

GERHARD WERLE, *TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL*, 2ª EDICIÓN, TIRANT-LO-BLANCH, 2011

Traducción por CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA, JAIME COUSO SALAS y MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, coordinada por MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ

ELENA MACULAN

Doctoranda en Derecho Penal de la Universidad de Trento en cotutela con la UNED. Investigadora invitada en el Instituto Universitario Gutiérrez Mellado

La segunda edición del «Tratado de derecho penal internacional» de WERLE ha visto finalmente la luz en traducción española. El manual del conocido jurista alemán, originalmente publicado en alemán y luego también en inglés, italiano y chino, ya había sido traducido al español, en su primera edición, en 2005.

No tiene que extrañar el hecho de que tan sólo seis años después de la anterior edición (española) haya surgido la necesidad de actualizarla, pues en ese plazo el derecho penal internacional ha conocido un desarrollo vertiginoso.

Ello es debido, por una parte, a que se trata de una materia «joven», que todavía no cuenta con un *corpus* normativo, jurisprudencial y doctrinal consolidado y con principios plenamente asentados. Desde 2005 la Corte Penal Internacional, que en ese momento apenas había empezado su labor, ha producido bastante jurisprudencia interesante, tomando decisiones sobre asuntos importantes tales como la participación de las víctimas en el procedimiento, el umbral míni-

mo del dolo y la atribución de responsabilidad en virtud de la doctrina del dominio funcional del hecho. Al mismo tiempo, durante estos años nuevos tribunales híbridos han sido creados, y los ordenamientos nacionales se van comprometiendo cada día más con la aplicación del derecho penal internacional.

Por otra parte, la rapidez con la que se desarrolla este sector del derecho también depende de su naturaleza híbrida y compleja, que combina fuentes, órganos, y hasta disciplinas diferentes, y que plantea cuestiones interpretativas y problemas de coordinación de difícil solución.

El tratado de WERLE está informado por la conciencia de esta naturaleza *in fieri*, multiforme y multidimensional del derecho penal internacional. A lo largo de todo el libro, de hecho, siempre se hace referencia no solamente a la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional sino también a aquélla de los tribunales mixtos —como el Tribunal Especial para Sierra Leona— y de tribunales nacionales que han emprendido juicios por crímenes internacionales —como la Audiencia Nacional española—. Así mismo, permanece en el texto una gran atención a la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda, debido a que, aunque se trate de una experiencia de derecho punitivo internacional que ya se acerca a su conclusión —a través de la llamada *completion strategy*—, ha dado un aporte fundamental al desarrollo de numerosos principios, conceptos e institutos que han sido recogidos en el Estatuto de Roma y en los ordenamientos nacionales: para mencionar un ejemplo, la previsión expresa de la violación sexual dentro de los crímenes contra la humanidad. Lo que tal vez podía ser valorizado un poco más son las sentencias pronunciadas por los órganos regionales de protección de los derechos humanos, especialmente de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo: efectivamente, pese a enmarcarse en un sistema de derecho internacional clásico, esa jurisprudencia tiene una influencia cada día más relevante en la definición de los crímenes internacionales —piénsese, por ejemplo, en la desaparición forzada de personas, que apareció en el sistema interamericano antes que en el derecho penal internacional— y en la configuración del régimen y de la disciplina a ellos aplicables.

Sin embargo, pese a la escasa presencia de la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos, en la primera parte del tratado, dedicada a los elementos de sistema (especialmente el capítulo E), emerge con claridad la idea de que el derecho penal internacional es un «derecho de frontera», que no solamente marca la línea entre derecho penal, derecho internacional clásico y política in-

ternacional, sino que también complementa e interactúa con las normas y los sistemas de protección de los derechos humanos, con los cuales comparte las finalidades últimas y —al menos parcialmente— el objeto. Así mismo, al describir el sistema de fuentes (parte primera, capítulo D), el autor deja claro que ello no se agota con los estatutos de los tribunales penales internacionales, sino que también incluye convenciones internacionales y fuentes típicas del sistema de Naciones Unidas.

En esta compleja relación entre derecho penal internacional y derecho internacional de los derechos humanos, y entre responsabilidad penal y responsabilidad internacional del estado, se enmarca también el capítulo E (modificado de manera consistente respecto de la anterior edición), que analiza la obligación estatal de persecución y castigo de los crímenes internacionales y los criterios para atribuir la competencia al respecto, con especial atención al —novedoso en cuanto a su aplicación y todavía debatido— principio de jurisdicción universal (par. I). Así mismo, la nueva edición del tratado se detiene en los mecanismos que el estado puede adoptar, en contextos de transición, frente a la comisión de crímenes internacionales, poniendo de manifiesto la dificultad en combinar la pretensión punitiva con las necesidades de reconciliación nacional y superación del pasado y en resolver los dilemas, entre castigo y renuncia a la sanción penal, propios de la justicia de transición.

Uno de los aspectos más novedosos e interesantes del tratado de WERLE es la atención que dedica a la aplicación del derecho penal internacional en los ordenamientos estatales. Esta dimensión nacional se manifiesta en dos formas: por una parte, en la creciente actividad de los tribunales internos para perseguir y castigar a los responsables de crímenes internacionales (parte primera, cap. F, par. VI). La jurisprudencia nacional, como bien pone de manifiesto este libro, tiene hoy en día más relevancia que nunca, pues el principio de complementaridad que rige el funcionamiento de la Corte Penal Internacional otorga a los estados una competencia concurrente que precede temporalmente y lógicamente a aquélla del órgano supranacional. Además, no hay que olvidar que la justicia penal internacional siempre ha tenido una dimensión nacional al lado de aquélla internacional, como recuerda la descripción de la persecución penal de crímenes internacionales en Ruanda y ex Yugoslavia, emprendida paralelamente a la actividad de los tribunales *ad hoc*. La nueva edición del tratado describe, aunque solamente por pinceladas, estas experiencias, así como la persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y en Irak y ante los tribunales internacionalizados (*hybrid courts*) en Sierra Leona, Libano, Timor Oriental, Cam-

boya, Kosovo, Bosnia-Herzegovina, en unos párrafos totalmente nuevos (V y VI del capítulo F de la parte primera, que en su conjunto se presenta mucho más extendido que en la primera edición). Esta atención para la dimensión nacional e internacionalizada de la justicia penal internacional, cuya relevancia se expande a través del fenómeno de circulación e interacción jurisprudencial, denota una visión pluralista que reconoce y valoriza la multidimensionalidad de este sector del derecho.

Por otra parte, la dimensión nacional se manifiesta en la implementación del Estatuto de Roma por parte de los estados, que no es directamente impuesta por el tratado pero constituye un efecto indirecto y a la vez fundamental del principio de complementariedad. La implementación determina modificaciones legislativas importantes, a saber, la tipificación de los crímenes internacionales en el ordenamiento interno, la introducción de normas que regulen la cooperación con la Corte y, en ciertos casos, la modificación de normas constitucionales para compatibilizarlas con el Estatuto. El tratado, al igual que en la edición precedente, dedica un capítulo entero al fenómeno de la implementación (primera parte, cap. G), y, tras haber descrito sus rasgos esenciales, se detiene en analizar la experiencia alemana al respecto. La elección del ordenamiento alemán no depende solamente de la nacionalidad y de la formación del autor del tratado, sino también del especial interés que suscita la solución allí adoptada para implementar el Estatuto: efectivamente, lejos de introducir fragmentarias modificaciones en el código penal o en leyes complementarias, se ha optado por la adopción de un «código penal internacional», que ofrece una disciplina mucho más sistemática y completa de la materia. La atención que el libro presta al fenómeno de la implementación vislumbra un posible efecto del mecanismo de complementariedad que rige el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, es decir, la progresiva armonización de los ordenamientos en lo que se refiere a la persecución y sanción de los crímenes internacionales, destinada a hacer lo más posible, efectiva y eficaz la protección contra las más graves violaciones de derechos humanos.

Otra novedad que presenta la nueva edición del tratado es la inclusión de un párrafo sobre los aspectos procesales del sistema de la Corte Penal Internacional (parte primera, cap. F, par. III): aunque sea muy breve, esta nueva parte en cierta forma llena un vacío de la anterior edición, que se mantenía rigurosamente anclada al derecho penal sustantivo, y sin duda permite comprender mejor el principio de complementariedad y su concreto funcionamiento.

A esta primera parte dedicada a los elementos y problemas del sistema sigue el análisis de la «parte general», que recuerda más bien un clásico manual de derecho penal. A diferencia de la parte anterior, que adopta como hemos dicho un enfoque multidisciplinar y multidimensional, esta segunda parte se basa esencialmente en las normas del Estatuto de Roma y de los tribunales *ad hoc*: este cambio de perspectiva puede parecer contradictorio, pero responde a la idea de que el Estatuto de Roma codifica y cristaliza el derecho penal internacional general y orienta, en cierta medida, a las demás jurisdicciones que persiguen crímenes internacionales. Además cuando ciertos institutos son disciplinados en el Estatuto de manera muy diferente que en el derecho consuetudinario, el autor lo pone en evidencia, como ocurre por ejemplo con el umbral mínimo del elemento intencional.

El autor elabora una teoría del delito internacional estructurada en tres niveles: el aspecto externo del hecho —correspondiente al tipo penal en su vertiente objetiva (cap. B)—, el aspecto interno —que coincide con el elemento subjetivo (cap. C)— y las circunstancias eximentes de responsabilidad penal —que el Estatuto no separa en causas de justificación y de exculpación (cap. F)—. Además, se analizan las formas de manifestación del delito —consumación, tentativa, conspiración (cap. G) y concurso (cap. J)— y la teoría de las formas de intervención punibles (cap. D), destacando por separado la responsabilidad del superior (cap. E), instituto peculiar nacido dentro del propio derecho penal internacional.

Las novedades más relevantes, que la nueva edición del tratado relata —y que se reflejan también en la estructura del libro y en su índice— tienen que ver con el problema de la admisibilidad del dolo eventual en el sistema de la Corte y con los modelos de comisión conjunta. Estas innovaciones han sido marcadas por la emergente jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, que ha tomado posición respecto de cuestiones debatidas durante mucho tiempo por la doctrina y ha elaborado teorías y modelos nuevos, apartándose en ciertos casos de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Específicamente, una Sala Preliminar de la Corte ha elaborado una interpretación del art. 30 del Estatuto que, a partir de la expresión «en el curso normal de los acontecimientos», admite la punibilidad del sujeto que haya actuado simplemente con dolo eventual o *recklessness*, pese a que el texto del art. 30 sugiera la conclusión contraria, más restrictiva y menos correspondiente al derecho penal internacional general.

Así mismo, como bien describe el párrafo II.2 del capítulo D, apartándose de la teoría de la *joint criminal enterprise* elaborada por

los tribunales *ad hoc*, la Corte ha preferido fundar la coautoría en la teoría del dominio funcional del hecho, atribuyendo a la contribución en crímenes cometidos por grupos una relevancia residual como forma —la más débil— de participación. Además, no solamente el Estatuto de Roma ha previsto expresamente la figura del autor mediato —independientemente de la responsabilidad del autor directo—, sino que la primera jurisprudencia ha adoptado la teoría de la autoría mediata por dominio de aparatos de poder organizados y hasta la ha extendido a la coautoría entre varios autores mediatos (*indirect co-perpetration*).

De estas y otras novedades, originadas principalmente en las primeras decisiones pronunciadas por las Salas de la Corte Penal Internacional, ofrece una lectura esta segunda edición del tratado de Werle, sin dejar de expresar la opinión, favorable o contraria, del autor al respecto y más en general las eventuales tensiones interpretativas que todavía permanecen. Al mismo tiempo, en diversas ocasiones se recuerda que habrá que esperar la jurisprudencia ulterior de la Corte antes de afirmar que ciertas interpretaciones representan su orientación consolidada.

Tras haber analizado la parte general del derecho penal internacional, el tratado pasa a la parte especial, describiendo en las cuatro partes siguientes los crímenes internacionales: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión. Para cada categoría delictiva, tras haber relatado brevemente su emersión y desarrollo, se definen los intereses protegidos y la estructura. De acuerdo con el esquema delineado en la parte general, el análisis de cada crimen se divide en aspecto externo e interno; sin embargo, la colocación de los varios elementos constitutivos difiere de una categoría a otra, y resulta algo confuso para el lector. De hecho, mientras que para el genocidio el aspecto externo es identificado en las acciones típicas y en los grupos protegidos —a la vez que, correctamente, la intención de destruirlos es tratada dentro del aspecto interno—, los crímenes de lesa humanidad son divididos en hecho global y hecho individual; por último, los crímenes de guerra se componen de requisitos generales, en los que caben el concepto de conflicto armado y el aspecto interno, y de los específicos crímenes —contra las personas, contra la propiedad, por métodos de combate y por medios de combate—. Con esta sistematización, que probablemente intenta reflejar la estructura y la especificidad de cada categoría delictiva, termina por perderse, por así decirlo, el elemento contextual o *chapeau*, que atribuye relevancia internacional a delitos que de otra forma permanecerían dentro del ordenamiento nacional. Este elemento, aunque configurado de manera diferente para cada

uno de los crímenes, presenta cierta unidad de rasgos y funciones que la sistematización adoptada por el tratado no ayuda a comprender.

En cambio, muy acertada e interesante es la decisión de dedicar el último capítulo de cada parte a las relaciones concursales entre las diferentes conductas que pueden configurar un mismo crimen y a la vez entre una categoría delictiva y otra: se trata de un tema de extrema relevancia práctica, a la hora de determinar los cargos y la sanción aplicable, y que sin embargo ha sido estudiado muy poco hasta ahora.

Un discurso a parte tiene que hacerse con respecto al crimen de agresión: como es sabido, este delito había sido incluido en el Estatuto de Roma en forma temporalmente «congelada», hasta que los estados llegaron a un acuerdo sobre su contenido y definición. Dicho acuerdo ha sido alcanzado el año pasado en ocasión de la Conferencia de revisión que tuvo lugar en Kampala, que ha introducido el nuevo artículo 8 bis (crimen de agresión) en el Estatuto —y otras modificaciones relacionadas con él— que no está en vigor todavía. Esta importante novedad remonta a un momento posterior a la publicación de la segunda edición —alemana e inglesa— del tratado de Werle, y por ello no ha podido ser analizada en la parte dedicada al crimen de agresión. La nueva edición española, en cambio, es publicada casi un año después de la Conferencia de Kampala, como demuestra la inclusión en los anexos finales de la resolución que ha definido e introducido ese crimen: por ello, hubiera sido interesante pensar en añadir un pequeño comentario sobre estas nuevas normas, aunque la versión original del libro no lo incluyera. De todas formas, el caso específico del crimen de agresión confirma la rapidez con la que evoluciona el derecho penal internacional, y que hace que, por paradójico que parezca, este nuevo libro que acaba de salir ya necesite de una nueva actualización.

En ocasión de una futura nueva edición del libro también se podría colmar una laguna muy evidente de este tratado: me refiero al tema de las sanciones, al que no se concede el más mínimo espacio. Esta ausencia es probablemente debida a límites de espacio y a la preferencia otorgada a la teoría general del delito, además de conformarse con una tendencia bastante difundida entre los penalistas a ignorar el aspecto sancionatorio, eterna «Cenicienta» en los manuales de derecho penal. Sin embargo, no parece oportuno ignorar un tema tan relevante para la concreta aplicación de la justicia penal internacional, y que presenta aspectos novedosos y peculiares respecto de la clásica teoría y regulación de la pena por lo que se refiere, entre

otros, a sus funciones, a sus mecanismos de medición y a sus implicaciones a la luz del principio de complementariedad.

Pese a esta ausencia y a los pequeños detalles que se han señalado, el tratado en su conjunto es una obra fundamental para quien quiera acercarse al estudio del derecho penal internacional. Su estructura y su lenguaje claro y sintético hacen de él un texto muy asequible para los estudiantes y los prácticos —abogados y expertos— que están más interesados en tener una visión general de la multiplicidad de argumentos relevantes que en detenerse sobre las discusiones doctrinales y jurisprudenciales. Pero este texto es un punto de referencia esencial también para los especialistas de la materia, pues ofrece referencias jurisprudenciales muy ricas y actualizadas, además de un buen aparato de anexos normativos (más amplio que en la edición anterior), y sobre todo, al comienzo de cada capítulo, una completa y actualizada bibliografía para quien quiera profundizar su investigación sobre el tema. Estos detalles le dan al libro un valor añadido, y hacen de él un instrumento maleable en el que cada uno puede encontrar informaciones preciosas.

Por esta razón resulta especialmente valiosa la labor de quien lo ha traducido al español, con una traducción muy cuidada, respetuosa del texto original y atenta a las peculiaridades y dificultades lexicales propias de una materia que por su naturaleza es plurilingüe y plurisistémica. Esta labor permitirá una difusión aun más global no solamente del tratado en sí, sino también del interés hacia, y del conocimiento acerca de, esta nueva, multiforme y fascinante rama del derecho penal.