

JESCHECK, Prof. Dr. Hans-Heinrich: «Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrech. Eine studie zu den Nürenberg Prozessen».—Rohrscheid Verlag.—Bonn, 1952.—420 páginas.

Bien conocida, y no menos explicable, la reluctancia de la ciencia jurídica alemana de primera fila a ocuparse de la temática del Derecho internacional penal ensayado en Nuremberg a expensas de personas e ideales de su pueblo, comienzan ya a aparecer estudios profundos y de voluntad objetiva en torno a tan apasionante y trascendental asunto. El más valioso de todos es, sin duda, el del joven profesor de Derecho penal de la Universidad de Friburgo, i. Br. doctor H. H. Jescheck, especializado en la materia del Derecho internacional penal, a la que ha venido dedicando frecuentes e interesantes artículos de revista y ponencias de Congresos antes y después de la que, hasta ahora, es su obra cumbre. Pese a su título, que parece hacer referencia tan sólo al problema de la responsabilidad internacional penal de los llamados «actos de Estado», se trata en rigor de un efectivo tratado de Derecho internacional penal, visto a través de la dogmática de Nuremberg, no sólo de la constitutiva del Tribunal Militar Internacional, sino del americano, que entendió de los doce procesos subsiguientes al internacional propiamente dicho.

Consta la obra reseñada de tres partes (A, B y C), en las que se desarrolla, sucesivamente, el tema a la luz de la Historia, la Dogmática y la Jurisprudencia de los tribunales norimberguenses, todo ello con el más depurado aparato de erudición, método y objetividad propio de los grandes tratados, y no de las obras de mera circunstancia. Es, ante todo y sobre todo, un estudio jurídico, en que lo político se halla en absoluto descartado, aunque no lo filosófico, imposible e inconveniente de soslayar en estudios de este género, tan indeclinablemente vinculados a las concepciones generales, el sentir y el querer de nuestro tiempo.

En la parte histórica (A) se atribuye a Beling la expresión léxica de Derecho internacional penal en Alemania, la de *Völkerstrafrecht*, diversa a la usual de Derecho penal internacional, siendo el primero parte efectiva del Derecho de gentes, en tanto que el segundo no es más que una proyección internacional de cada ordenamiento penal interno. Admitido el neologismo por gran número de tratadistas, como Von Weber, Boehmer, Sauer, Grewe y tantos más, su sustantividad e independencia respecto a lo penal local es incuestionable en teoría, aunque no lo sea tanto en la realidad, vista la inexistencia de una Comunidad internacional de la cohesión y estructura jurídica apetecible. El autor acepta el nombre, aunque sólo a título de «hipótesis de trabajo», pues se halla muy lejos de pensar que la justicia de Nuremberg haya hecho realidad sus postulados. Lo quiso, sin duda, pero hasta qué punto lo logró y en qué medida fracasó, es el tema constante de este libro, en el que trasciende una honda y generosa simpatía por la «hipótesis» de un *Ius Gentium Criminalis* que sea como la consagración definitiva de la juridicidad del proceso del Derecho de gentes tradicional, acabando con sus insuficiencias e imperfecciones.

Examina el profesor Jescheck la idea del Derecho internacional punitivo como una creación primera del espiritualismo cristiano, esbozándose en San Agustín y Santo Tomás, para adquirir mayores precisiones en los grandes

juristas teólogos españoles de los siglos XVI y XVII, en los que figura como necesaria protección de un orden ideal de comunidad efectivamente obligatorio y trascendental. La visión del príncipe juez y de la guerra como acción de justicia punitiva, ideas constantes en Vitoria y Suárez, son una lógica consecuencia de sus ideologías iusnaturalistas de unidad y universalidad. Persisten éstas a través del racionalismo laico y protestante de las generaciones ulteriores, pero a partir de Grocio tal visión de integral justicialismo que lo penal supone se ve desvanecida hasta desaparecer de la ideología operante en Europa vencida por la contraria de la absoluta soberanía, con la que es totalmente incompatible. Sólo en la mente de algunos utopistas del iluminismo, un Wolf, un Vattel, un Federico el Grande (en su *Antimaquiavelo*) o un Kant, perduran las ideas de la posible y conveniente penalización de las normas internacionales, en función de su obligatoriedad, más allá del imperativo de las singulares soberanías, pero el positivismo ochocentista aporta un nuevo golpe a tal ideología iusnaturalista al hacer del Derecho una creación exclusiva de la omnipotencia del Estado. En su marco, que es el que domina hasta la época actual, no hay espacio para el Derecho internacional penal, por cuanto que fuera del Estado no existe posibilidad alguna de estructura jurídica, y menos todavía la de carácter penal, requiriendo como inexcusable *ratio essendi* la coacción y la existencia de organismos jurisdiccionales por encima de los nacionales. En este clima ideológico y político no es de extrañar que la guerra misma no haya sido puesta en el catálogo de las infracciones criminales, respetándose aún el *ius ad bellum* como atributo indispensable de la soberanía. A lo más que se llegó, en el Reglamento de La Haya de 1907, fué a la limitación de sus prácticas mediante la creación de un *ius in bello*, cuya criminalización quedaba reservada al orden interno de cada Estado, sistema que es el que ha triunfado últimamente en las convenciones humanitarias de Ginebra de 12 de agosto de 1949, aun después de la experiencia falsamente internacionalista de Nuremberg.

La única excepción a tal estado de cosas, rebasando los lindes del estricto nacionalismo penal, fué la doctrina y aun la práctica, a lo largo del siglo XIX, de las llamadas «intervenciones por razón de humanidad», aceptadas incluso por positivistas tan consecuentes como Bluntschli, pero aunque realizadas en forma colectiva y en nombre de la Comunidad de naciones civilizadas, lo cierto es que tales actos no tuvieron nunca ni pretendieron tener carácter judicialista ni estuvieron sujetas a normas de Derecho, tratándose más bien de medidas políticas, con motivación más o menos humanitaria. Cuando en verdad se suscitó en toda su amplitud el problema de la criminalización del Derecho internacional, fué a raíz de la primera guerra mundial, si bien su realidad no se llevó a cabo, en parte por las circunstancias políticas y de hecho bien conocidas (entre ellas la no extradición del emperador alemán por parte de Holanda), pero, asimismo, por la falta de preparación ideológica de los juristas de la época. Así fracasó la estructuración del Derecho internacional penal en la Comisión de Responsabilidades de Versalles, triunfando el punto de vista tradicionalista de un Renault, aunque ya se oyeron voces favorables al contrario revolucionario, sobre todo las proferidas en igual ocasión por Larnaude y Lapradelle.

Por lo que a la guerra respecta, su incriminación, y no sólo su ilicitud,

fué obra de la doctrina y de la práctica de la entreguerra, época en que el *ius ad bellum* se quiebra definitivamente, por lo menos en su aspecto absoluto y de procedimiento normal de dirimir los conflictos internacionales. El autor estudia al detalle este proceso en su doble aspecto doctrinal y positivo, a lo largo de los trabajos de los grandes precursores, Saldaña, Pella, Politis, Bellot, Donnedieu de Vabres, Colayanni, Dumas y Roux, así como de los pactos y convenios internacionales en el seno de la Sociedad de Naciones, notablemente en el de París o Briand-Kellog, de 1929. Lo más logrado, tanto en lo sustantivo como en lo procesal orgánico, fué el Convenio sobre el terrorismo de Ginebra, en 16 de noviembre de 1937, por cuanto que se llegó a un acuerdo en la materia más ardua de todas, a la vez que más inexcusable: la de erección de un Tribunal internacional encargado de llevar a cabo judicialmente sus previsiones. El sobrevenimiento de la segunda guerra mundial impidió la realidad de tal acuerdo, que, por lo demás, sólo afectaba a un sector de la criminalidad internacional, y no a sus puntos verdaderamente esenciales, como el de la incriminación de la guerra o los atentados puramente estatales. Fué a lo largo de las hostilidades de 1939 a 1945 cuando esta decisiva evolución se encarna en normas positivas, aunque unilaterales, que culminan en el Estatuto de Londres, de 8 de agosto de 1945, creador del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y disposiciones concordantes.

La segunda parte del libro (B) se encara con la dogmática del Derecho internacional penal, estudiando sus fundamentos jurídicos a modo de un penalista que examinase no importa qué acto criminal de orden interno. Este es posiblemente el fallo doctrinal de la obra, ya que una tan trascendental y revolucionaria innovación como es la del crimen internacional, interesando a tan diversos ordenamientos jurídicos y aun a políticos y morales, no puede llevarse a cabo con el instrumental y prejuicios de una dogmática determinada, como es la penal local. El sistema seguido por Jescheck de contrastar los resultados de la nueva justicia con la normatividad preexistente, sea en lo internacional sea en lo penal, está forzosamente abocado a proclamar su ilegitimidad, como es ilegítimo, hasta por definición, todo postulado revolucionario. No queda ante éste otra disyuntiva que la de aceptarlo y, partiendo de su realidad, estructurar un orden nuevo, aun perfeccionándolo técnicamente todo lo posible, o rechazarlo de plano en nombre de una tradición preferente. No es esta segunda solución, la única lógica en un jurista de formación positivista, la escogida por el profesor de Friburgo, cuyas simpatías hacia un Derecho internacional penal desvinculado del estatismo se delatan a cada momento, y, por lo mismo, es de extrañar más su crítica de los postulados sentados en Nuremberg en nombre de los positivistas que se quieren superar. La básica cuestión para él es la referente a la jurisdicción que estima debe ser íntegramente internacional y que no lo fué la aliada de la postguerra, por cuanto que correspondía a una voluntad unilateral de cierto número de Estados, sin tener en cuenta la del sujeto pasivo, esto es, la de Alemania (página 177). Estima que tal proceder, al proyectarse en lo internacional, trastrocara todo el orden existente, por elevar al rango de Derecho de gentes el Derecho elaborado por un grupo estatal determinado. Olvida en su crítica el autor la perfecta internacionalización de las normas de Nuremberg, si quiera fuese *a posteriori*, mediante la unánime resolución de la Asamblea ge-

neral de la ONU de 11 de diciembre de 1946, elevando a la categoría de principios de Derecho internacional los sentados en el Estatuto londinense y en la jurisprudencia de los tribunales militares.

Aparte de la cuestión jurisdiccional, examina por separado la estructura de los nuevos delitos de guerra en su triple dimensión de contra la paz, de guerra estrictos y de contra la Humanidad. Nada objeto en principio a esta tripartición, obra del Estatuto de Londres, si bien hace ver sus intrínsecas diferencias de naturaleza. Los primeros y los últimos son los verdaderamente revolucionarios, y en los que, según el autor, el Estatuto y la jurisprudencia de Nuremberg rebasaron el orden preexistente; los de guerra estrictos, en cambio, respondían a una positividad efectiva, y al inculparlos se procedió en una correcta sistemática iusinternacionalista. No así, en su opinión, en los delitos contra la paz y contra la Humanidad, en que la inculparción, lejos de ser en nombre del Derecho internacional, lo fué en el de ocupación (*Besatzungsrecht*). Argumenta para ello con la consabida tesis de que la guerra agresiva no era un crimen, por carecer de sanción específica y por referirse su indubitada ilicitud, dentro del marco del derecho gnebrino, a los actos estatales y no a los individuales, que fueron inculparados en Nuremberg sin atender a la justificación de los primeros. Otro tanto opina, aunque no con tanta convicción, respecto a los delitos antihumanitarios, en que la intervención pudiera justificarse por razones morales y de defensa de concepciones comunitarias. Aporta como razón de no ser tampoco Derecho Internacional, sino de ocupación el aplicado en 1945, la de haberse estimado precisa la posterior promulgación de una convención especial, la del Genocidio de 1948, para prestarle efectivamente dicho carácter. En cambio, no tiene inconveniente en afirmar que los crímenes de guerra, propiamente dicho, son de puro Derecho Internacional (pág. 190), ajustados a la legalidad de La Haya, que la jurisprudencia nuremberguense amplió, prestándoles efectividad y calor de vida. Acepta incluso la innovación de estimar delictiva la acción de represalias y la aún más revolucionaria de extender la responsabilidad criminal a los autores morales y mandos que con su voluntaria omisión favorecieron la perpetración de crímenes de guerra, pues aunque sin precedentes en lo internacional, su impunidad hubiera resultado contradictorio con la conciencia jurídico penal dominante.

En lo que toca a la filosofía y finalidad de la pena en el Derecho Internacional Penal, el autor rechaza como impropia la dogmática defensiva y correccionalista, propugnando la que, reposando sobre una base de estricta culpabilidad, realice una educación psicológico-social al vigorizar los valores jurídicos internacionales (pág. 197). En el plano de la construcción técnico-penal, el autor hace ver la conveniencia de situar el delito internacional conforme a la triple estructura de la antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, si bien comprende las dificultades que a ello se oponen y, antes que nada, las dimanantes de la coexistencia del doble ordenamiento: el internacional y el penal local. Dicha coexistencia suscita la ineludible cuestión de rango entre las normas dimanantes de cada ordenamiento, examinándola en la perspectiva monista de Kelsen y en la dualista de von Triepel. Personalmente adopta una especie de monismo templado, en que la primacía del Derecho Internacional es reconocida sobre el local, pero sólo en lo que se refiere a relaciones entre Estados, mientras que para el individuo y para el juez es el Derecho local el primario y directamente vinculante.

La primacía absoluta de la normatividad internacional requeriría la existencia de organismos efectivamente supranacionales y, antes que ningún otro, el de los jurisdiccionales no sujetos a los ordenamientos locales. En cuanto al Derecho Natural, tercera parte en posible discordia, la dificultad fundamental estriba en dificultades de prueba que le imprimen un matiz de subjetivismo pleno de riesgos a la hora de su formulación judicialista.

El tema de la antijuridicidad reclama el examen de las causas excluyentes de la misma, tratadas demasiado someramente en sus clásicas formas de necesidad y legítima defensa, susceptibles de paralelismo con lo penal interno, pero en base a referirse a los supremos órganos del Estado. Sostiene la posibilidad de incluir entre las causas excluyentes de lo antijurídico la práctica de represalias, típicas del Derecho Internacional de guerra, admitiendo su licitud a título tan sólo de leyes imperfectas (pág. 221), sin excluir los graves peligros que tal doctrina entraña.

La cuestión de la tipicidad suscita, a su vez, la tan candente y trascendental de utilizar la dogmática de legalismo o la práctica del judicialismo, según que se prefiera el sistema europeo continental o el anglosajón de la *Common Law*. Cree factible su conciliación en vista de la tendencia marcada en la sistemática anglosajona hacia el legalismo y de la europea hacia la amplitud del arbitrario judicial. Lo que importa, sobre todo—sigue diciendo—es que se respete la esencia de lo delictivo, esto es, la culpabilidad, a lo que estima sirve mejor el tecnicismo de los tipos legalistas. Culpabilidad que, por descontado, ha de ser referida exclusivamente a lo criminal, con exclusión de sus modalidades políticas, tan decisivas en lo internacional y que tan importante papel desempeñaron en la jurisdicción de los Tribunales de la postguerra.

La participación plural en el crimen de la guerra no ofrece peculiaridades en lo internacional, salvo en la modalidad de la conspiración o *conspiracy*, que tan importante lugar ocupó en el Estatuto de Londres, aunque luego fuese disminuida y aún desconocida en la jurisprudencia. Es concepto puramente anglosajón, de vaga contextura que sólo desventajas puede suscitar en la práctica, por lo que es de desaconsejar su introducción en la dogmática internacional penal. A las razones técnicas añade la más decisiva de que su adopción puede restaurar arcaicas modalidades del crimen de «complot», tan propicias a las persecuciones políticas de signo totalitario (pág. 275).

La tercera y última parte de la obra (C), repite los tópicos de la dogmática adaptados a las realidades de la jurisprudencia norimberguense, para deducir su falta de coordinación con la legalidad, a la sazón vigente, y su ausencia de justificación internacional. Insiste en calificar su derecho de «derecho de ocupación», esforzándose en demostrar, ya en este terreno, que sus normas tampoco se ajustaron a las positivas del Reglamento de La Haya, referentes a tal extremo. No deja de ser un tanto espacioso el argumento y paradójica la pretensión de querer sujetar a las potencias ocupantes a un orden formal estricto del Reglamento de guerra terrestre, en tanto que se proclama su no carácter de vinculación, en lo material penal, respecto a los inculpados. No lo es menos el sostener que el presunto «Derecho de ocupación» careció de toda virtualidad de Derecho Internacional, en base a no ser sus órganos los propios de la Comunidad y sí únicamente de cierto número de Estados, los vencedores en la contienda. No tiene para ello en cuenta la ratificación solemne de la ya citada Asamblea Gene-

ral de la O. N. U., y que la ratificación es una forma normal y usual de crear Derecho. En cuanto a la pesimista conclusión de que habiendo sido la justicia de Nuremberg estrictamente *ad hoc*, para y contra Alemania, contradice la confesión del delegado americano Warren R. Austin ante la Asamblea General de la O. N. U. en 30 de octubre de 1946, según la cual los principios de Nuremberg vinculaban para el porvenir a todos. El que no se haya hecho así en los conflictos ulteriores, en Palestina y Corea, no es argumento convincente, constituyendo todo lo más otro alegato del tipo del *tu quoque* que con tan escasa firmeza aduce el autor.

Muy cuidada y rica reseña bibliográfica, aunque se eche de menos el estudio de algunos capitales trabajos de lengua francesa, tales como los de Craven (poco utilizados), de Dautricourt y de Stefan Glaser (en absoluto desconocidos); los de este último profesor de Lieja, sobre todo, hubiesen sido de la mayor utilidad para contrastar las tesis impunitas del de Friburgo respecto a los «actos de Estado».

A. Q. R.

**KENSAKU SAITO-HARUO NISHIHARA:** «Das Abgeenderte Japanische Strafgesetzbuch». (Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher. Ed. De Gruyter & Co.—Berlín, 1954.—DM. 6,20. 37 páginas.

Como tomo 65 de la famosa Colección de Códigos extranjeros, patrocinada por el Instituto comparatista de la Universidad de Friburgo de Brisgovia, acaba de aparecer la traducción de la edición reformada del Código penal japonés, llevada a cabo con la acostumbrada introducción histórico-doctrinal por dos profesores de la Facultad nipona de Waseda. El cuerpo de dicho cuerpo legal, 25 de abril de 1907, fecha en que se promulgó derogando al primer Código penal imperial de 1880. Así como éste era de neta influencia francesa, habiendo sido redactado inclusive por un jurista francés, M. Boissonade, el de 1907 recogía más bien influencias de la ciencia alemana de la época, que son las que siguen informando su texto refundido a través de las leyes profundamente reformadoras de 12 de marzo de 1941 y 26 de octubre de 1947. La traducción actual acoge ambas reformas e incluso las menos importantes a lo largo de 1953. Según los profesores prologuistas, tales innovaciones obedecen a influjos de la sistemática angloamericana, así superpuesta a la originariamente germánica.

De proporciones extraordinariamente reducidas, de tan solo 264 párrafos (en lo que más bien parecen seguirse los modelos suizos), consta a su vez de una parte primera, dedicada a disposiciones de carácter general (incluyendo trece títulos) y una segunda, referida a infracciones concretas (en cuarenta títulos). Falta en absoluto la tercera parte tradicional, no incluyéndose, pues, la legislación de contravenciones, con lo que parece adscribirse a la novísima técnica de prescindir de éstas en los Códigos penales ordinarios a la que, dicho sea de paso, acaba de adherirse la Comisión de reforma alemana en su Primera Reunión de julio de 1954.

Aparte de las aludidas características, el Código refundido presenta novedades de algún interés. Entre otras, en la parte general, la ampliación del eventual radio de acción de la condena condicional, hasta penas de tres años, tanto de presidio como de prisión (parág. 25), la posibilidad de calificar como delito con-