

S'PRAXI IDE ET PRO

# Revista

Julio 2014

34

Revista Penal

# Penal



Julio 2014



tiran lo blanch



# Revista Penal

Número 34

## Sumario

---

### Doctrina:

- La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿Qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma?, *por Kai Ambos* ..... 5
- El proyecto de reforma del código penal de 2013. Algunas reflexiones político criminales, *por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Ana E. Liberatore S. Bechara* ..... 19
- ¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay *por Pablo Galán Palermo* ..... 34
- Presente y futuro de las insolvencias punibles, *por Alfonso Galán Muñoz* ..... 54
- Las mujeres como víctimas de la denominada “violencia de género” y el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, *por Pastora García Álvarez*..... 83
- La (supuesta) supresión de las faltas en el proyecto de reforma del Código penal de 2013, *por Carmen López Peregrín* ..... 102
- El ocaso de la pena de muerte en la Jurisdicción penal internacional. Un ejemplo para la abolición universal, *por Antonio Muñoz Aunión* ..... 123
- La mujer en el umbral del delito, *por Miguel Ángel Núñez Paz* ..... 131
- Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013, *por M.ª del Valle Sierra López* ..... 149
- Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, *por Javier de Vicente Remesal*..... 170
- El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela, *por Yu Wang* ..... 204
- Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, *por Gerhard Werle y Boris Burghardt*..... 212

### Jurisprudencia:

- La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas), *por Carlos Martínez-Buján Pérez* ..... 224

**Sistemas penales comparados:** Delitos de bagatela (The *de minimis* doctrine in criminal cases) ..... 242

### In Memoriam:

- Winfried Hassemer y la ciencia del Derecho Penal, *por Francisco Muñoz Conde* ..... 293

**Bibliografía,** *por Francisco Muñoz Conde y Manuel Jesús Dolz Lago*..... 299

**Noticias:** Declaración de Göttingen sobre policía e investigación en Brasil ..... 307



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



**tirant lo blanch**

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

### **Dirección**

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

### **Comité Científico Internacional**

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

### **Consejo de Redacción**

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

### **Sistemas penales comparados**

Elisa Hoven (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Marco Aurélio Florêncio Filho (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Francesco Diamanti (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

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

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

# Bibliografía

## Recensiones bibliográficas

### 1. CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina, *Hassemer e o Direito penal brasileiro, Direito de intervenção, sanção penal e administrativa*, Sao Paulo 2013, 282 páginas

Desde hace ya bastante tiempo se viene observando en el ámbito de la Ciencia penal brasileña un renovado esfuerzo por introducir y hacer fructíferas las más recientes teorías y planteamientos de la Ciencia penal alemana, en la interpretación y comprensión del Derecho penal brasileño. Superadas ya las polémicas entre finalismo y causalismo que animaron la Dogmática penal alemana y por su influencia en la de casi todos los países latinoamericanos en la última mitad del siglo XX, son hoy muchos los penalistas brasileños que buscan en otros planteamientos teóricos, más amplios y ambiciosos que los puramente dogmáticos, respuestas a la realidad del Derecho penal en su país, que en parte son comunes con el de otros países, pero que en buena parte ofrece también peculiaridades propias derivadas de su propia estructura económica y social. Una buena prueba de lo que acabo de decir es este libro de Ana Carolina Carlos de Oliveira que se dedica a investigar la validez del planteamiento del penalista y teórico del Derecho, Catedrático de Derecho penal y Sociología del Derecho en la Universidad de Frankfurt am Main y Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Winfried Hassemer, en la interpretación y configuración el Derecho penal brasileño.

El primer capítulo del libro de Ana Oliveira se dedica a distinguir lo que Hassemer califica como Derecho penal “moderno” frente al Derecho penal clásico; un “nuevo” Derecho penal que a primera vista frente al “viejo” aparentemente podía tener sobre todo la virtud de adaptar el anticuado arsenal conceptual de la Dogmática penal tradicional a las nuevas amenazas características de las sociedades modernas como la polución medioambiental o la responsabilidad por el producto defectuoso. Como es sabido, Winfried

Hassemer dedicó una buena parte de su producción bibliográfica a la crítica de ese “moderno Derecho penal”, un Derecho penal que, como destacó repetidas veces, se caracteriza por proteger bienes jurídicos vagos, difíciles de precisar y delimitar; y para cuya protección tipifica como delitos conductas meramente peligrosas, incluso de peligro abstracto, utilizando la técnica legislativa de las normas penales en blanco, con remisión a disposiciones administrativas de rango jerárquico inferior al de las normas penales, y atribuyendo la responsabilidad individual a los directivos de las empresas causantes de estos peligros con criterios extraídos del Derecho de sociedades, basándose más en los cargos y funciones que dentro del organigrama de la sociedad ostentan que en su actuación concreta que en el caso en cuestión.

Esa “moderna” concepción del Derecho penal desnaturaliza, evidentemente, el carácter del Derecho penal como *ultima ratio* del Ordenamiento jurídico, para convertirlo en el principal, aunque no siempre el más eficaz, medio para la lucha contra amenazas y peligros característicos de las sociedades modernas como son la polución medioambiental, los abusos y el tráfico ilegal de capitales en el mercado financiero internacional, el control inadecuado de importantes fuentes de peligro como la energía nuclear, la fabricación de productos defectuosos, etc. Es evidente que el Derecho penal clásico, concebido como un instrumento protector de bienes jurídicos fundamentales de la persona e indirectamente de la sociedad, frente a las lesiones dolosamente producidas, tiene dificultades para aplicarse en ámbitos donde lo que se protege es la funcionalidad de determinadas instituciones dentro de un sistema, cuya regulación principal se contiene en otras ramas del Derecho con fines distintos a los de Derecho penal, y donde las acciones que les afectan son simples infracciones administrativas elevadas a la categoría de delito por la posibilidad, a veces puramente hipotética e indemostrable

en el caso concreto, de que puedan poner en peligro el correcto funcionamiento de esas instituciones.

Ante esa desnaturalización del Derecho penal clásico para afrontar los nuevos riesgos que amenazan a la sociedad moderna, Hassemer propone como alternativa una especie de Derecho de intervención (*Interventionsrecht*), cuya finalidad sería fundamentalmente la prevención del daño mediante la aplicación de medidas técnicas y administrativas, y sólo, en última instancia, en la medida en que el daño se produzca una serie de sanciones de carácter administrativo, multas, intervención de la empresa, y civiles para indemnizar el daño producido. El Derecho penal tendría en estos ámbitos un papel residual reservado solamente a castigar penalmente los casos verdaderamente graves en los que, por supuesto, siempre serían de aplicación los principios del Derecho penal del Estado de Derecho, de legalidad estricta, ofensividad, culpabilidad individual, etc. No creo, por tanto, que el Derecho de intervención que propone Hassemer excluya, como tantas veces se le ha achacado, completamente el Derecho penal de estos ámbitos, sino sólo reservarlo para los casos en los que realmente la gravedad de la conducta es relevante, porque por ejemplo ha despreciado las normas más elementales de cuidado, y el elevado nivel del daño producido, a veces catastrófico. Fuera del ámbito penal quedarían las meras infracciones administrativas que no pasan del nivel del peligro abstracto, que pueden ser corregidas y/o prevenidas con medidas administrativas, y, por supuesto, con todo un arsenal de medidas técnicas destinadas a la prevención del daño y cuya aplicación debería ser controlada por la vía administrativa.

En la monografía de Ana Oliveira, se observa una cierta confusión al respecto, al no distinguir claramente los aspectos preventivos de los sancionatorios dentro del Derecho de intervención que propugna Hassemer, o al oponerle al “Derecho penal de dos velocidades”, que propugna Jesús María Silva Sánchez, que Ana Oliveira considera una propuesta parecida a la de Hassemer, pero que a diferencia de éste deja, por razones de prevención general, en el Derecho penal casos menos graves, si bien con sanciones que no impliquen privación de libertad. En mi opinión, el planteamiento de Hassemer es más coherente con los principios de los que parte, porque, como ha demostrado en algunos de sus trabajos al respecto, lo que no quiere es que se sancionen penalmente (aunque sea sin pena privativa de libertad) casos en los que no se demuestre fehacientemente que se han cumplido los principios básicos del Derecho penal como la causalidad entre la acción y el resultado dañoso producido, los elementos intelectivos

y volitivos del dolo o la imputación a una persona determinada como responsable del daño causado, conforme a los criterios que fundamentan la autoría en la Dogmática penal tradicional (realización de la conducta típica, dominio efectivo del hecho, etc.). Es decir, que muchos de los casos que Silva Sánchez considera que deben formar parte de un “Derecho penal de segunda velocidad”, para Hassemer serían simplemente casos que deberían quedar fuera del Derecho penal para entrar en ese Derecho de intervención en el que habría también sanciones de carácter administrativo (la Ley alemana de infracciones administrativas, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, es, por lo demás, una excelente ley reguladora del poder sancionatorio de la Administración), y, por tanto, no privativas de libertad, aplicadas, por supuesto, también con todas las garantías. Pero con mayor flexibilidad que en un proceso penal y siempre controlables jurisdiccionalmente por la vía contencioso administrativa.

Naturalmente, no faltan otras críticas a la propuesta de Hassemer que tienen un sesgo ideológico evidente. Ana Oliveira menciona, por ejemplo, las críticas de Donini, Schünemann o Feijoo Sánchez y otros muchos autores que califican la tesis de Hassemer como un tesis clasista que favorece a las clases pudientes, sobre todo a la empresarial, en cuyo ámbito se producen la mayoría de las actividades que se incluyen en el “moderno” Derecho penal, o como un discurso de “resistencia a la modernidad”, o en varias ocasiones, como le ha reprochado Schünemann a la Escuela de Frankfurt que “haya despegado en la izquierda, y haya aterrizado en la derecha” o que es “una Escuela muy amiga de las empresas polucionadoras del medio ambiente”, refiriéndose probablemente a algunos trabajos e informes que algunos miembros de esa Escuela hicieron para algunas empresas involucradas en algunos casos de contaminación medioambiental o de fabricación de productos defectuosos.

Pero al margen de frases retóricas más o menos mal intencionadas o ingeniosas, lo que nadie ha podido rebatir a Hassemer es que cuando se prescinde de los presupuestos básicos de la responsabilidad penal, imputando un resultado a una acción cuya relación de causalidad no ha podido ser verificada empíricamente, considerando que para el dolo es suficiente con la conciencia de la peligrosidad de la acción, sin referencias intelectivas o volitivas con el resultado, o calificando como autoría de ese resultado la simple omisión de un deber de control o vigilancia de la conducta del que causó directamente el resultado, o la votación a favor de una decisión colectiva en un Consejo de administra-

ción, se están abandonando las garantías y principios básicos del Derecho penal y del proceso penal, aunque ello se haga, y precisamente por eso, en un proceso penal.

El problema consiste, en definitiva, en delimitar lo que debe ser tratado en el ámbito del Derecho penal y lo que debe elaborarse con otro tipo de procedimientos jurídicos, o como dice Ana Oliveira señalar el área limítrofe de los sistemas represivos. Los principios de legalidad estricto, de ofensividad, de culpabilidad, de presunción de inocencia, etc., no son disponibles a voluntad del legislador o de una jurisprudencia presionada para dar una respuesta punitiva en un caso concreto que ha alarmado a la opinión pública, sino que son principios vinculantes y esenciales en el Derecho penal a los que no se puede renunciar en un Estado de Derecho. Por tanto, y en eso tiene razón Hassemer, el primer instrumento para enfrentarse con los problemas que amenazan la seguridad de las sociedades modernas en ámbitos como el medio ambiente o la elaboración de producto, no es el Derecho penal, sino el empleo de una serie de medidas de carácter preventivo o tecnológico que deben ser impuestas y controladas por los servicios administrativos correspondientes, que también tienen a su disposición un arsenal de medidas para sancionar las infracciones que se den en esta materia. Sólo cuando estas medidas no sean suficientes o no se cumplan y se produzca un daño relevante habrá que ver si puede exigirse una responsabilidad penal a los que lo han causado, verificando en el correspondiente proceso penal los elementos objetivos y subjetivos que requiere la imputación penal. Dar al Derecho administrativo o civil la parte que le corresponde, y reservar el Derecho penal para los casos en los que se puede demostrar los elementos que fundamentan una responsabilidad penal, es, en definitiva, lo que, como destaca Ana Oliveira, pretende Hassemer cuando crítica los excesos de lo que él llama “moderno” Derecho penal.

Desgraciadamente el legislador de una gran parte de los países más avanzados y más amenazados por eso nuevos riesgos, y Brasil es particularmente uno de ellos, ha optado por ampliar el ámbito del Derecho penal, convirtiéndolo en el principal instrumento para luchar contra esos riesgos en los sectores más amenazados de las modernas sociedades. El resultado no ha sido, sin embargo, tan eficaz y satisfactorio como se esperaba, y la tónica general sigue siendo la impunidad, la inaplicación de la legislación penal o la puesta en marcha de procesos masivos que prácticamente nunca llegan a terminarse o terminan, tras muchos años, con absoluciones que escandalizan a la opinión pública e

incrementan el desprestigio y la desconfianza de los ciudadanos en este tipo de normas jurídicas.

Un problema que pone de relieve Ana Oliveira es, sin embargo, si la alternativa al Derecho penal, es decir, el Derecho administrativo sancionatorio cumple satisfactoriamente el cometido que Hassemer le asigna. En un capítulo independiente estudia el sistema sancionatorio administrativo, principalmente en el Derecho brasileño, cuyas insuficiencias y déficits de aplicación es lo que muchas veces ha llevado a recurrir al Derecho penal. La delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionatorio es ya desde Feuerbach uno de los temas más controvertidos en el plano teórico, sin que se haya llegado todavía a una solución satisfactoria. El criterio mixto cualitativo-cuantitativo, al que se adhiere Ana Oliveira, es el más aceptado doctrinalmente, pero no es desde luego una panacea, porque, como la propia evolución legislativa en esta materia demuestra, siempre queda por saber qué es lo que cualitativa y cuantitativamente tiene que ubicarse en una u otra rama del Derecho. Entre penalización y despenalización ha habido siempre un movimiento pendular, que depende más de la coyuntura política, económica y social que de criterios teóricos firmemente asentados.

Después de todo lo dicho parece lógico que Ana Oliveira dedique todo un capítulo a investigar en qué puede consistir ese Derecho de intervención que propone Hassemer como alternativa al moderno Derecho penal. Para ello analiza algunas leyes brasileñas que pueden considerarse como expresiones de un Derecho de intervención entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, como la Ley de improvidad administrativa, a la que dedica varias páginas, y otras leyes especiales, como la ley de lavado de dinero, que junto a disposiciones penales contiene una pléyade de disposiciones y sanciones administrativas. En general observa en ellas una descoordinación y una desproporcionalidad entre sus previsiones en abstracto. Un comentario independiente merece para la autora el “Caso Siemens”, en el que la conocida empresa alemana se vio involucrada, cuando varios de sus representantes en Brasil fueron acusados de haber cometido a gran escala actos de corrupción. El caso se solucionó con penas de inhabilitación para algunos de sus dirigentes, multas de diversa cuantía y compensaciones indemnizatorias y acuerdos con las autoridades brasileñas, sin que en ningún caso se llegaran a aplicar las penas privativas de libertad previstas para estos delitos. No estoy, sin embargo, muy seguro de que ese caso y su solución aparentemente “penal” pueda ser, como cree Ana Oliveira, un buen ejemplo de Derecho de intervención.

Ciertamente en el ámbito de la corrupción, las medidas preventivas de carácter político y administrativo, a través de un mejor control de la actividad pública y de leyes de transparencia, pueden ser el mejor remedio contra su práctica masiva, pero cuando se demuestre en el caso concreto la realización de un grave caso de corrupción, que generalmente va unido a otros delitos de carácter fiscal o de blanqueo de capitales, la sanción penal, inclusive la pena privativa de libertad, me parece inevitable. Lo mismo debe decirse con determinados casos de criminalidad económica, que generalmente son delitos dolosos fraudulentos, que van más allá del simple negocio de riesgo, y que provocan graves perjuicios a la economía en su conjunto y a los intereses económicos individuales (fraudes bancarios, administración fraudulenta, etc.).

Con ello llegamos a lo que quizás pueda ser uno de los datos más característicos del Derecho de intervención que propone Hassemer; la renuncia a la pena privativa de libertad. Es evidente que esta propuesta puede ser considerada como una forma de favorecimiento de las clases pudientes normalmente envueltas en este tipo de casos, y en este sentido se le ha criticado muchas veces. Pero ello no es más que la consecuencia del planteamiento asumido desde un principio de que lo que no puede ser verificado con los instrumentos y principios del Derecho penal y del proceso penal de un Estado de Derecho no puede tampoco dar lugar a imponer sanciones tan graves como la privación de libertad. Por otra parte, como señala la autora, tampoco debe olvidarse que muchas sanciones administrativas, aunque no impliquen privación de libertad, son tan graves o más que las penas propiamente dichas, por lo que en su aplicación deben observarse también las garantías propias del Estado de Derecho, proponiendo, en todo caso, que las mismas sean reguladas unitariamente y de forma sistemática y proporcionada formando un Derecho de intervención, que, a mi juicio, es mucho más lógico y coherente que la propuesta que hacen otros autores que consideran que estas sanciones deben mantenerse en el ámbito penal, aunque prescindiendo de la pena privativa de libertad.

La monografía de Ana Carlos de Oliveira es además de una magnífica monografía, que fue su tesis de Maestría en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y vencedora del 17º Concurso de Monografías de Ciencias Criminales por el Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) el año 2013, una buena exposición de uno de los planteamientos más originales e innovadores que se han hecho en la Ciencia penal de los últimos años, y un homenaje a la memoria de Win-

fried Hassemer, cuya reciente muerte, no hace más que agrandar la importancia de su figura como intelectual y teórico del Derecho, además de como penalista, Juez constitucional y excelente persona.

Permítaseme para terminar este comentario bibliográfico contar una breve anécdota personal en relación con Hassemer y que tiene que ver directamente con esta monografía. A principios de octubre del 2013 visité a Winfried Hassemer en su casa de Frankfurt am Main. A pesar del evidente avance de su enfermedad, me recibió como siempre amablemente y durante la larga conversación que mantuvimos, le mostré esta monografía, que su autora me había dado cuando nos conocimos en el Congreso del Instituto Brasileño de Ciencias Criminales celebrado a finales de agosto en Sao Paulo. Naturalmente, se mostró muy contento e interesado, y aunque me imaginaba que la autora le haría llegar un ejemplar, le di el que ella me había regalado y dedicado. Poco tiempo después, supe que la enfermedad que padecía había llegado ya a su estadio final, muriendo finalmente el 9 de enero del 2014. Entonces me pareció que el mejor Homenaje que por mi parte podía hacer a su memoria era, además de las notas necrológicas que he escrito para esta y otras revistas, comentar esta obra que estoy seguro le habría gustado leer con detenimiento y discutir con su autora. Pero aunque eso ya no sea posible, nos quedará siempre, para los que lo conocimos personalmente y tuvimos la suerte de recibir directamente su apoyo y sus enseñanzas, el recuerdo de su persona; y para la Ciencia del Derecho, y no sólo del Derecho penal, las grandes aportaciones que hizo para convertirla en una Ciencia más humana y más justa que la que actualmente tenemos.

**Francisco Muñoz Conde**

## **2. LOBO DA COSTA, Helena Regina, *Proteção penal ambiental, Viabilidade-Efectividade, Tutela por outros ramos do direito*, Sao Paulo, 2010, 280 páginas**

La expansión del Derecho penal a ámbitos en los que antes ni siquiera se imaginaba que pudieran ser objeto de una intervención penal se refleja claramente en el ámbito del medioambiente, en el que su protección jurídica no se considera sólo un problema administrativo, que todo lo más merece la sanción administrativa cuando se incumplan las disposiciones de ese rango que lo regulan, sino un problema que requiere la intervención del Derecho penal cuando la infracción administrativa causa o puede causar un grave daño a alguno de los sectores, flora, fauna, aguas, aires, suelo y subsuelo, que integran el por lo demás bastante vago

concepto de medio ambiente. En Brasil este tema tiene especial importancia, ya que en su vasto territorio se combinan todos los elementos medioambientales con peculiaridades que no se dan en otros países, como son la multitud variopinta de especies vegetales y animales en la Selva amazónica o en el propio río Amazonas, la riqueza mineral de su subsuelo, las impresionantes playas de su extenso litoral, en el que existen además grandes reservas de petróleo, las extensas praderas de sus casi desiertas pampas en los territorios del Sur, las cataratas y el parque natural de Iguazú, etc.; todo ello al mismo tiempo amenazado por la deforestación y la explotación salvaje de sus recursos, el tráfico ilegal de especies protegidas, la polución de sus playas y de sus grandes núcleos urbanos, en los que conviven edificios modernos y suntuosos con las famosas “favelas” en las que malviven grandes núcleos de población en deficientes condiciones urbanas e higiénicas. No es extraño, por tanto, que en los últimos tiempos la protección del medio ambiente se haya convertido en una de las preocupaciones principales de su clase dirigente, que ya desde finales del siglo XX creó una Ley de Crímenes medioambientales (Ley 9.605/98), en el que entre otras novedades se incluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas y una serie de disposiciones penales, entre las que abundan los delitos de peligro, sobre todo de peligro abstracto con frecuentes referencias a normas de carácter administrativo, imponiendo graves sanciones penales y administrativas para los que las infringen..

Helena Lobo, discípula de Winfried Hassemer, se enfrenta directamente con este problema y, siguiendo el planteamiento crítico de su maestro, analiza las posibilidades y límites que tiene el Derecho penal a la hora de proteger el medio ambiente. En primer lugar, se ocupa del concepto de medio ambiente y de su delimitación como bien jurídico autónomo, al mismo tiempo comprensivo de todos los factores que tradicionalmente se incluyen en él (agua, suelo, subsuelo, aire, flora, fauna). Esta misma amplitud del concepto de medio ambiente ha sido la causa de que muchos autores consideren que es imposible reconducirlo a un bien jurídico unitario, o incluso que debe renunciarse al concepto mismo de bien jurídico, sustituyéndolo por el de confirmación de las normas, cualquiera que sea el contenido de las mismas. Helena Lobo critica esta tesis y mantiene que el medio ambiente debe ser considerado como un bien jurídico, pero no como un bien jurídico autónomo, sino como un elemento esencial para el desarrollo de la persona. Frente a una concepción ecocéntrica mantiene, por tanto, una antropocéntrica, porque, como bien dice,

“ningún bien jurídico puede prescindir de la relación con el ser humano”. De ello saca algunas consecuencias para la interpretación crítica del algunos preceptos de la Ley brasileña de crímenes medioambientales, como las que criminalizan como vender una motosierra sin autorización, o castigan como atentado al medio ambiente el deterioro de elementos decorativos de lugares públicos, o con la misma pena el maltrato de animales que las lesiones corporales a una persona.

Muy interesantes son las páginas que dedica Helena Lobo a lo que ella llama “difícil legitimación de los delitos de peligro abstracto”, una de las técnicas legislativas más empleadas en la tipificación de los delitos medioambientales. Tras una exposición bastante completa del estado doctrinal de la cuestión, en la que refleja también la confusión conceptual reinante en esta materia, la autora llega a la conclusión de que este tipo de delitos carecen de límites materiales sólidos y que, por eso, deben ser aceptados con muchas precauciones. También critica la continua remisión en los tipos penales a las normas administrativas de rango inferior a las penales y el peligro que ello conlleva para el principio de legalidad y de reserva de ley. Lo que algún sector de la doctrina penal califica como “accesoriedad administrativa”, abarca, para Helena Lobo, no sólo las situaciones de dependencia, sino también aquellas de mera complementación conceptual o normativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo: Esto, dice además de plantear graves problemas de legitimidad del Derecho penal medioambiental, dificulta también su funcionalidad.

Por lo que se refiere a la causalidad y la imputación de los crímenes medioambientales. Una teoría de la causalidad como la de la equivalencia de las condiciones es obviamente sólo un punto de partida y apenas soluciona el problema jurídico de a cuál de los muchos factores causantes de un daño medio ambiental puede atribuirse el daño causado; es decir, el problema de la imputación. Para demostrarlo Helena Lobo pone el ejemplo de la causalidad doble alternativa, cuando el daño se produce por los vertidos conjuntos de dos empresas industriales, pero ninguna de las dos por si sola hubiera provocado con sus vertidos el daño. Lo mismo sucede cuando se la polución es causa de vertidos sucesivos, o el resultado del efecto sinérgico de potenciadores químicos de factores, o de la acumulación de diversas acciones realizadas por diferentes personas o empresas que por si solas con sus vertidos no hubieran producido el daño. En todos estos casos, la teoría de la equivalencia de las condiciones no tiene reparo en considerar causa del daño a todos los factores que intervienen en su producción, pero ello evidentemente

no es suficiente para su imputación jurídica. La introducción de elementos subjetivos, como el de la previsibilidad, o normativos, como el de la adecuación social, incremento del riesgo, etc., se acrecientan con las dificultades probatorias que determinan la absolución cuando por aplicación del principio *in dubio pro reo* no puede demostrarse que la conducta del acusado haya sido la causa del daño medioambiental, o cuando se trata de individualizar la responsabilidad en el seno de una organización empresarial, en la que la distribución de funciones y la separación entre órganos directivos y ejecutivos dificulta la identificación del sujeto o sujetos personalmente responsables, y determinar en qué fase se dio la conducta incorrecta, si en la fase planificadora o en la ejecutiva. La responsabilidad penal de la propia empresa como persona jurídica, que la Ley brasileña permite, no es, dice Helena Lobo, tampoco una buena solución, tropieza con muchos obstáculos de todo tipo y no debe excluir, por supuesto, la responsabilidad penal de las personas físicas que la integran.

Tras haber puesto de relieve todos los problemas teóricos y prácticos que plantea el Derecho penal medioambiental, se pregunta la autora, si éste no es más que un Derecho penal simbólico, caracterizado por su ineffectividad instrumental, su incapacidad estructural de producir resultados instrumentales manifiestos, su utilización política para calmar la opinión pública y darle el mensaje de que con el Derecho penal se pueden solucionar los problemas. Frente a estas objeciones, también hay quienes consideran que este carácter simbólico es beneficioso porque refleja el valor que el medio ambiente tiene para los creadores del Derecho, o porque tiene un efecto pedagógico en la creación de la conciencia moral de la población. Sin embargo, la autora rebate estos argumentos y de la mano de ejemplos extraídos de la legislación medioambiental brasileña y de algunos casos habidos en ese país (como por ejemplo la llamada “Operación Curupira”: explotación ilegal de madera amazónica en el Mato Grosso que finalmente se reanudó a pesar de una primera enérgica intervención policial), llega a la conclusión de que en la protección del medio ambiente el Derecho penal tiene tanto problemas de legitimidad, como de funcionalidad.

Sin duda esta conclusión puede parecer un tanto exagerada, por más que la realidad pueda dar la razón a la autora de esta monografía, sobre todo en lo que se refiere a la legislación vigente en su país, que a pesar de sus pretensiones no está teniendo la eficacia que se esperaba en la erradicación de los graves problemas de contaminación medioambiental que le aqueja. Pero es evidente que en los últimos años en buena parte de los

países más sensibilizados con la protección del medio ambiente, se utiliza cada vez más el Derecho penal como una forma de protección del mismo. El problema sigue siendo que la mayoría de las veces se trata de casos puntuales que aparecen como la punta de un “iceberg”, en el que lo que no se ve (es decir, lo que no se persigue penalmente) es realmente lo que importa. De ahí que en la última parte de su monografía, Helena Lobo dedique especial atención a las posibilidades de protección del medio ambiente por otras ramas del derecho, especialmente el derecho civil y el administrativo. No es éste el momento de exponer siquiera brevemente las interesantes aportaciones que en esta parte de su obra hace la autora, pero no está de más señalar que la crítica, bastante demoledora, que hace al Derecho penal como medio de protección del medio ambiente, es compensada en esta parte con una excelente exposición de las posibilidades que ofrecen el Derecho civil, con las indemnizaciones del daño medioambiental por la vía de la responsabilidad extracontractual, y sobre el Derecho administrativo, para el que, siguiendo la idea del Derecho de intervención de Hassemer, propone una reestructuración de su sistema sancionatorio, tanto en su vertiente material como procesal, que formalizado y aplicado por órganos independientes, con posibilidad de recurso judicial, puede ofrecer resultados más satisfactorios para la protección del medio ambiente.

Las reflexiones de Helena Lobo se refieren sobre todo a la legislación brasileña en esta materia, pero pueden trasladarse con todas las reservas que sean necesarias al Derecho penal medioambiental de otros países, incluida España, donde los casos más graves de daño medioambiental como la rotura de la presa de Aznalcollar o el naufragio del petrolero “Prestige”, tras muchos años de trámites interminables por los Juzgados penales competentes, han terminado con la absolución de los acusados en el proceso penal por el caso “Prestige”, o, como en el caso “Aznalcollar”, ni siquiera se haya llegado a la vista oral. La monografía de Helena Lobo es no sólo una magnífica exposición de las posibilidades y límites de la protección penal ambiental, sino que además va acompañada de un análisis exhaustivo de la casi inabarcable bibliografía existente en esta materia, tanto en portugués, como en español, alemán e italiano, que la autora expone con gran claridad y en un elegante portugués que hace su lectura especialmente fácil, amena y atractiva. Se trata sin duda de una magnífica monografía de una de las penalistas más destacada de la joven generación de penalistas brasileños.

**Francisco Muñoz Conde**

### 3. Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica. Juan-Luis Gómez Colomer. Tirant lo Blanch, 2013

El Prof. Dr. Juan-Luis Gómez Colomer, catedrático de Derecho Procesal español experto en Derecho Procesal comparado, extranjero e internacional, ha dirigido y coordinado una obra científica que constituye una absoluta novedad en nuestro país, *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica*, editorial Tirant lo Blanch, Tratados, Valencia, 2013. Este manual, donde se analizan todas las instituciones esenciales que forman parte del sistema adversarial de enjuiciamiento criminal, viene a ser el complemento idóneo de la traducción realizada por el mismo coordinador y equipo investigador de la monografía de Israel, Kamisar, Lafave y King, *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, publicada igualmente por la misma editorial en 2012. El libro cuya reseña estoy haciendo, de tan reciente publicación, proporciona una amplia introducción al proceso penal norteamericano desde la perspectiva de un equipo de investigadores españoles, que han considerado para su elaboración las fuentes jurisprudenciales, legislativas y doctrinales más importantes de este sistema. Precedido de un Prólogo del Prof. Dr. Montero Aroca, maestro del Prof. Dr. Gómez Colomer, consta de 15 capítulos que recogen las instituciones jurídicas que conforman el proceso penal federal de los Estados Unidos de América, configurándose como una obra de referencia indispensable.

Con el objeto de facilitar el trabajo del lector, se han incorporado al final de este estudio cuatro Anexos que pueden ser de gran interés. Dos dedicados a la traducción de los dos textos básicos como punto de partida: La histórica Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de 1776; y la Constitución de los Estados Unidos de América, de 1787. En el Anexo III se recoge abundante bibliografía para comprobaciones, constataciones y ampliaciones que se deseen efectuar. Finalmente, el Anexo IV contiene un “Diccionario Jurídico Procesal Penal” (inglés-español), de gran utilidad sin duda para los principiantes, que incluye todas las voces de interés contempladas en el Derecho Procesal Penal norteamericano. Esta *Introducción* explica con rigor y exhaustividad el proceso penal norteamericano y sus bases constitucionales, partiendo del estudio de los casos más importantes que han determinado los tribunales, principalmente el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, aportando los extractos más significativos de dichas sentencias. Es

preciso matizar que el análisis se ha centrado en la organización judicial federal norteamericana y en el proceso penal federal que tiene lugar ante sus jueces, los jueces federales, sin perder de vista que toda la atención se dirige a la reflexión sobre el Derecho Procesal constitucionalizado.

Intentar resumir las características principales de un sistema de enjuiciamiento criminal extranjero como el proceso penal federal de los Estados Unidos no es una tarea fácil, sin embargo y acertadamente, en este libro se ofrece al principio una magnífica aproximación a su historia y antecedentes, a sus instituciones políticas y a la evolución económica del que se considera el país más influyente a nivel mundial. A continuación se dedica, de forma excelente, a explicar en qué consiste el denominado sistema “adversarial” o de partes, de origen inglés integrado en el *English Common Law* con indicación de su significado y características principales. Es preciso tener en cuenta que el concepto articulador nuclear del sistema adversarial es el proceso legalmente debido (“*Due Process of Law*”) porque para que este sistema sea efectivo, requiere de una fuerza motriz específica, ya que de lo contrario no funciona. Ahora bien, la explicación sobre el proceso debido es insuficiente si no tenemos en consideración la equidad o “*Fairness*” que consiste en la necesidad de proceder y juzgar de manera justa y de que el juzgador sea imparcial, desdoblándose su complejo contenido en dos grandes aspectos: el derecho de las partes a un juicio justo (*Fair Trial*); y el derecho a un tribunal neutral, lo que implica como característica sustancial la imparcialidad del juez.

La visión general de la organización judicial aparece como componente ineludible en este contexto. En cuanto a república compuesta por estados federados, la Federación comparte con éstos el poder en sus tres modalidades, legislativo, ejecutivo y judicial, reconociéndose la soberanía de los estados federados. Así todos ellos tienen una Constitución, su propio Poder Legislativo, en manos de los diferentes *Parlaments*, un Poder Ejecutivo, detentado por un Gobernador y un Poder Judicial, que generalmente culmina en un Tribunal Supremo. Una vez tratado el Poder Judicial como organización, se analizan los sujetos y las partes procesales, destacando el papel que desempeñan los jueces profesionales y los jueces legos (no olvidemos que la institución del jurado es la manera más importante prevista para que los ciudadanos intervengan en la actividad jurisdiccional federal). Asimismo se mencionan aquellos aspectos más relevantes que afectan a la Fiscalía, la Policía, el abogado defensor (la defensa técnica

adquiere un especial protagonismo que también queda reflejado en este manual) y la víctima.

Por último, no podía finalizar un manual de estas características sin ofrecer una panorámica general del procedimiento, los actos acusatorios más relevantes, la prueba, una especial referencia a los actos de injerencia en los derechos fundamentales, y resaltando las peculiaridades propias de la sentencia, así como la determinación de la pena, sin olvidar la apelación y remedios colaterales. Efectivamente, como nos dice Montero Aroca en el prólogo, que advierte de la necesidad del estudio del Derecho Comparado para evitar caer en los errores de la legislación extranjera, la fascinación de los legisladores europeos por el sistema adversarial norteamericano no es casual, ya que en parte se debe sin duda al desconocimiento, pero al mismo tiempo es innegable que todas las reformas de los países verdaderamente democráticos, como Alemania o Italia, han tomado como modelo de referencia el proceso penal federal de los Estados Unidos, que ha influido directamente en los nuevos códigos. Situación que se puede equiparar a lo acontecido en numerosos países de América Latina. Se trata de un manual, resultado de una auténtica investigación científica durante muchos años, pero no un manual al uso, no dirigido exclusivamente a los estudiantes, sino que también a los prácticos, especialmente abogados, ya que en él encontrarán los fundamentos y explicaciones necesarias para entender las nuevas tendencias reformadoras del ordenamiento procesal penal español, plasmadas en el documento prelegislativo llamado Código Procesal Penal (2013), elaborado por un comité de expertos nombrado por el Ministerio de Justicia, que se decanta por el modelo anglosajón, abandonando definitivamente el sistema acusatorio mixto francés implantado en España en 1882 con la todavía hoy vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, en un intento de superación del secular sistema inquisitivo. Así se pone de manifiesto en las “Conclusiones” de este estudio que llevan por rúbrica “Enseñanzas para una futura reforma española”, que el único sistema posible es el sistema acusatorio, siendo el *Due Process of Law* nuestro derecho constitucional al proceso con todas

las garantías y la *Fairness*, el derecho al proceso justo entre iguales ante un Tribunal imparcial. Ciertamente se indican, con una brillante exposición, las grandes diferencias estructurales y la repercusión que puede tener en España la implantación de un sistema similar. Por una parte, se pone de manifiesto la importancia de abordar el papel que orgánica y funcionalmente ha de corresponder al Ministerio Público en el nuevo o reformado proceso penal, sin olvidar la espinosa cuestión de encomendarle la dirección de la investigación penal en un difícil equilibrio con la instrucción judicial. Por otra, se alude a la extensión y posibilidades del principio de oportunidad, entendido en la faceta de negociación entre defensa y acusación sobre la culpabilidad y, en su caso, pena a imponer, la cuestión práctica probablemente de mayor trascendencia actualmente en el proceso, teniendo en cuenta que, como recuerda el prologuista Montero Aroca, en EEUU el 90 por 100 de las causas penales se resuelven por acuerdos entre el fiscal y el abogado del acusado y sólo el 10 por 100 mediante el proceso. Finalmente se formulan varias propuestas para España en consideración a los aspectos positivos y negativos que el riguroso análisis efectuado del sistema adversarial norteamericano ha permitido dilucidar, no siempre bien comprendido en nuestro país.

En definitiva, una obra imprescindible sin la que no es posible comprender la pretendida reforma del nuevo proceso penal español. Nuestra felicitación y agradecimiento más sinceros al Prof. Gómez Colomer y a su equipo por habernos ayudado, con la inteligencia y sabiduría de los verdaderos maestros, en esta necesaria tarea, como es el estudio de una faceta del Derecho Procesal Penal tan importante para la protección y defensa de los derechos y libertades públicas de los ciudadanos, en la búsqueda de mecanismos jurídicos que la hagan efectiva y no queden en pura retórica legal.

*Madrid, 6 de diciembre de 2013,  
día de la Constitución*

**Manuel Jesús Dolz Lago**

*Doctor en Derecho y Fiscal del Tribunal Supremo*