos históricos, doctrinales constitucionales y sustantivos, como los procesales que plantea la aplicación de esta pena, así como las particularidades de su ejecución y métodos empleados, recursos y otras cuestiones especiales como la defensa, los prejuicios raciales y de

género, el problema del error judicial y una breve reseña del Derecho comparado. Todo ello precedido de un Prólogo y un post escrito sobre el futuro de la pena de muerte.

El libro se acompaña de un completo índice de referencias jurisprudenciales de los casos en los que la Corte Suprema americana se ha tenido que ocupar de este tema, lo que en es especialmente importante para la comprensión del sistema penal americano, y de un exhaustivo índice de materias. En él se expone con gran claridad la regulación vigente en Estados Unidos, lo que por encima del debate doctrinal y político a favor y en contra del abolicionismo, siempre es bueno conocer para saber que en ese país la pena de muerte no es una cuestión puramente doctrinal, sino una amarga realidad, que como cualquier otra pena, tiene una regulación jurídica, que cualquier jurista dicho país que interviene en un proceso penal en el que se plantee la aplicación de esta pena debe conocer en todas sus particularidades. Es aquí donde se ve con toda claridad la monstruosidad de un derecho que regula con todo detalle todos los aspectos ante relacionados con la imposición de una pena que consiste pura y simplemente en privar de la vida a un ser humano, a través de un procedimiento bastante complicado y difícil de entender incluso para los mejores conocedores de la materia.

En relación con los delitos en los que puede imponerse («Capital crimes») sorprende que en muchos Estados todavía se aplique a otros delitos distintos al asesinato u homicidio en primer grado, como, por ejemplo, al homicidio con motivo u ocasión de un robo, o de una violación, aunque el homicidio sea puramente accidental, recurriendo para ello a la construcción característica del Common Law del «felony murder», muy parecida a la medieval europea del «versari in re illicita», en la que basta que el homicidio se derive o se produzca durante la ejecución de otro delito grave («felony»), para que se impute como asesinato y, en consecuencia, se aplique la pena de muerte. Interesante es sobre todo el caso *Coker v. Georgia*, en el que la Corte Suprema decidió en 1977 que la aplicación de la pena de muerte por un delito de violación de una mujer adulta era una pena desproporcionada que infringía la 8ª. Enmienda de la Constitución USA., criterio que se mantuvo también en el caso *Kennedy v. Louisiana* (2008), en el que igualmente se consideró desproporcionada la pena de muerte para la violación de un menor.

A nivel federal, la pena de muerte se aplica, también en los Estados en los que se ha abolido, en casos de traición y espionaje (como fue el caso de los esposos Rosenberg, acusados en los años cuarenta de

haber dado los secretos de la bomba atómica a la entonces Unión Soviética), cuando la víctima del delito sea un funcionario federal, se trate de un genocidio, de un delito cuya comisión afecte a varios Estados, o en su comisión se hayan empleado explosivos o armas químicas, aunque sólo se ha ejecutado tres veces en los últimos cuarenta años. También es aplicable en algunos delitos militares juzgados por una Corte militar.

Un decisión importante de la Cortfue la *Furman v. Georgia* (1972), en la que con una amplia fundamentación de diversos Jueces (la más larga de la historia judicial americana, 233 págs.), se decidió que la pena de muerte podía violar la 8. Enmienda de la Constitución que prohíbe los castigos crueles e inusuales, lo que provocó la inmediata suspensión de la ejecución de la pena de muerte en muchos Estados. Pero este criterio fue pronto modificado en otras sentencias a partir de 1976 (*Gregg v. Georgia*), que si bien restringen los casos en los que la pena de muerte puede ser aplicada, no la consideran plenamente inconstitucional. A pesar de estas contradictorias sentencias, algunas de ellas han marcado un importante avance en el camino hacia la abolición, como la *Roper v. Tommsons* (2005), en la que se decidió que, cualquiera que fuese el delito, la pena de muerte no podía aplicarse a quienes lo hubieran cometido siendo menores de 18 años; o la *Atkins v. Virginia* (2002) en la que se prohíbe aplicarla a retrasados mentales. Pero si se tienen en cuenta que estas decisiones no fueron adoptadas por unanimidad, se puede constatar la resistencia que aún hay en la más alta instancia judicial americana a una declaración de inconstitucionalidad total de la pena de muerte.

En la parte sustantiva de este libro se exponen también las circunstancias agravantes que suelen plantearse en los casos en los que se solicita la pena de muerte (como que el acusado haya actuado por precio o recompensa económica, pero también los antecedentes por delitos violentos del acusado o que el asesinato tenga relación con otro delito grave, como robo o violación, la premeditación, el uso de explosivos, el que la víctima sea policía o autoridad, etc); las circunstancias atenuantes (juventud, disturbio emocional, miedo, capacidad mental disminuida, ausencia de intención directa) y las eximentes (entre las que se cuenta sobre todo el retraso y la enfermedad mental, que aún se determina en muchos Estados conforme a las reglas decimonónicas de Mc.Nagthen).

En la Parte III se exponen las cuestiones procesales, sobre todo las que plantean la selección del Jurado, tarea de gran importancia dado que de la decisión de sus 12 miembros, ciudadanos de a pié elegidos entre los

centenares que existen las listas electorales del distrito correspondiente, depende que se condene a muerte al acusado. La selección de un jurado imparcial, desprovisto de prejuicios respecto al delito, sus protagonistas y a la pena de muerte misma, constituye, por tanto, una tarea fundamental tanto para el Fiscal, como para el abogado defensor, que obviamente procuran, a través de un complicado sistema de recusaciones, elegir a los miembros del jurado que consideren más proclives a las tesis que van a mantener en el juicio. Y aunque hay reglas más o menos estrictas, establecidas sobre todo en el caso *Whitersnoon v. Illinois* (1968), la impresión que da es que en esta fase hay un gran espacio para la arbitrariedad, tanto en la selección de los miembros, como en la alegación de los motivos para su elección o recusación.

Una parte importante del libro se dedica a la exposición del papel que juegan las partes (fiscal y abogado defensor) en la presentación y práctica de las pruebas, y el del Juez en la admisión o rechazo de las mismas y sobre todo en las instrucciones que debe dar al Jurado antes de que este se retire a deliberar. Una particularidad importante es la función que incumbe al Jurado, una vez que declare culpable al acusado, en la determinación de si finalmente impone la pena de muerte. Para ello debe tener en cuenta en una ulterior fase llamada «sentencing» una serie de factores como el «victim impact statement» (VIS), es decir, el impacto emocional que provocó el delito en los familiares de la víctima, cuya constitucionalidad ha sido puesta en duda en los casos de pena de muerte (véase, por ejemplo, *Payne v. Tennessee*, 1991). También la defensa puede presentar argumentos a favor del condenado (su juventud, que fue víctima en su niñez de malos tratos o de abusos. A la vista de estos alegatos finales, el Jurado decide si procede la aplicación de la pena de muerte, o, en su caso, la de una pena de prisión, generalmente a perpetuidad.

Con esto no se consumado más que una parte de todo el proceso que puede llevar finalmente a la ejecución efectiva de la pena de muerte a través de los distintos métodos existentes en cada Estado. A partir de la condena el condenado puede entablar una serie de recursos de apelación, primero ante los Tribunales superiores de los Estados, pero también ante el Tribunal Supremo en el caso que se considere se ha violado algún derecho fundamental reconocido en la Constitución, lo que puede dilatar su ejecución durante un buen número de años, que pueden llegar a ser 10 o más años. En el libro de Streib se exponen con todo detalle todos estos procedimientos, los tribunales

competentes para resolver los recursos y los problemas que se plantean en los mismos. El sistema se culmina con la posibilidad última de la clemencia, por la vía de un indulto. Según Streib unas dos terceras partes de los recursos suelen ser atendidos y las penas de muerte conmutadas por penas de prisión. Pero todavía queda un tercio de las condenas, que sólo pueden ser anuladas por la vía del indulto que corresponde al Gobernador del Estado donde se impuso la condena si se trata de una pena de muerte impuesta por un Tribunal estatal, o al Presidente de los Estados Unidos si se trata de una pena de muerte impuesta por un Tribunal federal. Según Streib, en el 2007 había en los «corredores de la muerte» de las prisiones americanas de los 35 estados que todavía tienen la pena de muerte en su sistema penal, además de en las prisiones federales, un total de 3.309 condenados, cifra sólo superada por la República Popular China, lo que da una imagen de la frecuencia con la que se aplica esta pena en los Estados Unidos, y la dramática realidad de la misma en los dos países más poderosos del mundo.

Una vez superados todos estos trámites, la pena de muerte termina ejecutándose, salvo que, como se dispuso en el caso *Ford v. Wainwright* (1986) el condenado haya caído mientras tanto en enajenación mental. En el libro se exponen los diversos métodos empleados en cada Estado para su ejecución, que han pasado de la horca a la más común de la silla eléctrica, considerada inconstitucional en algún Estado, el fusilamiento, la cámara de gas y la inyección letal. Esta última ha dado lugar a alguna cuestión de inconstitucionalidad en relación con la sustancia empleada. Aunque la ejecución hace tiempo que ha dejado de ser pública, a la misma pueden asistir gran número de personas, especialmente los familiares de las víctimas, y periodistas que no pueden utilizar cámaras, ni hacer fotos, pero sí, como es lógico, escribir reportajes de la ejecución. En el libro de Streib no se ahorran detalles de toda esta parafernalia (p. 220 a 227), que recuerda los tiempos de la Inquisición y parece inconcebible en un moderno Estado democrático.

En la parte V se exponen algunas cuestiones especiales verdaderamente interesantes y que sirven una vez más para cuestionar la pena de muerte tal como se aplica en Estados Unidos. Una de ellas es el papel que juega el abogado defensor en este tipo de procesos, cuando por su escasa preparación o la falta de medios, no puede hacer una buena defensa de su cliente, o éste no puede permitirse pagar un buen abogado en el juicio, o posteriormente pagar los enormes gastos que conlleva toda la serie de recursos que permiten retrasar

la ejecución o incluso anularla. En algunas decisiones de la Corte Suprema se ha tenido en cuenta esta circunstancia para anular alguna condena, cuando el acusado no ha tenido la adecuada defensa que le garantiza la 5. Enmienda de la Constitución. También se ocupa de otras cuestiones especiales relacionadas con los casos en los que las condenas a muerte han estado motivadas por prejuicios raciales (tan frecuentes en los Estados sureños en relación con la población negra) lo que, sin embargo, no ha motivado ninguna anulación en base a este motivo por la Corte Suprema (véase, por ej., el caso *Mac.Clesky v. Kemp*. 1987); o por prejuicios de género, ya que es evidente que es más frecuente la imposición de la pena de muerte cuando el acusado es hombre que cuando es mujer; o cuando el acusado es homosexual o extranjero.

Otro capítulo de este interesante libro se dedica a la ejecución del inocente, es decir al error judicial en la imposición de la pena de muerte, que cada vez aparecen con más frecuencia, sobre todo desde que se aplican test de ADN: Este es precisamente uno de los argumentos que se esgrimen en contra de la misma. El libro termina con una serie de reflexiones sobre el Derecho comparado y la compatibilidad del sistema americano con los Tratados Internacionales, y con una reflexión final sobre el futuro de la pena de muerte en los Estados Unidos, en la que el autor expresa su deseo de que este país pueda pronto llegar a ser miembro de una Comunidad internacional comprometida con los derechos humanos y, por tanto, termine aboliendo definitivamente la pena de muerte del catálogo de penas de su Ordenamiento jurídico.

II. HISTORIA MODERNA Y CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO PENAL.

A) La memoria histórica y la transición española

En los últimos años el interés por la Historia del siglo XX ha crecido en casi todos los ámbitos sociales europeos, quizás porque fue un siglo bastante convulso, en el que además de dos Guerras mundiales, pero originadas y desarrolladas principalmente en Europa, hubo otras civiles y un sinfín de regímenes dictatoriales de diverso signo ideológico, pero igualmente brutales, crueles y despiadados que se prolongaron durante casi medio siglo asolando buena parte del continente europeo. En realidad, se puede decir que ese interés más que por la Historia es por conocer lo que ha sucedido en el inmediato pasado, bien porque todavía viven los que los presenciaron, protagonizaron o padecieron, bien porque sus efectos aún perduran en nuestros días. Si

por Historia se entiende lo que ha ocurrido en el pasado, no hace falta remontarse a las guerras napoleónicas, ni a la de los Treinta años, ni a épocas anteriores o casi remotas, y también se pueden calificar de históricos hechos más recientes, que ocurrieron ayer mismo, o hace poco más de veinte, treinta o cincuenta años, sobre los que, sin embargo, por diversas razones, se ha corrido una tupida red de silencios cómplices o interesados en que no se sepa lo que ocurrió verdaderamente, y que solo ahora, y no sin dificultades, empiezan a ser conocidos y valorados en su real dimensión. Ciertamente, ocurrió esto, por ejemplo, en la República Federal de Alemania con el Nacionalsocialismo y con el pasado nacionalsocialista de muchos de sus más destacados políticos, juristas, artistas y científicos, que luego pasaron al nuevo sistema democrático como si nunca hubieran roto un plato, ocultando hábilmente su vergonzoso pasado. Pero también en España, donde la transición de la dictadura a la democracia se hizo en gran parte desde las filas o con la colaboración, activa o pasiva, de los que antes y durante cuarenta años habían apoyado o colaborado con la dictadura y luego se convirtieron de repente en «demócratas de toda la vida». La llamada a la Memoria histórica no sólo es el nombre que se le dio a una ley española que pretendió, sin mucho éxito por lo demás, satisfacer moral y económicamente a las víctimas de la dictadura, sino también un intento por restablecer la verdad y levantar de una vez para siempre el opresivo manto de silencio que se había extendido durante la transición a la democracia sobre los crímenes de la dictadura y sobre los responsables de los mismos. Es verdad que ese descorrimiento del velo se ha pretendido también llevar a cabo por la vía de la exigencia de responsabilidades penales, intentando incoar procesos que desde el primer momento tenían pocas posibilidades de prosperar, bien por haberse dictado entretanto amnistías que los obstaculizaban, bien por no poderse aplicar con efecto retroactivo las nuevas normas penales que tipifican ahora esos hechos como Crímenes contra la Humanidad e incluso como Genocidio y los declara imprescriptibles, bien simplemente por que sus principales responsables hace ya tiempo que murieron. Pero también en este tema habría que distinguir entre hechos que sucedieron hace ya más de setenta años, y otros más recientes que sucedieron casi al final de la dictadura o en las primeras etapas de la transición democrática. Es difícil comprender que el manto de la «impunidad» pueda cubrirlos a todos por igual, y aún más difícil es asumir que puedan ser criminalizados los intentos por impedir esa impunidad a través de un proceso penal en el que se determine la responsabilidad los que come-

tieron terribles hechos delictivos, al amparo de un régimen que no sólo no hizo nada por impedirlos sino que favoreció e incluso ordenó su ejecución. Estos procesos penales no sólo no han tenido éxito hasta la fecha, sino que además han tenido repercusiones negativas para quienes los han intentado incoar.

Pero también ha habido otros intentos por restablecer la Memoria y satisfacer el derecho de las víctimas a ser reconocidas como tales. Estos intentos se han llevado a cabo por otras vías, políticas o judiciales, y su finalidad no ha sido otra que conseguir una declaración de nulidad de los procesos en los que se infringieron flagrantemente las normas y garantías procesales más elementales, como los casos de Companys y Grimau, y tantos otros menos conocidos en los que los procesos fueron meras farsas montadas para darle una apariencia de legalidad a miles de ejecuciones sumarias que se llevaron a cabo después de la guerra en el bando vencedor. Cualquiera que conozca la represión brutal que llevaron a cabo los vencedores de la Guerra civil contra los vencidos, utilizando para ello medios ilegales o de una legalidad absolutamente cuestionable, tiene que admitir, al margen cualquier simpatía o afinidad ideológica con los represores, que aquello fue antijurídico, completamente al margen de los principios más elementales de un Estado de Derecho, incluso al margen la mínima legalidad que tenía el nuevo régimen, que bien podía calificarse, como hicieron los alemanes con el régimen nacionalsocialista, de «Unrechtsstaat», es decir, de «Estado de No Derecho». Y no se trata sólo de los «paseos», de las torturas, desapariciones, tiros en la nuca y fusilamientos y entierramientos colectivos anónimos en cunetas o barrancas, que obviamente se hicieron al margen de toda legalidad; sino también de las condenas a muerte y a largas penas de prisión, inhabilitaciones, etc, que se dictaron por Tribunales de Excepción, normalmente militares en Consejos de Guerra, Comités de Depuración, etc, que actuaron al amparo de leyes de excepción como la Ley de represión contra la masonería y el comunismo, la Ley de Responsabilidades políticas y la de Seguridad del Estado que criminalizaron con efecto retroactivo conductas que eran absolutamente lícitas durante la II. República, como la pertenencia a partidos políticos o a asociaciones masónicas, o haber permanecido en sus puestos como funcionarios o militares al servicio de la II República (véase al respecto, el excelente libro de Portillas Contreras, comentado en Revista Penal, 2010) calificándolos paradójicamente como reos del delito de «rebelión», que era precisamente el delito que tenía que haberse aplicado a los golpistas que se levantaron el

18 de julio de 1936 contra el Gobierno legítimo de la República.

Pero esta declaración de nulidad no sólo tenía que hacerse de todos aquellos procesos llevados a cabo durante los primeros años de la implantación a sangre y a fuego de la Dictadura, sino igualmente a los que con una u otra cuestionable cobertura jurídica se siguieron llevando a cabo durante toda la Dictadura hasta el final de la misma. Me refiero concretamente a las que además de las condenas dictadas al amparo de las Leyes de excepción citadas anteriormente, se fueron produciendo en los años siguientes al amparo de otras leyes de excepción como la de Represión del Bandidaje y el terrorismo de 1947 y 1961, dictadas por Tribunales militares, que imponían frecuentemente la pena de muerte. O las dictadas a partir de 1964 por el Tribunal de Orden público, aplicando un Código penal que tipificaba como delito la pertenencia a partidos políticos (todos estaban declarados ilegales) y el ejercicio de derechos fundamentales como el de manifestación o expresión, el de huelga, etc, lo que llevó a miles de personas, dirigentes sindicales, miembros o dirigentes de los partidos políticos, dirigentes estudiantiles, etc, a sufrir, primero persecución policial, con las consiguientes torturas y malos tratos a manos de los miembros de la Brigada Política y Social, y luego a condenas a severas penas de prisión, a la expulsión de la Universidad, a despidos improcedentes del puesto de trabajo, etc.

La evidente nulidad de todos estos procesos no debería ser hoy objeto de discusión, e incluso hace tiempo que tenía que haber sido declarada de oficio por un acto legislativo. Hubiera bastado con incluir en la Constitución de 1978 una cláusula general declarando nulos todos los procesos penales o parapenales (administrativos, disciplinarios) que se celebraron sin las garantías reconocidas en la propia Constitución, o en base a leyes que igualmente contradecían los principios básicos del Estado de Derecho. Hubiera sido después tarea del legislador y del Gobierno haber desarrollado esta cláusula general en los casos concretos, arbitrando al mismo tiempo modelos de reparación y restauración de los derechos fundamentales conculcados.

El que esto no se hiciera ya desde los primeros años de la transición es algo deplorable, que solo podemos lamentar. La transición española fue como fue, con sus luces y sus sombras, y en aquel momento la oposición a la dictadura que durante todo el tiempo que duró la misma se mantuvo en la clandestinidad, se contentaba con poder sacar la cabeza de las alcantarillas y con las migajas democráticas que poco a poco y a duras penas iban dejando caer los cachorros de la dictadura y sus

herederos. Parecía pues obvio que sólo un Gobierno y un Parlamento compuesto mayoritariamente por políticos de izquierda o por lo menos no vinculados con el régimen anterior, serían los llamados a llevar a cabo esta tarea que además de un imperativo de Justicia significaba un avance importante en la ruptura política con la Dictadura y en el rechazo y la condena jurídica de la misma por parte de la nueva España democrática.

Y esa oportunidad se produjo cuando el Partido Socialista Obrero Español ganó las elecciones en octubre del 82. Nunca como entonces hubo una oportunidad histórica tan clara de romper definitivamente con el régimen anterior y de condenar pública y oficialmente sus numerosos crímenes, restableciendo al mismo tiempo el honor, la dignidad y los derechos de los que injustamente habían sido privados de ellos durante la Dictadura. Pero, por diversas razones que ahora sería largo de explicar, este hecho no se produjo, y tampoco hubo declaración de nulidad de los procesos de la dictadura. Como tampoco se hizo en los diez años siguientes, en los que el Partido Socialista siguió teniendo mayoría absoluta, o en los que van del 93 al 96 en los que pudo seguir gobernando con una mayoría relativa apoyado por el Partido catalanista Convergencia y Unió. Este último Partido podía igualmente haber condicionado su apoyo al Partido Popular, después de que éste ganara las elecciones en marzo del 96, exigiendo una ley que declarara la nulidad de los procesos habidos durante el franquismo. Para ello tenía buenos motivos entre su propia clientela política que hubiera saludado con alegría la declaración de nulidad de procesos en los que habían sido condenados importantes demócratas catalanes, además de los procesos en los que fueron condenados a muerte el Presidente de la Generalitat Lluís Companys o el anarquista Salvador Puig Antich. Pero por las razones que sean no puso este tema como condicionó para su apoyo al Partido Popular. Y de este último, en el que aún había antiguos miembros de gobiernos franquista o sus herederos, poco podía esperarse en este sentido, y mucho menos tras haber ganado por mayoría absoluta en las elecciones de marzo del 2000.

La última oportunidad hasta la fecha se le presentó de nuevo al Partido Socialista cuando ganó las elecciones de marzo del 2004m y las volvió a ganar en el 2008. Pero de esta época sólo salió una Ley de Memoria histórica, que declara «el carácter radicalmente injusto de todas las condenas» (art. 2, 1) y «la ilegitimidad de los tribunales represivos» (art. 3), sin declarar expresamente la nulidad de sus decisiones.

Con esta normativa bien poco podía hacerse para conseguir la tan deseada nulidad, y pronto se han dem-

ostrado sus insuficiencias, incluso para poder siquiera poder reabrir las fosas en las que se sabe a ciencia cierta que todavía yacen de forma anónima miles de personas fusiladas sin más trámites durante la Guerra civil. Para superar esas insuficiencias se han dado en los últimos años algunos intentos por vía judicial. Uno de ellos ha sido iniciado por el Juez de Instrucción de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, que en octubre del 2008 abrió un proceso penal contra los responsables del Golpe de Estado el 18 de Julio de 1936, entendiendo que tanto entonces como en los sucesivos años cometieron delitos que podrían calificarse como Crímenes contra la Humanidad e incluso como Genocidio, y ser juzgados como tales en la actualidad, considerando que el Estatuto de Roma ratificado por España declara que esos delitos no prescriben y que esa no prescripción podía aplicarse retroactivamente. El resultado de este intento ha sido que de momento el que el citado Juez esté actualmente procesado por un delito de prevaricación y apartado cautelarmente de su cargo. Tampoco han tenido éxito hasta la fecha otros procesos judiciales incoados por vías no penales en la jurisdicción contencioso-administrativa para conseguir la declaración esa nulidad.

Evidentemente, la recuperación de la memoria y la Justicia de la transición puede adoptar varios caminos y no todos ellos tienen las mismas posibilidades de tener éxito, entre otras cosas porque dependen mucho de la forma en que se haya hecho la transición en cada país y el tiempo que haya transcurrido desde que se cometieron los hechos o acabó la dictadura y de cómo ésta acabó, si con su derrocamiento incluso violento, o a través de pactos, más o menos expresos, y de actos de reconciliación, más o menos sinceros, entre los antiguos verdugos y sus víctimas. De todo esto y de muchas otras variantes depende el momento en que se quiera o se pueda exigir responsabilidades por los crímenes cometidos durante la misma. Las distintas formas en que se ha elaborado la transición en los últimos años en los diferentes países en los que esa transición ha tenido lugar demuestran que no hay una solución unitaria e igualmente válidas para todos ellos. La distinta forma en la que se ha elaborado la transición en un país como Alemania, en la que en cincuenta años ha habido dos, demuestra que todo depende mucho del contexto político nacional e internacional en el que se produzca (para un análisis de los distintos modelos de transición en Alemania, Italia, España, Chile y Argentina, me remito a las Actas del Humboldt-Kolleg celebrado en Sevilla en febrero del 2008, que dirigidas por Vormbaum y el que suscribe esta nota, han sido publicadas

en español por la editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2009, y en alemán. Editorial de Gryuter, Berlin 2010; y por lo que se refiere a Alemania véase infra recensión al libro de Vormbaum, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte).

Pero independientemente de cualquiera que sea el éxito o el fracaso de los distintos modelos de restablecer la verdad y la justicia por vías políticas y judiciales, la investigación histórica sobre la dictadura y la transición a la democracia va poco a poco avanzando de forma independiente y paralela; consiguiendo sacar a la luz no sólo las partes más oscuras de lo que sucedió en la dictadura, sino también las razones o sin razones que impidieron que durante la transición española pudiera exigirse responsabilidades penales y, por supuesto, políticas a quienes durante la dictadura cometieron hechos que hoy sin ningún problema podrían ser calificados a la luz del nuevo Derecho penal internacional como Crímenes contra la Humanidad e incluso como Genocidio.

De algunos de estos trabajos de investigación referidos a la transición y a la elaboración del pasado de la dictadura franquista he dado ya cuenta en anteriores Notas Bibliográficas (véase, por ejemplo, mi comentario al libro de Portilla Contreras, La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo, Granada 2010; o al de Bernecker/Brinkmann, Memorias divididas, Madrid 2009, en Revista Penal 2010). Seguidamente, en la misma línea de información de una bibliografía estrechamente relacionada con la Historia contemporánea del Derecho penal español, paso ahora a comentar algunas obras sobre este tema aparecidas recientemente.

1. ROLDÁN BARBERO, Horacio, *El maoísmo en España y el Tribunal de Orden Público*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba 2010, 140 págs.

El presente libro sobre el maoísmo y su persecución penal a través del tristemente famoso Tribunal de Orden Público del ultimo tercio de la dictadura franquista es ya a primera vista entre las diversas publicaciones que están apareciendo sobre la más reciente historia del Derecho penal de la postrimerías de la dictadura franquista un libro que merece ser destacado, tanto por la originalidad del tema, como por la forma en que se analiza la represión punitiva que hasta su último momento ejerció la Dictadura valiéndose para ello de un tribunal de excepción, que, junto con los Tribunales militares para algunos delitos más graves, desde 1963 se ocupó

de darle visos de normalidad jurídica a la persecución y represión penal de los opositores a la misma.

El libro de Horacio Roldán Barbero contribuye, a mi juicio de forma clara y contundente, a conocer lo que fue esta última etapa del franquismo y la utilización que dicho régimen hizo de la Justicia para eliminar perseguir y eliminar a la oposición. También sugiere una reflexión sobre la ingenuidad de aquellos planteamientos revolucionarios, que tenían como elemento común con otros grupos de la oposición, su rechazo a la dictadura, pero en los que faltaba una ideología unitaria y verdaderamente coherente, salvo en lo que se refiere a una vaga referencia a la ideología maoísta, conocida más por referencias indirectas o por la lectura del famoso «Libro Rojo» de Mao, que por un auténtico estudio en profundidad de la misma. No deja de ser de todos modos paradójico que ahora en China, país donde oficialmente todavía está vigente la teoría política marxista-leninista llamada maoísmo elaborada en base a la doctrina del que fue su Presidente durante treinta años Mao Tse Dong, haya surgido, por lo menos en lo económico, un capitalismo casi más competitivo que el americano que ni siquiera en apariencia coincide con los planteamientos de su famoso dirigente aún oficialmente respetado.

Sin embargo, en los años sesenta fue una ideología muy extendida más allá de la propia China, sobre todo en los ámbitos académicos estudiantiles, que, a partir de las manifestaciones en París en mayo de 1968, no sólo mostraron abiertamente su oposición contra el sistema capitalista, que en general se había impuesto en los países europeos occidentales tras la Segunda Guerra Mundial, sino también contra el comunismo oficialmente patrocinado por la Unión soviética y los países del Pacto de Varsovia. La Revolución Cultural que en aquel momento tenía lugar en China fue considerada por muchos como la única alternativa revolucionaria posible también en los países occidentales.

En España este movimiento cuajó en numerosos grupos o grupúsculos, que se definían así mismos como marxistas-leninistas, de cuyos nombre y siglas informa Roldán en un breve glosario en la primera página del libro. La mayoría de ellos han desaparecido o se han integrado en algunos de los partidos de izquierda del actual arco parlamentario, o han dado lugar a otros grupos, incluso con actividades terroristas como el GRAPO; grupo este último sobre el que Horacio Roldán ha escrito también una monografía muy interesante («Los GRAPO, un estudio criminológico», Granada 2008). Pero durante toda la última etapa de la dictadura algunos de estos grupos fueron muy activos y llegaron

a ejercer gran influencia sobre todo en el ámbito universitario, pero también entre grupos de trabajadores en fábricas y centros industriales. Y la mejor prueba de ello es que en las segundas elecciones democráticas de 1979 en las que ya pudieron concurrir tras haber sido legalizados, obtuvieron en conjunto más de medio millón de votos y alguno de ellos por separado, como el Partido del Trabajo, casi doscientos mil, la ORT más de cien mil, Bandera Roja casi cincuenta mil, etc (tomo estos datos del libro de Roldán, véase, por ejemplo, p. 57, 64).

Tras un análisis en los capítulos I a V de los programas y actividades de los principales grupos afines a la ideología maoísta (el Partido Comunista de España Marxista-Leninista (PCE m-l), y el Frente Revolucionario Antifascista y Patriota (FRAP), el Partido Comunista de España Internacional (PCEI), el Partido del Trabajo de España (PTE), el Movimiento Comunista (MC), Organización Revolucionaria de Trabajadores (ORT), Bandera Roja, la Organización Marxist-Leninista de España (OMLE), el Partido Comunista de España Reconstituido (PCE r), los Grupos Revolucionarios Antifascistas Primero de Octubre (GRAPO), Bandera Roja, y un número indeterminado de pequeños grupos maoístas que urgieron esa época), Horacio Roldán describe las características del régimen de la dictadura franquista, contra el que estos grupos dirigían directamente su acción política que en algunos casos y grupos (FRAP y GRAPOS, principalmente) terminó siendo violenta, terrorista e incluso de mera delincuencia común reflejada en atracos a entidades bancarias y otros actos similares. Roldán distingue en el capítulo VI las tres visiones que se han dado de la naturaleza política del régimen franquista en su fase tardía, desde su concepción como «democracia orgánica», término empleado por los partidarios del régimen a partir de la aprobación en un referéndum claramente amañado de una Ley Orgánica en 1966, hasta la más difundida en la oposición de «régimen totalitario», similar a los regímenes totalitarios fascistas de Hitler y Mussolini, con los que el franquista tuvo grandes concomitancias en su primera época, pasando por la más aceptada entre los que se han ocupado del tema como «régimen autoritario», llegando a la conclusión de que en su última etapa el franquismo tenía elementos de los dos últimos, predominando en cuanto a la represión ejercida por Tribunales y cuerpos policiales el carácter totalitario. En este sentido menciona Roldán (p. 84/85), las muertes violentas que se produjeron en los años 60 y 70 en las comisarías de policía durante los interrogatorios de activistas políticos (Casos de Enrique Ruano, en Madrid;

Antonio González, en Tenerife; Cipriano Martos, en Barcelona), o en la represión de manifestaciones incluso de carácter puramente reivindicativo social. Muertes que, además de trágicas, se produjeron al margen toda cobertura normativa; al igual que las torturas a las que eran sometidos habitualmente por los miembros de la Brigada Político y Social los detenidos sospechosos de pertenecer a partidos ilegales o de haber participado en actividades contrarias al régimen. Desde este punto de vista, no se puede decir otra cosa que el régimen franquista mostró hasta sus últimos días un acusado carácter totalitario, dispuesto a servirse hasta sus últimas consecuencias de los instrumentos represivos más brutales, bien directamente policiales, o judiciales, como el TOP o los Tribunales militares, bajo la cobertura estos últimos de leyes especiales dictadas ad hoc para ser aplicadas por los Consejos de Guerra, en los que en el último año de la dictadura se impusieron penas de muerte que luego fueron ejecutadas, como la del militante anarquista Puig Antich en Barcelona en marzo de 1995, o las de tres militantes del FRAP y dos de ETA en Madrid en septiembre del año siguiente. El 20 de noviembre de ese mismo año moría el dictador que a sangre y fuego se había mantenido en el poder durante casi cuarenta años, cerrando un círculo represivo que se había iniciado con el Golpe de Estado del 18 de julio de 1936, continuado con la Guerra civil y mantenido de una u otra forma, pero siempre de forma violenta, hasta su muerte.

El Tribunal de Orden Público, más conocidos por sus siglas TOP, fue, por tanto, uno más dentro de los instrumentos jurídicos represivos de los que se sirvió la dictadura para su mantenimiento en su última etapa. Aparentemente al tratarse de un tribunal civil, despojaba a la represión de la oposición al régimen del carácter brutal y belicista que todavía a principios de los años 60 tenían los Consejos de Guerra, en los que, como el fue caso del dirigente comunista Julián Grimau, se aplicaba con frecuencia la pena de muerte; pero no por ello dejó de ser un Tribunal excepcional de carácter político hasta su desaparición en 1977.

En el capítulo VII, Horacio Roldán se ocupa de las sentencias del Tribunal de Orden Público, durante los más de doce años de su actividad (1964-1976); un total de casi cuatro mil sentencias, de las cuales una buena parte afectaron a grupos maoístas o que devinieron maoístas (una relación de las mismas se ofrece como apéndice al final del libro). Los delitos por los que eran juzgados eran principalmente el de asociación ilícita y el de propagandas ilegales, a los que acompañaban algunas veces los de desordenes públicos, manifestaciones

ilegales y algunas formas de «terrorismo blando» que no caían dentro de la Jurisdicción militar. Las penas eran generalmente muy severas, sobre todo cuando se trataba de dirigentes de los partidos políticos ilegales (principalmente del Partido comunista de España, pero también los partidos maoístas y otras agrupaciones de izquierda o separatistas) y de asociaciones sindicales también ilegales, como Comisiones Obreras, algunos de cuyos dirigentes fueron condenado en diciembre de 1973 a veinte años de prisión). Penas menos severas (entre uno y tres años de prisión) se aplicaban a los meros miembros de estas asociaciones, o a los que repartían octavillas o hacían algún acto de propaganda de las mismas, que a veces ni siquiera llegaban a tener tal carácter pues sus autores eran detenidos cuando transportaban el material propagandístico (octavillas, periódicos) o los tenían almacenados en sus casas. El porcentaje de sentencias absolutorias no pasó de un 25 por ciento y casi siempre se debían a la escasa relevancia o trascendencia política de los hechos, lo que no impedía que los sujetos absueltos hubieran ya sido objetos de detenciones policiales arbitrarias y torturas y hubieran pasado largo tiempo en prisión preventiva.

El libro termina con una reflexión sobre lo que queda del maoísmo treinta años después de la desaparición de la dictadura contra la que luchó. Desde el punto de vista de la praxis política, en realidad nada o muy poco, debido, en parte, a la desaparición de su referente en el país en donde surgió, la República Popular China, que sólo conserva su nombre como puro ornato de su actual praxis política y económica; y, en parte también, por la crisis del movimiento comunista tras la caída del Muro de Berlín, la Unificación alemana, y la desaparición más o menos abrupta de los regímenes comunistas en los países del Este europeo.

Esta crisis alcanza hoy también a otros grupos comunistas más actualizados, en forma de un comunismo que acepta las reglas pluralistas del sistema democrático occidental y que, si bien en minoría, forma parte del arco parlamentario de muchos países europeos. En general, la izquierda con cierta posibilidad de competir en la alternancia política por el poder, se agrupa en torno a los partidos social-democráticos, como, por ejemplo, el PSOE, en España, o el SPD en Alemania, que igualmente se encuentran en una crisis de identidad por su falta de respuestas efectivas ante la crisis económica-financiera y la amenaza terrorista desencadenada por los grupos extremistas islamistas. La tendencia involucionista hacia un capitalismo salvaje, en el que la clase obrera va siendo despojada de las conquistas sociales que tanto trabajo costó alcanzar en el siglo XX, y hacia la utilización

de un Derecho penal cada vez más duro no sólo contra el terrorismo internacional, sino también contra la delincuencia de las clases económicamente más débiles cada vez más numerosas como consecuencia del desempleo y de la emigración ilegal, es presenciada casi pasivamente cuando no apoyada por los partidos de izquierda en el poder o con posibilidades de llegar al poder.

Evidentemente, en un Estado de Derecho democrático, como el existente en la mayoría de los países occidentales, no es previsible que, en las actuales circunstancias, las alternativas políticas que puedan plantearse ante esta situación sean criminalizadas o excluidas del debate político; pero aún pudiendo manifestarse públicamente y concurrir a unas elecciones libres y democráticas, las posibilidades de que lleguen al poder o se conviertan en alternativas reales a la situación existente son escasas. Horario Roldán en la última parte de su libro reivindica la Memoria, no sólo para mantener vivo el recuerdo de las víctimas de la represión franquista y compensarlas económica y moralmente, sino también para declarar nulos de plenos derecho los actos represivos contra ellas cometidos por sus instituciones, lo que por lo demás sólo muy parcamente hace la Ley de Memoria histórica. Sólo manteniendo viva esta Memoria podrá evitarse que alguna vez vuelva a repetirse aquella etapa de nuestra reciente Historia, en la que para el mantenimiento de una brutal dictadura se utilizó, con apoyo de sus instituciones y de sus personajes más siniestros, un Derecho penal de sangre y de lágrimas, violador de los derechos humanos más elementales, que obviamente hoy tiene que ser considerado, sin necesidad de ninguna declaración formal o institucional, sino simplemente por su propia naturaleza, incompatible con los principios de un Estado social y democrático de Derecho, como se define el nuestro, esperemos que no sólo simbólicamente, en el artículo primero de nuestra Constitución.

2. VARIOS, *Enrique Ruano. Memoria viva de la impunidad del franquismo*, editado por Ana Domínguez Rama, Editorial Complutense, Madrid 2011.

El caso de Enrique Ruano es uno de los más conocidos de entre las muchas ejecuciones extrajudiciales que se cometieron durante la dictadura franquista y que tanto entonces, como ahora han quedado en la más absoluta impunidad. Es fácil entender por qué en el momento en que se produjeron los hechos, los responsables de los mismos quedaron impunes. En aquel entonces, finales de los años sesenta cuando la oposición al régimen franquista crecía en los ámbitos universi-

tarios y en ellos cada vez era mayor la presencia de grupos y partidos políticos ilegales, eran frecuentes las detenciones de sus líderes y miembros de esos grupos o simplemente de estudiantes que se reunían en las aulas, se manifestaban en las calles y repartían octavillas, asumiendo el riesgo de los golpes y detenciones que llevaban a cabo los entonces llamados «grises», policías de a pie que sin muchos miramientos procedían contra estas manifestaciones o entraban en los campus y espacios universitarios para disolver reuniones y manifestaciones. Otras veces eran los miembros de la Brigada Política y Social, los que procedían a detener en sus domicilios a los sospechosos de ser dirigentes de estos grupos, los conducían a las Comisaría y allí los sometían a interrogatorios en los que no faltaban los malos tratos e incluso las torturas, antes de ponerlos a disposición del Tribunal de Orden público.

Una de estas detenciones fue la de Enrique Ruano, conocido dirigente de uno de los grupos políticos que abundaban en aquel entonces en el ámbito universitario. En el transcurso de la misma, aunque no se conocen muy bien los detalles, lo más probable es que fuera torturado e incluso que le dispararan un tiro que le produjo la muerte. Luego para ocultar este hecho lo debieron tirar por el hueco de una ventana, fingiendo que se había suicidado. Naturalmente, tal como sucedía entonces en casos similares, apenas hubo la menor investigación judicial, se dio por buena la versión policial y para corroborar la tesis del suicidio un Diario bastante afecto al régimen publicó las páginas de un diario íntimo que llevaba Ruano de las que se deducía que estaba pasando por una etapa depresiva que le llevó al suicidio.

Muchos años más tarde, quizás demasiados, un grupo de familiares y amigos intentaron reabrir el caso, e incluso consiguieron que se procesara a los agentes policiales implicados en estos hechos, pero finalmente fueron absueltos por diversas razones.

En el presente libro, del que he tenido noticias cuando ya tenía redactadas estas notas bibliográficas, se informa en una primera parte sobre la persona de Enrique Ruano y sus entornos conflictivos, con aportaciones de Ana Domínguez Rama (editora del libro), Manuel Garí, Ismael Sanz, Jaime Pastor y Teresa María Ortega López. En la segunda parte, Juan Antonio García Alcalá, Jose Luis de Zárraga y Miguel Romero, se ocupan del Frente de Liberación Popular, el llamado, por sus siglas FLP, Felipe, grupo al que pertenecía Enrique Ruano. En la tercera parte Carlos Jiménez Villarejo, Enrique Bordería Ortiz y Raul Cancio Fernández tratan de los pilares del franquismo en el asesinato.

La cuarta parte se dedica a la impunidad, la memoria democrática y la historia vivida, y en ella hay aportaciones de Ricardo Vynies, José Manuel Gómez Benítez, Francisco Pereña García, María Dólores González Ruiz y Alvaro Gil Robles. Desde el punto de vista penal es especial interesante el trabajo de Gómez Benítez, que fue el abogado que se ocupó de reabrir el caso. En este trabajo Gómez Benítez cuenta no sólo las distintas vicisitudes que tuvo que pasar para poder sentar en el banquillo a los principales implicados en el caso, sino también la absoluta falta de colaboración que encontró en la Administración de Justicia y las dificultades probatorias, no sólo por la falta de colaboración de algunos testigos, sino por la mala instrucción que en su día se llevó a cabo. El que cuando se volvió, por ejemplo, a hacer la autopsia del cadáver hubiera desaparecido misteriosamente el hueso de la clavícula, cortado con una sierra, es uno de los muchos datos que avalan la sospecha no sólo de que algo turbio se quiso ocultar, o de que nunca quiso averiguarse que es lo que sucedió, dejando sin explicar un dato que quizás pudiera ser relevante. Si esta defectuosa instrucción fue por miedo o por connivencia de los que se encargaron de la misma, es algo que nunca podrá llegar a saberse. A la vista de todo esto, no es extraño que no pudiera llegarse a condenar a los policías implicados en el caso, debido también a una dudosa aplicación de la Ley de Amnistía, y a una cierta timidez por parte de la Administración de Justicia en general, y del Tribunal en particular que juzgó en este caso, para enfrentarse con estas injusticias del pasado, que en el caso Ruano ni siquiera tuvo la mínima apariencia de legalidad que tuvo en otros. Una buena prueba de lo mucho que aún queda por hacer para restablecer una Memoria, en la que ya ni siquiera se pretende exigir responsabilidades penales, sino simplemente restablecer la verdad y satisfacer la dignidad de las víctimas o de sus allegados y herederos.

B) Historia moderna del derecho penal alemán

1. *Moderne Deutsche Strafrechtsdenker* (Pensadores alemanes modernos del Derecho penal), Thomas Vormbaum (edit.), editorial Springer, Heidelberg 2010, 377 págs.

En este libro, Thomas Vormbaum ha tenido la excelente idea de recopilar y exponer por orden cronológico los escritos más relevantes de los pensadores alemanes modernos del Derecho penal, o de algunos textos extraídos de los mismos, acompañado de un Apéndice en el que se recogen los datos más relevantes de su vida y obras y de las fuentes y bibliografía sobre los mismos.

Con ello el lector tiene a su disposición un riquísimo material no siempre disponible en las bibliotecas, muchas veces citado, pero no siempre leído; y al mismo tiempo, puede ver las concepciones que durante dos siglos han dominado el panorama filosófico y dogmático del Derecho penal alemán, muchas veces vinculado a las corrientes científicas y políticas del momento, otras veces más abstracto y desvinculado de la realidad en la que surgieron.

Es más que sabido que Alemania es la patria de los grandes filósofos desde la Ilustración hasta nuestros días. El Siglo de Oro de la filosofía alemana fue sin duda el siglo XVIII, el siglo de la Ilustración, en el que destaca sobre todo la enorme personalidad de Immanuel Kant, quien no sólo se ocupó de cuestiones filosóficas y metafísicas generales, sino también de dar en su «*Metafísica de las Costumbres*» (1797) con el famoso «ejemplo de la Isla» un fundamento filosófico a la pena entendida como pura retribución del delito, sin ninguna otra finalidad que la realización de la Justicia como un imperativo categórico. También de aquella época otro gran filósofo, Johan Gottlieb Fichte, se ocupó en sus «*Fundamentos del Derecho natural*» (1796/97) de dar una fundamentación iusnaturalista al Derecho penal; y Wilhelm von Humboldt trató en sus «*Ideas para un ensayo para determinar los límites de la eficacia del Estado*» (1792) de los límites del poder punitivo estatal.

Ya en pleno siglo XIX fue Hegel, el que filósofo que más directamente se ocupó en sus «*Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho*» (1821) de dar a la pena un fundamento filosófico, entendiéndola como negación del delito y, por tanto, como restablecimiento de la vigencia del derecho negado por el delito.

También otros filósofos y pensadores alemanes del siglo XIX se ocuparon con mayor o menor extensión del fundamento y función de la pena, entre los que cabe citar a Schopenhauer en sus obras «*El mundo como voluntad y representación*» (1818/1844) y su opúsculo «*Sobre la libertad de la voluntad*» (1839), a Karl Marx en su escrito de juventud sobre la «*Ley prusiana del hurto de leña*» (1821) y a Nietzsche en su «*Genealogía de la Moral*» (1887).

Pero han sido, como es lógico, los juristas y dentro de ellos los penalistas los que más se han esforzado en buscar un fundamento al Derecho penal y a reflexionar sobre sus elementos fundamentales, el delito y la pena, integrándolos dentro de un sistema, y discutiendo sobre todo si ésta debe ser entendida como pura retribución, como prevención, o como una mezcla de ambas. Desde este punto de vista destacan sobre todo en el siglo XIX Feuerbach, con su teoría de la pena como «coacción

psicológica»; Birmbaum, con su trabajo sobre el concepto de «bien jurídico»; pero también Grolman, Klein, Mittermaier y Köstlin, el primer gran sistematizador del Derecho penal a partir de las teorías hegelianas.

Ya en el último cuarto del siglo XIX destacan Karl Binding con su teoría de las normas y su visión retribucionista del Derecho penal, y Franz von Liszt con su teoría del «fin en Derecho penal», que seguía las ideas que expuso en su importante obra «El fin del derecho» el que fue su maestro el civilista von Ihering. Del enfrentamiento entre estos últimos autores surgió la llamada «Lucha de Escuelas» que dividió a los penalistas alemanes de finales del siglo XIX entre los partidarios de la pena como pura retribución y los que destacaban su finalidad preventiva, sobre todo preventiva especial. En esta polémica participaron otros penalistas contemporáneos como Adolf Merkel y Karl Birkmeyer.

El siglo XX se abre con la gran personalidad de Gustav Radbruch, discípulo de von Liszt, en cuya concepción preventiva especial basó las medidas de seguridad posdelictuales, y especialmente la «custodia de seguridad», que introdujo cuando fue Ministro de Justicia en la República de Weimar (1923) en su Proyecto de Código penal; pero que posteriormente, cuando fue apartado de su cátedra de Heidelberg por los nacionalsocialistas, se ocupó sobre todo de cuestiones históricas y filosóficas.

Ya en el siglo XX es inevitable citar los penalistas que ejercieron un papel destacado en la configuración y en la fundamentación del Derecho penal conforme a la ideología del Nacionalsocialismo, entre los que cabe citar a Friedrich Schaffstein con su concepción del delito como «infracción de un deber», pero también a Hans Welzel, el gran renovador del sistema del Derecho penal con su «teoría de la acción final», pero que todavía durante el período nacionalsocialista en su artículo sobre «el concepto sustancial del Derecho penal», publicado en 1944 en el Homenaje a Kohlraush, consideraba que la esencia del concepto material del delito era el desvalor de la acción con un planteamiento próximo al Derecho penal de la voluntad patrocinado por los penalistas afines a la ideología nazi.

En el último cuarto del siglo XX tras la superación de una concepción puramente retribucionista del Derecho penal, tal como patrocinaron Kant y Hegel, en un breve artículo de Ulrich Klug que tenía como título «Despedida de Kant y Hegel» (1968); destaca sobre todo la figura de Claus Roxin, quien a partir de su breve monografía «Política criminal y sistema del Derecho penal» (1970), renovó la dogmática penal incluyendo en el sistema de la teoría del delito las finalidades políticocriminales,

basando la imputación objetiva de un resultado en la creación o el incremento de un riesgo no permitido e introduciendo planteamientos funcionalistas moderados en la teoría del Derecho penal, del que es buena prueba su importante «Tratado de Derecho penal», en dos volúmenes. Un funcionalismo más extremo representa Günther Jakobs no sólo en su Tratado de Derecho penal, sino también en una concepción más radical de una parte del Derecho penal como un «Derecho penal del enemigo», en el que los principios y límites del Derecho penal de Estado de Derecho quedan bastante reducidos cuando no completamente excluidos.

Todos estos textos representativos del pensamiento penal de los autores anteriormente citados, se recogen en este libro convenientemente sistematizados y con una transcripción cuidadosa en la que se mantienen las referencias a la páginas de la edición original de donde se toman. Quizás pueda discutirse en algún caso la selección realizada por Vormbaum; algunos podrán echar de menos a algún autor o algún texto, y otros podrán pensar que sobran algunos autores o algunos textos. Es cuestión de gusto. Pero pocos podrán discutir la utilidad de este libro y el enorme esfuerzo realizado por Vormbaum para ofrecer una muestra representativa de algunos de los autores y textos más influyentes en la evolución de la Ciencia alemana del Derecho penal en los dos últimos años.

2. VORMBAUM, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte* (Introducción a la Historia moderna del Derecho penal), (2a. ed., Editorial Springer, Heidelberg 2011, 321 págs.

La historia del Derecho penal alemán de los dos últimos siglos está llena de acontecimientos y personalidades que han ejercido una gran influencia no sólo en la configuración del Derecho penal de ese país, sino de un modo más o menos directo en la del Derecho penal de otros países. Desde Paul Anselm Feuerbach a principios del siglo XIX hasta Claus Roxin a finales del siglo XX y principios del XXI, han sido muchos los autores y los acontecimientos históricos que han dejado su huella en el Derecho penal. Ciertamente, lo más conocido de la elaboración científica del Derecho penal llevada a cabo por los penalistas alemanes es la Dogmática penal; es decir, una forma de elaboración sistemática del Derecho penal positivo, abstrayendo del mismo determinadas categorías generales aplicables después al estudio de las concretas figuras delictivas. También la Filosofía alemana de los siglos XVIII y XIX, especialmente la de Kant y Hegel, ha servido

de base a las posteriores discusiones sobre el sentido y fundamento de la pena, y por tanto, del Derecho penal.

Pero todo ello se ha ido desarrollando paralelamente a los sucesos políticos y sociales que se han ido produciendo durante estos dos siglos, desde la dispersión política en diversos Estados independientes (Baviera, Prusia, Sajonia, Ciudades hanseáticas, etc) que tenían como denominador común una misma lengua y la cultura, pasando por la unificación en una misma nación a partir de 1871 y por todo el atormentado siglo XX en el que hubo dos Guerras Mundiales, protagonizadas directamente por Alemania, y un régimen dictatorial, el Nacionalsocialismo, que llegó a cometer las más grandes atrocidades y que tras su derrota en 1945 dejó un país destruido y dividido en dos naciones independientes y enfrentadas entre sí. Naturalmente, todo esto también repercutió en la elaboración del Derecho penal, aunque esa repercusión raras veces haya sido tematizada o tratada con la importancia que merece en los libros y Tratados de Derecho penal.

El ingente material bibliográfico, legislativo y jurisprudencial que todo ello ha provocado era muy difícil de sistematizar y exponer de forma conjunta y equilibrada, y requería, además de un gran conocimiento de toda esa evolución histórica, una enorme capacidad de síntesis. Pero también una voluntad decidida de enfrentarse con un pasado, no siempre glorioso, de forma objetiva, contando, sin miedo y sin prejuicios chauvinistas, las cosas tal como realmente sucedieron y no como a algunos les hubiera gustado que hubieran sucedido, sin ocultar nada, describiendo las luces y las sombras de un pasado reciente cuyas consecuencias han llegado hasta nuestros días.

Nadie mejor para ello que el catedrático de Derecho penal de la FernUniversität de Hagen, el Profesor Thomas Vormbaum, quien a su gran nivel como jurista y penalista, añade el de ser un gran conocedor de la Historia de su país, como lo revelan sus numerosas publicaciones al respecto y el haber sido el fundador y actual editor de una de las Revistas más importante sobre la Historia contemporánea del Derecho penal: el *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte* y su hermano menor el *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, además de director de colecciones en diversas y prestigiosas editoriales alemanes en las que se vienen publicando numerosas monografías de carácter histórico y no sólo sobre el Derecho penal alemán, sino también sobre el de otros países, particularmente el de Italia, sobre cuya Historia y literatura es también Thomas Vormbaum un destacado especialista.

Por eso cuando apareció la primera edición de esta *Einführung* que hoy comentamos, consideramos que era un hito importante en la investigación y exposición de la historia moderna del Derecho penal, augurándole un gran éxito (véase mi recensión a la misma en *Revista Penal*, num.24, 2009).

Efectivamente, ese éxito se ha producido y en apenas dos años ha sido necesario hacer una segunda edición, en la que lógicamente y dado el poco tiempo pasado desde la primera, se mantienen la mayor parte de su contenido; pero en esta nueva edición se añaden, además de la bibliografía y materiales que han parecido en estos dos últimos años, una serie de consideraciones sobre el Derecho penal alemán en el siglo XX, sobre todo durante el Nacionalsocialismo y las repercusiones que tuvo en el Derecho penal la transición desde la dictadura nacionalsocialista tras la derrota en 1945 a la República Federal de Alemania, y desde la caída del Muro de Berlín en 1989 y la subsiguiente reunificación alemana con la desaparición de la República Democrática que durante más de cuarenta años subsistió como un Estado independiente con un régimen dictatorial comunista.

Respecto a la situación anterior a la llegada al poder del Nacionalsocialismo, Vormbaum dedica especial atención a planteamientos anteriores, no ligados con la ideología nacionalsocialista, pero que de algún modo sirvieron de base a la misma. Así, por ejemplo, no cabe duda que en algunas obras de von Liszt y de Binding o, en Italia, de Lombroso, se pueden encontrar teorías que, impregnadas del darwinismo social y del positivismo científico tan en boga a finales del siglo XIX y principios del XX, preconizaban directamente la «inocuidización» o la eliminación física de los delincuentes reincidentes incorregibles, e incluso en la obra que escribió Binding junto con el psiquiatra Hoche a principios de los años 20 la de los «seres desprovistos de valor vital».

¿Se les puede conceder a estos autores el beneficio de la duda? ¿Hubieran aceptado la aplicación que hicieron los nazis de sus teorías en los Campos de Concentración y Exterminio al menos respecto a los delincuentes reincidentes y a los asociales, a los que Mezger llamaba «extraños a la comunidad»?

Vormbaum no llega a tanto, pero sí advierte que los planteamientos de este tipo que pusieron en marcha los nacionalsocialistas estaban muy en consonancia con las tesis propugnadas por estos y otros autores unas décadas antes, aunque llevados hasta sus últimas consecuencias y de una forma radical y extrema. A este respecto cita, por ejemplo, el caso de Von Liszt (p. 189/190) y

crítica (en nota 207) la afirmación que hice en mi trabajo sobre Von Liszt publicado en el Homenaje a Hassemer (y en versión española en Revista Penal 2011), de que probablemente von Liszt no hubiera estado de acuerdo con la aplicación que de sus ideas hicieron los nazis. Evidentemente, es difícil formular en la Historia hipótesis sobre lo que hubieran hecho algunos al ver el uso que otros hicieron después de sus ideas. Desde luego el horror nazi no parece muy compatible con las ideas liberales que también preconizó von Liszt y que para algún autor, como Roxin, están en el origen de los planteamientos liberales y progresistas que luego se recogieron en los años 60 y 70 del pasado siglo por ejemplo en el Proyecto alternativo alemán; aunque también hay algún autor, como Naucke, que ya en su momento puso de relieve el carácter autoritario de otras tesis lisztianas. Tampoco parece que Lombroso, al que por cierto apenas citaban los criminólogos nazis por tratarse de «un judío», hubiera estado de acuerdo con el exterminio de los judíos que dio lugar al Holocausto. Más próximo al programa eutanásico de enfermos incurables puesto en marcha por los nazis está sin duda el libro de Binding/Hoche de los años 20. En lo que sí tiene razón Vormbaum es que incluso en los planteamientos actuales se pueden encontrar ideas que ya se preconizaron por algunos penalistas nazis, lo que, a mi juicio, es especialmente evidente en la tesis de Jakobs sobre el «Derecho penal del enemigo», pero quizás no tanto en otros como el llamado «moderno Derecho penal», en el que Vormbaum ve algunas reminiscencias del pasado nacionalsocialista. En todo caso, lo que está claro es que en la Historia siempre hay una continuidad de ideas y que éstas, incluso las que parecen mejores en un momento determinado, pueden tener un «valor de uso» diferente e incluso delictivo empleadas en otro contexto y momento; aunque esto no siempre implica, como dice en la p. 191, un juicio negativo sobre las personas que las propugnaron en su momento.

Lo que está claro es que Vormbaum no oculta ni disfraza los horrores y brutalidades que se cometieron en el régimen nazi incluso con el apoyo consciente y decidido de famosos juristas. En este sentido, remito, por ejemplo, a las documentadas páginas (p. 202/204) que Vormbaum dedica a la exposición del Proyecto sobre el tratamiento de los «extraños a la comunidad» que redactaron para el Gobierno nacionalsocialista el muy conocido criminólogo Franz Exner y el aún más conocido y prestigioso penalista Edmund Mezger.

Otra período de la Historia alemana a la Vormbaum dedica bastante atención en esta nueva edición es a la doble transición que ha tenido Alemania en la segunda

mitad del siglo XX: la transición del régimen nacional-socialista al régimen democrático de la República Federal de Alemania (y en menor extensión al de la República Democrática Alemana), tras la Segunda Guerra Mundial; y a la transición del régimen comunista de la República Democrática Alemana al de la República Federal de Alemania después de la caída del Muro de Berlín y la consiguiente reunificación alemana. Lo primero que pone de relieve es el distinto rasero con el que se llevaron acabo ambas transiciones. Abiertamente dice, que la primera fue una transición «entre propios», mientras que la segunda fue una transición de los «otros» (p. 263). De lo que no cabe duda es que la primera transición fue, en primer lugar, llevada a cabo por las Potencias aliadas vencedoras en la Segunda Guerra Mundial. Fueron ellas las que sometieron a los principales responsables del régimen nazi a los famosos Juicios de Nuremberg, las que declararon nulas las leyes penales nazis más características y violadoras de derechos fundamentales, como la analogía como fuente del Derecho penal o las Leyes racistas de Nuremberg, y también las que anularon las decisiones de los Tribunales en las que se habían aplicado leyes de este tipo. Durante toda esa primera época, la legislación y jurisprudencia alemanas más bien se caracterizaron por lo contrario, por intentar correr un tupido velo sobre el pasado nazi, por conceder amnistías, por la pasividad en la persecución de los crímenes nacionalsocialistas y, finalmente, por asumir en las instituciones académicas, políticas y judiciales a personas que habían ocupando importantes cargos en el nacionalsocialismo. Sólo en los años 60 comenzaron los primeros intentos por exigir en la Justicia alemana responsabilidades por los crímenes cometidos en el Nacionalsocialismo. Conocido es a este respecto el Proceso iniciado por el Fiscal General del Estado de Hessen, Fritz Bauer, contra algunos responsables del Campo de Auschwitz; pero, en general, la mayoría de estos procesos terminaron con sentencias condenatorias leves, o con absoluciones. También en la República Democrática Alemana hubo a principios de los años 50 algunos procesos penales, como los llamados «Waldheimer Prozesse», contra responsables nazis, llevados a cabo de forma sumaria y sin garantías, en los que se pronunciaron y ejecutaron muchas penas de muerte. Hubo que esperar a la reunificación tras la caída del Muro de Berlín para que el pasado nacionalsocialista y sus crímenes pudiera ser elaborado de una forma más objetiva y sin las implicaciones emocionales y las presiones externas que hubo durante todo el periodo anterior, para lo que ya a finales del siglo XX y principios del XXI se han dictado leyes

declarando nulas las condenas a muerte pronunciadas por los Tribunales nacionalsocialistas en casos de deserción, resistencia al régimen nazi, etc.

La elaboración de los delitos cometidos por el régimen de la República Democrática Alemana, fue una de las tareas emprendidas tras la reunificación y dio lugar a varios procesos contra sus dirigentes, que fueron condenados, pero con penas de no gran gravedad, de las que pronto fueron indultados. Una particularidad es que con motivo de algunos de estos procesos se volvió a plantear, en el plano filosófico jurídico, la tesis de Radbruch sobre «el injusto legal y el derecho suprallegal», y que, en el plano dogmático, el Tribunal Supremo Federal aplicó por primera vez la teoría de Roxin de la «autoría mediata por control de aparato de poder».

Toda esta «elaboración del pasado» de la historia alemana durante los últimos cincuenta años, junto con la evolución del Derecho penal durante todo ese tiempo, es expuesta por Vormbaum con gran detalle y de una forma, a mi juicio, bastante objetiva (p. 223/266), destacando sus condicionamientos políticos y sociales, sus luces y sus sombras, pero sobre todo las dificultades que durante todo ese tiempo hubo para compaginar la realidad política con la idea de Justicia.

Una vez más con esta nueva edición, Thomas Vormbaum pone de relieve la importancia que tiene el conocimiento de la Historia moderna y contemporánea del Derecho penal para entender el Derecho penal actual, y en este sentido dedica en la última parte de esta Introducción unas interesantes reflexiones sobre el Derecho penal alemán del momento presente, al que valora con cierto pesimismo, en lo que tiene de «continuidad» (ya más estructural que personal) con algunos de los peores aspectos del Derecho penal nacionalista; pero sobre todo en lo que tiene de pérdida de principios básicos de lo que debe ser el Derecho penal en un Estado de Derecho; posicionándose en contra de un entendimiento de la actual Ciencia del Derecho penal como una Ciencia que legitima la enorme expansión que el Derecho penal está teniendo en nuestros días, en lugar de seguir cumpliendo con la misión tradicional que le asignó el espíritu liberal desde sus comienzos como «Ciencia limitadora del Derecho penal» y garantizadora de los derechos humanos fundamentales frente al poder omnímodo del Estado (p. 281/282).

3. Juristische Zeitgeschichte , Thomas Vormbaum (edit.), Jahrbuch 2010; Editorial de Gruyter, tomo 11.

Siguiendo la línea ya marcada por sus predecesores, este nuevo tomo, correspondiente al año 2010, con-

tiene numerosas contribuciones de carácter histórico jurídico, no sólo referidas a Alemania, sino también a Italia, país con cuyo derecho, arte y literatura está muy vinculado el editor de esta obra, Thomas Vormbaum. No es extraño por ello que este volumen este dedicado a la memoria de dos ilustres juristas italianos fallecidos en estos dos últimos años: Giuseppe Vasalli y Mario A. Cattaneo, muchas de cuyas obras han sido traducidas al alemán por el mismo Vormbaum.

En este tomo se contienen varias contribuciones generales de Johann Braun sobre Derecho y moral en el Estado democrático de Derecho; Segio Raul Castaño (de Bariloche), sobre el poder constitucional en la configuración del Derecho público alemán tras la Segunda Guerra Mundial; de Klaus Kastner sobre el undécimo proceso de Nuremberg contra los altos funcionarios de la Wihlhelstrasse, donde se encontraba la central administrativa del Nacionalsocialismo; y otro de Rainer Haehling von Lanzenauer sobre los sesenta años del Tribunal de Baden-Baden.

En la sección llamada Forum hay tres trabajos: uno de Mortiz Vormbaum, en el que se hace una reseña de la bibliografía sobre la Administración de Justicia de la República Democrática de Alemania; otro de Jedlitschka y Wolf sobre las actas de la famosa Stasi, y uno de Müller-Dietz sobre el delincuente desde el punto de vista del experto.

En la sección sobre biografías hay un trabajo de Stephan Meder sobre Gottlieb Planck y otro de Ingrid Piela sobre Walter Hallstein.

En la sección de acontecimientos actuales (Zeitgeschehen), hay un trabajo de Máximo La Torre sobre la identidad europea; otro de Robert van Ooyen sobre el Tratado de Lisboa, y otro de Emanuela Fronza sobre el delito de negación del Holocausto.

El tomo termina con una sección ya clásica sobre «el Derecho en el arte y el arte en el Derecho», con contribuciones de Müller-Dietz sobre la justicia penal en Goethe; de Michael Walter sobre la novela de Theodor Storm «Draussen im Heidedorf»; de Dominio Höind sobre la censura que sufrió la opera de Verdi «Don Carlo»; de Klaus Lüderssen sobre las paradojas de la opera wagneriana «El anillo de los nibelungos» y uno último de Georg Steinberg sobre la «tabla de Carneades» y la obra de Jünger «Steg von Masirah»

4. Journal der juristischen Zeitgeschichte, 2011, cuaderno 1, Thomas Vormbaum (edit.)

Este hermano menor del Jahrbuch sigue la línea de sus predecesores, y en un formato distinto contiene

varios trabajos. Uno es de su director Thomas Vormbaum sobre los «enemigos del Reich» en las obras del caricaturista Wilhelm Bush y del famoso escritos de novelas de aventuras Karl May, en las se refleja muy bien el espíritu de la época, en pleno apogeo del Reich a finales del siglo XIX. De la historia del art. 79, 1 de la Ley fundamental de Bonn (que permite bajo ciertas condiciones la modificación de la Constitución) se ocupa Simon Kempny; y del Tratado Brest-Litowsk que determinó la terminación de la Guerra entre Alemania y Rusia en 1917/18, que ya diseñaba las (malas) relaciones que iba a haber en el futuro entre ambos países, sobre todo a partir de que Rusia estaba ya en manos de los soviéticos, se ocupa Jacob Schirmer.

En su informe sobre las actividades del Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe se ocupa el periodista Frank Bräutigam, quien analiza las repercusiones que puede tener una sentencia del Tribunal Constitucional en la que, siguiendo el criterio ya sentado por el Tribunal Europeo de Derechos humanos, anule la aplicación de la medida de internamiento en custodia de seguridad, que se había aprobado y aplicado en Alemania con efectos retroactivos a sujetos que no habían sido a ellas en el momento de la condena. También hay un extenso reportaje sobre el Acto de concesión del premio Arnold-Freymuth al Prof. Spiros Simitis, que fue catedrático en la Universidad de Frankfurt y Encargado de la Protección de Datos en el Estado de Hessen.

El presente cuaderno contiene una larga serie de revisiones bibliográficas sobre obras de carácter histórico jurídico y sobre temas actuales.

III. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Que el Derecho penal internacional está teniendo cada vez mayor importancia es algo que no se puede discutir. Tanto a nivel doctrinal, como legislativo y jurisprudencial, las continuas referencias al mismo son cada vez más frecuentes. La ratificación del Estatuto de Roma por la gran mayoría de los Estados que integran la Comunidad internacional, y la correspondiente introducción en las legislaciones internas de esos Estados de las tipicidades penales contenidos en dicho Estatuto: Crímenes de Guerra, Crímenes contra la Humanidad y Genocidio, la creación de la Corte Penal Internacional y el comienzo, si bien todavía incipiente, de su actividad como el tribunal que, en determinados casos y bajo determinados presupuestos, debe encargarse de juzgar esos crímenes, han supuesto sin duda un importante apoyo para que buena

parte de la doctrina internacionalista, pero también penalista, dedique cada vez mayor atención a esta materia, desarrollando una serie de principios y conceptos propios que le dan autonomía y la convierten en una especialidad jurídica de primer orden. Aunque el idioma que más frecuentemente se utiliza para ello es el inglés y en buena parte es también el sistema anglosajón del Common Law la base jurídica en la que más se apoya el Estatuto de Roma, hay muchos autores, pertenecientes a otros ámbitos lingüísticos y a otros sistemas jurídicos, que se ocupan de esta materia, bien en su propia lengua, bien utilizando el inglés. Entre ellos destaca sin duda el Profesor Gerhard Werle, quien no sólo con su Tratado de Derecho penal internacional, sino también con otras muchas publicaciones y actividades desarrolladas desde su cátedra de la Universidad Humboldt de Berlin, se ha convertido en uno de los grandes especialistas a nivel mundial del Derecho penal internacional. De ahí que en estas notas bibliográficas destaquemos dos importantes contribuciones de este autor y del equipo de excelentes y jóvenes especialistas que trabajan con él.

1. WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho penal internacional*, 2a. ed., editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2011.

El Derecho penal internacional está alcanzando en los últimos años una resonancia y una importancia más allá de la que generalmente ha tenido desde que empezó su andadura a partir sobre todo de los Juicios de Nuremberg y Tokio. A este éxito han contribuido sin duda la aprobación y ratificación por gran parte de los países de la Comunidad Internacional del Estatuto de Roma y la subsiguiente creación de la Corte Penal Internacional, pero también la repercusión que esto ha tenido en la reinterpretación del Derecho penal interno de muchos países, que no sólo han incluido en sus Ordenamientos jurídicos internos las normas básicas del Estatuto de Roma, como la definición de los Elementos básicos del delito de Genocidio, de los Crímenes de Lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra y la no prescripción de los mismos, sino que también han iniciado en base a ellas famosos procesos contra dirigentes políticos responsables directos de muchos de estos crímenes, cometidos incluso antes de la entrada en vigor de estas normas. La aplicación retroactiva de estas normas del Derecho penal internacional puede ser jurídicamente discutible, lo que no lo es en absoluto es la enorme repercusión que el Derecho penal internacional está teniendo en la prevención y represión, tanto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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