

IN SPRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2014

33

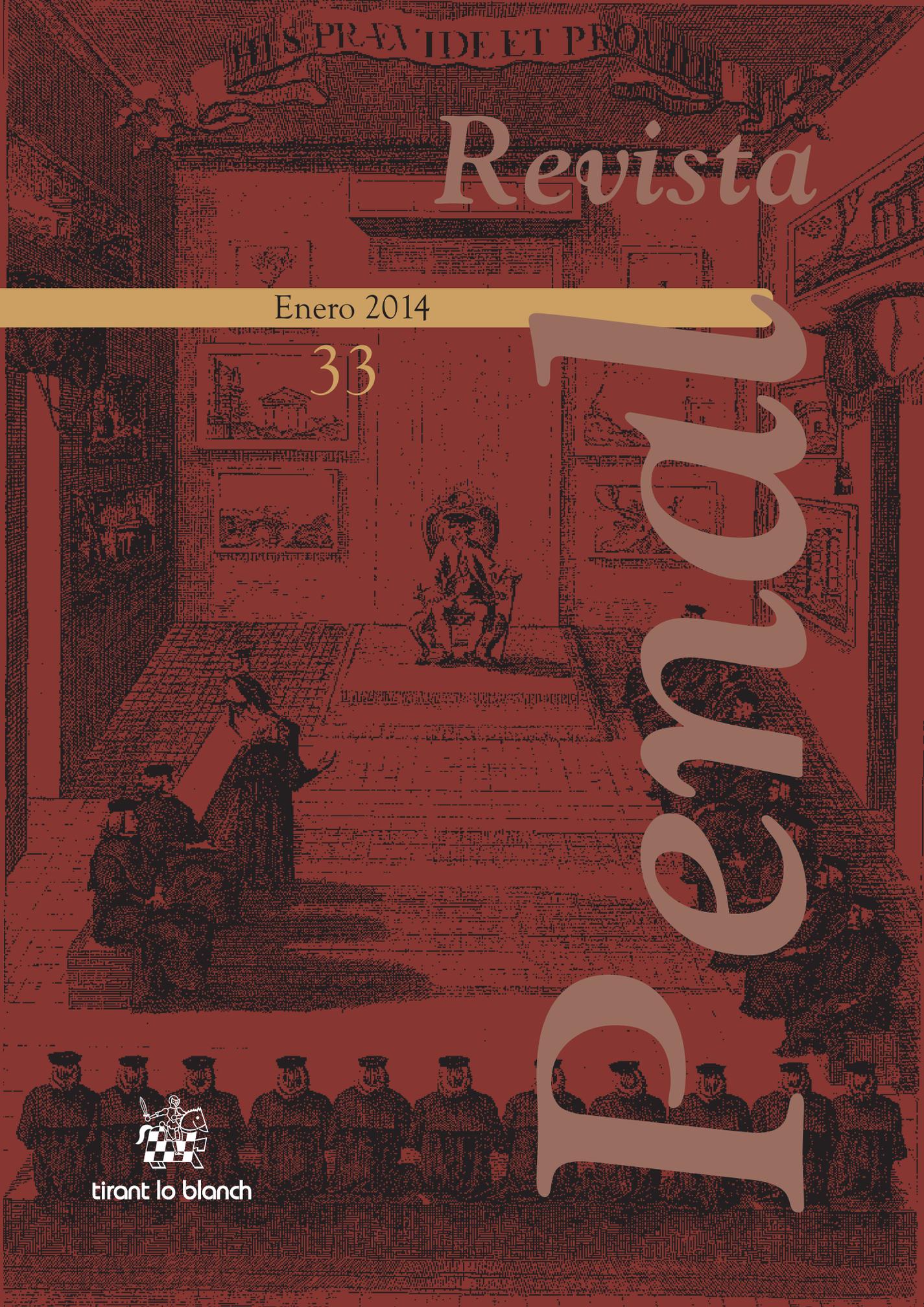
Revista Penal

Enero 2014

Penal



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 33

Sumario

Doctrina:

– La agravante de reincidencia en el Código penal español. Consideraciones de política criminal, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Norberto J. de la Mata Barranco</i>	32
– Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de los OGM, por <i>Donato Castronuovo</i>	66
– Recurso de apelación penal y debido proceso, por <i>María Luisa Escalada López</i>	80
– El bien jurídico protegido en los delitos tributarios, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– Sobre la accesoriadad de la participación en los casos de tendencia interna trascendente, por <i>Andreas Hoyer</i>	108
– Dogmática jurídico-penal y Política criminal: Una relación conflictiva, pero necesaria, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	117
– La situación actual de la justicia penal en Italia, por <i>Enzo Musco</i>	130
– Retos político-criminales ante la delincuencia transnacional financiera, por <i>Ana Isabel Pérez Cepeda</i>	137
– Neoliberalismo y política criminal contemporánea, por <i>Fábio da Silva Bozza</i>	159
– La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor, por <i>Margarita Roig Torres</i>	170
– Algunos planteamientos y reflexiones prácticas en relación al efecto directo de las Directivas Comunitarias en Medio Ambiente y la posibilidad de aplicar las mismas con el objeto de completar normas penales en blanco, por <i>Antonio Vercher Noguera</i>	208
Especial: Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el Derecho penal fascista, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	218
Sistemas penales comparados: Derecho penal médico (Criminal Law & Medicine).....	230
Bibliografía Notas bibliográficas por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	281
In Memoriam	
– Joachim Vogel in Memoriam, por <i>Adán Nieto Martín y Luigi Foffani</i>	289
– Ruperto Núñez Barbero in Memoriam, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	291
Crónica: Informe sobre el Congreso de Ciencias Criminales realizado el 5 de julio de 2013 en la ciudad de Göttingen (Alemania) “Imputación de comportamientos macrocriminales - aspectos empíricos y teóricos desde una perspectiva comparada”, por <i>Stefanie Bock</i>	293
Informe final del Grupo de Trabajo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	297



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
jcferreolive@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
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P.Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Luis González Cussac-Univ. Valencia	John Vervaele. Univ. Utrecht
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	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

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morón (República Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Luca Ramponi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
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: 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.

Bibliografía



Notas bibliográficas

1. VORMBAUM, Thomas, *A Modern History of German Criminal Law*, Michael Bohlander (editor), traducción de Margaret Hiley, editorial Springer, 2013, 304 páginas

Finalmente, y como era previsible, la segunda edición alemana de la Introducción a la Historia del derecho contemporáneo (*Einführung in die Juristische Zeitgeschichte*) del catedrático de Derecho penal de la FernUniversität, de Hagen, República Federal de Alemania, ha sido traducido al inglés. Actualmente están en vías de publicación la versión italiana y la española. De la 1ª y 2ª edición alemana de esta obra nos hemos ocupado ya en sendas reseñas aparecidas en *Revista Penal*, por lo que damos por conocido su contenido, limitándonos en esta nota a dar cuenta de la importancia que tiene esta traducción al idioma inglés.

¿A qué se debe tan fulgurante éxito y que una obra cuya versión original alemana apenas lleva en el mercado cinco años, haya alcanzado ya dos ediciones en Alemania y haya sido traducida a tres idiomas, incluso al inglés, en cuyo ámbito generalmente hay escaso interés por los libros jurídicos alemanes?

En primer lugar sin duda a la misma calidad de la obra traducida, una de las más completas y actualizadas sobre la Historia contemporánea del Derecho pena alemán. En este ámbito, la autoridad científica del Profesor Vormbaum es de sobra conocida y su ingente labor en la investigación histórica jurídica no sólo se refleja en esta obra, sino en otras muchas de las que ha sido autor, y en su calidad de editor y director de las revistas más prestigiosas sobre Historia contemporánea del Derecho, como son el *Jahrbuch* y el *Journal der Juristischen Zeitsgeschichte*, así como de otras muchas publicaciones sobre la materia no sólo en Alemania, sino en España, y especialmente en Italia, muchas de ellas traducidas por Vormbaum gran conocedor no sólo solo del idioma italiano, sino también de su literatura más clásica (ha

traducido, por ejemplo, al alemán y en su versión original poética la “*Divina Comedia*”, de Dante).

Pero al éxito de la obra ha contribuido también el propio interés de la Historia jurídica, y especialmente del Derecho penal, en Alemania desde el siglo XVIII hasta nuestros días, especialmente durante el período convulso de la República de Weimar, el Nacionalsocialismo, la Guerra Fría, la separación en dos Estados alemanes. Sin temor a exagerar se puede decir perfectamente que la Historia de Alemania en el siglo XX es una parte importante de la Historia Universal y que en la misma se reflejan todas las tensiones, guerras y conflictos habidos a nivel mundial durante todo el siglo XX. Es evidente que la investigación histórica del Derecho y el Derecho penal tiene que ir más allá de la elaboración dogmática y sistemática y de las polémicas doctrinales habidas sobre todo durante el siglo XX en este ámbito. A cualquiera que esté interesado en la Historia del siglo XX no puede dejar de extrañarle que una materia tan vinculada a la realidad política, económica y social como es el Derecho penal, sólo se exponga en la mayoría de los Tratado alemanes desde el punto de vista las discusiones dogmáticas habidas sobre el contenido material de las distintas categorías de la teoría del delito, perfectamente elaborada ya a principios del siglo XX por Ernst Beling, y que tras la Segunda Guerra Mundial, tras la derrota del Nacionalsocialismo, la destrucción de Alemania y su división en dos Estados radicalmente enfrentados por ideologías diferentes, la discusión principal en el ámbito de la teoría del Derecho penal fuera el concepto ontológico de acción y la posición sistemática del dolo en el sistema de la teoría del delito. No cabe duda de que la elaboración llamada dogmática del Derecho penal es una de las aportaciones más importantes dedicadas su estudio técnico jurídico, sobre todo en lo que se refiere a la construcción de un sistema de la Teoría del Delito, que excede de los límites geográficos de la propia Alemania, como de-

muestra su extraordinaria difusión en los países latinos y con menor fuerza en otros más alejados de la cultura jurídica occidental como Japón, Corea del sur y más recientemente China. Sin embargo, en otros muchos países europeos (por ejemplo, en la vecina Francia) esa elaboración dogmática del Derecho penal apenas ha tenido éxito y ni siquiera es conocida por la mayoría de los penalistas de esos países. Pero sobre todo donde menos éxito ha tenido la dogmática penal alemana ha sido en los países regidos por el sistema del Common Law, principalmente en Inglaterra y USA, traducido. Sólo recientemente el Tratado de Derecho penal internacional del profesor de la Universidad Humboldt de Berlín, Gerhard Werle, ha tenido un gran éxito internacional, hasta el punto de haber sido traducido ya a varios idiomas, además del al inglés y al español, al italiano, al ruso y al chino; pero ello se debe no sólo a la importancia internacional del tema y a la propia calidad de la obra, sino también a que Werle utiliza una sistemática más próxima al sistema del Common Law que a la de la dogmática alemana.

En todo caso, la traducción al inglés de un Tratado sobre la Historia moderna del Derecho penal alemán, puede dar a conocer la Dogmática penal alemana también en los países de habla inglesa regidos por el sistema del Common Law. Y por la propia expansión del idioma inglés también en otros muchos países en los que sus juristas y penalistas no conocen directamente el idioma alemán o la elaboración dogmática realizada por los penalistas alemanes. Ya sólo por esto debe recibirse con alegría esta traducción inglesa que sin duda contribuirá al conocimiento de la Historia moderna del Derecho penal alemán y de la elaboración teórica del mismo. Pero uno de los méritos principales del libro de Vormbaum es destacar que el Derecho penal de cualquier país es algo más que su elaboración dogmática. La creación, evolución y transformación del Derecho penal desde la época de la Ilustración hasta nuestros días, pasando por la Codificación decimonónica, las convulsiones políticas y sociales del siglo XX, ha estado condicionada por multitud de factores que han condicionado también la elaboración teórica y dogmática del mismo. Y el conocimiento de esos factores es, si se me apura, casi más importante que el conocimiento de la evolución dogmática o incluso permite comprender mejor muchas las polémicas y construcciones dogmáticas habidas durante todo el siglo XX. Conceptos básicos de la dogmática penal como el de bien jurídico, culpabilidad, antijuricidad material, no exigibilidad, error de prohibición, autoría, etc., han surgido y han ido cambiando a partir de determinadas sucesos políticos

o concepciones ideológicas dominantes en cada época. La superación del Absolutismo y de la concepción divina del Poder y del Derecho, la consagración del principio de legalidad y la declaración de los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa, etc., le dio al Derecho penal una base democrática y humanista que, aun con muchos saltos atrás, aún perdura y constituye la base del Derecho penal de un Estado de Derecho. Al mismo tiempo, la Codificación penal instaurada a partir de Napoleón en Francia y la mayoría de los países europeos, situó la fuente del Derecho penal en un poder central estatal, lo que le dio una mayor seguridad y la posibilidad de una interpretación judicial y teórica del mismo mucho más permanente y duradera. Las discusiones en torno a los fines de la pena, retribución versus prevención, prevención general versus prevención especial, y los postulados de la naciente Criminología junto con los avances de las Ciencias empíricas en la segunda mitad del siglo XIX repercutieron igualmente en la construcción de los conceptos y teorías jurídicas, dotándolas de un contenido vinculado a la realidad social que se pretendía regular. Y desde luego de lo que no cabe duda es que las Guerras Mundiales habidas en el siglo XX y las convulsiones y consecuencias políticas que las mismas tuvieron repercutieron igualmente en la legislación, la jurisprudencia y la elaboración teórica y dogmática del Derecho penal. En el libro de Vormbaum se dedica, por ejemplo, una buena parte del mismo a la exposición del Derecho penal nacionalsozialista, un tema sobre el que la mayoría de los Tratados alemanes del Derecho penal pasan sobre ascuas; y en los capítulos correspondientes a esta época se ocupa también de las construcciones teóricas que hicieron importantes penalistas en aquel momento para darle una legitimación y crear conceptos, como el derecho penal de autor, la culpa por la conducción de vida, la ceguera jurídica, la pena como instrumentos de eliminación de los elementos dañinos al pueblo y a la raza, etc., para explicar las leyes penales más aberrantes de aquella época. También se exponen en el libro de Vormbaum de forma magistral y clara la forma en que se elaboró el paso de la Dictadura nazi al nuevo régimen democrático en la República Federal de Alemania, en una posguerra, en la que muchos de los penalistas que colaboraron estrechamente con el nazismo siguieron ocupando sus puestos académicos sin el menor sentimiento de culpa ni reconocimiento de su vergonzoso pasado, y sin que nadie les exigiera responsabilidades por ello. Igualmente interesante es la exposición que hace del Derecho penal en la República Democrática Alemana y de la forma en que se elaboró ya a finales del siglo XX

desde el punto de vista del Derecho penal la reunificación alemana a raíz de la Caída del Muro de Berlín y la exigencia de responsabilidades penales a algunos de sus principales dirigentes por los abusos y violaciones derechos humanos cometidos por aquel régimen.

La traducción inglesa de Margaret Hiley es impecable, y puede ser el inicio de un mejor entendimiento lingüístico entre la terminología jurídica alemana y la inglesa también en el ámbito del Derecho penal, lo que repercutirá favorablemente en un mejor conocimiento de la legislación, la jurisprudencia y la construcción teórica, también dogmática, del Derecho penal alemán a nivel mundial. La buena edición dirigida por el penalista alemán Michael Bohlander, Profesor de la Universidad de Durham, contribuirá sin duda también al éxito de esta obra en el ámbito de los países de habla inglesa.

Para los que conocemos la ingente obra del Profesor Vormbaum, nos hemos beneficiado de sus investigaciones sobre Historia del Derecho penal moderno, no sólo en Alemania sino en otros países como especialmente Italia, de cuyos penalistas ha traducido importantes obras, y en menor medida España, a la que también ha dedicado atención haciendo que las obras de algunos autores sean traducidas al alemán, editando en alemán una obra sobre la transición de la dictadura a la democracia, no podemos por menos que mostrar nuestra satisfacción por esta traducción y felicitarlo por la misma.

2. BUSATO, Paulo César, *Direito penal, Parte Geral*, editorial Atlas, Sao Paulo, 2013, 1042 páginas

Desde hace ya algunos años se está produciendo en Brasil un potente resurgir del estudio teórico y dogmático del Derecho penal. La vía emprendida hace años por otros penalistas, como el profesor y miembro del Ministerio público, Juárez Tavares cuando tradujo al portugués una de las primeras ediciones del manual de Wessels e introdujo en Brasil las más recientes construcciones de la dogmática penal alemana, aparte de sus trabajos sobre el delito culposo y más recientemente sobre bien jurídico, la antijuricidad y la omisión, y sus largas estancias en el Max Planck Institut de Freiburg y en la Universidad de Frankfurt, ha sido seguida por un gran número de otros más jóvenes penalistas brasileños que han realizado sus estudios de Maestría y Doctorado principalmente en Alemania, Portugal y España. El resultado de este interés por profundizar en el estudio teórico y dogmático del Derecho penal ha sido, además del éxito académico obtenido en las Maestrías y Doctorados que han cursado, un buen número

de publicaciones, artículos, monografías y obras generales que reflejan un excelente nivel científico e intelectual y una gran madurez en la elaboración del Derecho penal brasileño. La lista de los penalistas de esta joven generación es muy amplia y es prácticamente imposible ofrecer una relación exhaustiva de los mismos, en la que de todos modos siempre existiría el riesgo de omitir algún nombre. No obstante, todos conocen la excelente labor que están desempeñando en Alemania, en la Universidad de Munich, primero junto a Claus Roxin y luego con su discípulo Bernd Schünemann, de Luis Greco, o Antonio Martins, discípulo de Ulfried Neumann y actualmente asistente científico en la Universidad de Frankfurt am Main. Otros han regresado a su país después de una fructífera estancia en Universidades europeas, como Fabio D'Avila, de Porto Alegre; Helena Lobo, de Sao Paulo; Luciana Monteiro, de Salvador; Jacson Zilio, de Curitiba, etc., muchas de cuyas tesis doctorales y monografías han sido publicadas también en España, Alemania, Argentina, etc.

Entre estos penalistas de la nueva generación destaca, sin duda, Paulo César Busato, Profesor titular de derecho penal en la Universidad Federal de Paraná, en Curitiba, y miembro destacado del Ministerio público en dicha ciudad, autor de la obra que aquí se comenta.

Cuando Paulo Busato vino a Sevilla a principios de la primera década de este siglo, para realizar el curso doctoral sobre Problemas fundamentales del Derecho penal y la Criminología en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, venía ya con un gran bagaje de conocimientos jurídico-penales y gran preparación intelectual, fruto de lo cual fue una magnífica tesina, realizada bajo mi dirección, sobre El concepto significativo de acción, que mereció además de la máxima calificación su publicación como monografía en la editorial Tirant Lo Blanch de Valencia. También bajo mi dirección realizo en poco tiempo su tesis doctoral sobre La tentativa, que igualmente mereció la máxima calificación y luego fue publicada. Ya entonces mostró además de una gran capacidad de trabajo, un gran interés por las cuestiones teóricas y dogmáticas del Derecho penal, situándolas en el plano más profundo de la especulación filosófica y principalmente de la filosofía del lenguaje, inspirándose para ello sobre todo en la obra que en este sentido venía ya desarrollando desde hacía algún tiempo el Profesor de la Universidad de Valencia y Vicepresidente del Tribunal Constitucional español, Tomás Vives Antón. Tras su regreso a Brasil y tras otras estancias en Portugal, España, Alemania, Inglaterra y USA, su traslado al Ministerio Público de Curitiba y la obtención por concurso de la plaza de Profesor titular

de Derecho penal en la Universidad Federal de Paraná, en Curitiba, Busato ha seguido publicando interesantes artículos y monografías, fundó una Revista de derecho penal, formó un grupo de investigación en el que se han integrado más cincuenta alumnos que actualmente realizan sus trabajos de maestría y doctorado, y publicó los primeros esbozos y partes de este Tratado completo de la Parte General del Derecho penal que ahora aparece publicado en la editorial Atlas de Sao Paulo. Ya en el Prólogo o Prefacio del mismo avisa desde el primer momento su intención de exponer el Derecho penal desde el prisma de la Filosofía del lenguaje, desarrollando un modelo que se puede calificar como modelo “significativo”, por referencia a la teoría de la acción del mismo nombre, a partir de las bases expuestas en sus respectivas obras por Tomás Vives y George Fletcher, anclándolo en los principios del Estado social y democrático de Derecho. No obstante, el lector no debe temer una visión excesivamente unilateral de la problemática del Derecho penal, pues a través de toda la obra Busato se esfuerza por exponer las otras opciones teóricas existentes en el panorama del Derecho penal contemporáneo, analizando de forma exhaustiva su evolución, las ventajas e insuficiencias de cada una de ellas, para pasar luego a exponer su propio punto de vista siempre novedoso y, por tanto, en algunos temas también discutible.

Por supuesto, y como no podía ser de otro modo en una obra con pretensiones de exhaustividad, también se abordan en esta Parte General los problemas tradicionales sobre el concepto, objeto y misiones del Derecho penal (capítulo 1), los principios limitadores de legalidad, intervención mínima y culpabilidad (capítulo 2), los límites espaciales y personales a la aplicación del Derecho penal (capítulo 3) y los diversos modelos interpretativos de la norma penal (capítulo 4), en los que sigue los parámetros y principios del Estado de Derecho actualmente asumidos en los países democráticos, advirtiendo de que más de un derecho del Estado el *Ius puniendi* es un deber de castigar, entendiendo que el “Estado no es un titular de derechos sino un mero gestor de derechos ajenos (de los individuos)” (p. 19).

Pero donde realmente Busato expone con mayor originalidad y novedad su propia concepción del Derecho penal es a partir del capítulo 5, en el que a modo de introducción a la teoría del delito que sigue en los capítulos siguientes, explica los presupuestos estructurales de la misma, advirtiendo su carácter instrumental y la necesidad de despojarla de la terminología técnica con la que generalmente suele exponerse en las construc-

ciones tradicionales. Tras pasar revista crítica a las distintas versiones que ha habido en la Dogmática penal alemana, y por su influencia en la de la mayoría, por no decir todos, de los países hispano parlantes y, por supuesto, también en Portugal y Brasil, durante todo el siglo XX, es decir, al modelo causal naturalista, al neokantiano valorativo, al finalista y al funcionalista, en sus versiones teológica y sistémica, pasa a explicar lo que él llama “el modelo significativo de imputación” (p. 247 ss.). Este modelo, basado fundamentalmente en los Fundamentos de Derecho penal de Tomás Vives y en otras obras del mismo autor, así como en la Filosofía del lenguaje de Wittgenstein, parte del concepto de acción como expresión de sentido, lo que permite incluir bajo el mismo tanto la acción en sentido estricto como la omisión, en la medida en que ésta puede pretender también relevancia penal y, por tanto, cumplir con las exigencias de la tipicidad, bien en su forma de omisión propia o de omisión impropia (capítulo 6). Este planteamiento le lleva al reconocimiento del dolo y la imprudencia como conceptos normativos en los que se encuentra una pretensión subjetiva de ilicitud (capítulo 7). Parece discutible, sin embargo, que desde un punto de vista puramente significativo puedan establecerse diferencias entre dolo eventual e imprudencia consciente, recurriendo, como hace Busato (p. 450 ss.), a la teoría de Martínez Buján, que ve el componente volitivo característico del dolo normativamente como “compromisso do autor com a vulneração do bem jurídico”. A mi juicio, lo significativo en esta materia son, como ya indicó Hassemer en un brillante artículo publicado en el Festschrift para Armin Kaufmann, los criterios que en la vida ordinaria se entienden como “indicadores” (naturaleza del arma empleada, relaciones previas entre el autor y la víctima, acciones concomitantes, posibilidad de evitación, etc.) del dolo y no de una mera imprudencia, y no un vago “compromiso” del autor con la lesión del bien jurídico, a no ser que ese “compromiso” se valore desde el punto de vista de los indicadores antes señalados. En general, la atribución del dolo, eventual o directo, o de determinadas intenciones relevantes típicamente (ánimo de apropiación o de uso, carácter sexual de algunos tocamientos en el ámbito de los abusos sexuales), depende de una serie de valoraciones que en el contexto social, y, por tanto, significativamente, se consideran como pretensiones subjetivas calificables como dolo o como las intenciones requeridas por la tipicidad respectiva. Como después veremos, estos “indicadores” son, sin embargo, utilizados por Busato en un capítulo posterior (13) para delimitar el dolo en la tentativa.

En el ámbito de la antijuricidad, que Busato llama pretensión de ofensividad (capítulo 7) adopta la terminología de Vives para distinguir las causas de justificación de las de exculpación, entiendo que las primeras son *permisiones fuertes* (principalmente el estado de necesidad, la legítima defensa, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho), mientras que las segunda serían *permisiones débiles* y, por tanto, con distintas consecuencias, incluyendo principalmente en las mismas la no exigibilidad de un comportamiento distinto; considerando que tanto el consentimiento, como la colisión de deberes, y el llamado estado de necesidad exculpante son causas supralegales bien de justificación, bien de exculpación. A mi juicio, aunque no le falte razón al incluir el estado de necesidad llamado exculpante en las cercanías de las causas de justificación, como *permisión débil*, la no exigibilidad de otro comportamiento que le sirve de base es un elemento más propio de la exclusión de la culpabilidad que de la justificación, o, en todo caso, como decía Henkel, un principio regulativo que lo mismo puede utilizarse como principio informador de las causas de justificación, como de las causas de exculpación, como así lo reconoce el mismo Busato, cuando, como se ve más adelante (p. 556/557), concibe la culpabilidad como “exigibilidad de ajuste ao direito”

Dedica a la culpabilidad el capítulo 10, en el que tras exponer las diversas teorías y construcciones de este concepto, explica su concepción de la misma como pretensión de reprobación. ¿Qué quiere decir con ello? Para Busato, la culpabilidad es un juicio de valor meramente normativo: es culpable la persona a la que se le puede exigir que actúe conforme a las normas. Para ello requiere la verificación de los condicionamientos personales y sociológicos, como la capacidad motivacional y de comprensión de la norma, que dan las bases empíricas de la imputabilidad y de la conciencia de la ilicitud (p. 557 ss.). Respecto a la constatación de la (in)imputabilidad, surgen dudas sobre si los datos que le sirven de base (sobre todo en las perturbaciones mentales), puedan constatar desde un punto de vista puramente normativo sin tener en cuenta los conocimientos empíricos que brindan la psiquiatría y la psicología (sistema biopsicológico que acoge el Código penal brasileño). Menos dudas surgen en la constatación de la conciencia de la ilicitud que, salvo los casos en que se derive de alguna anomalía o retraso mental, es una construcción puramente normativa, que por lo demás se da por supuesto en la mayoría de los casos que van a los Tribunales de Justicia (p. 569 ss.; sobre el tratamiento del error de prohibición véase infra).

Siguiendo la estructura tradicional de la teoría del delito, Busato considera una categoría necesaria del mismo lo que llama “pretensión de punibilidad” (capítulo 11), basada en la necesidad de pena. En este capítulo se ocupa de las causas de exclusión de la punibilidad, de las excusas absolutorias, y de las causas de exclusión de la persecución penal (amnistía, indulto y prescripción).

Pero donde hay un tratamiento sistemático más novedoso de los elementos de la teoría del delito es en la teoría del error, a la que le dedica el capítulo 12, exponiendo unitariamente las distintas clases de error. No cabe duda de que desde que se introdujo con la teoría de la culpabilidad, mantenida en su versión estricta por los partidarios de la teoría final de la acción, la distinción entre error de tipo y error de prohibición, con la distinta relevancia que se asigna a cada uno de ellos, los límites entre una y otra clase de error han sido y siguen siendo discutidos y existen diversas opiniones respecto a si, por ejemplo, el error sobre los elementos normativos del tipo o los elementos contenidos en el tipo referidos a la antijuricidad (casi todos los delitos económicos y medioambientales y todos aquellos en los que se contienen referencias a normas de carácter extrapenal), o sobre los presupuestos de las causas de justificación, deben ser tratados como un caso de error de tipo o de prohibición. La relevancia de uno u otro tipo error es distinta, ya que el error de tipo vencible conduce, según la teoría estricta de la culpabilidad, a la imputación del delito como delito imprudente (si está prevista esta modalidad para el delito en cuestión), mientras que el error de prohibición vencible todo lo más conduce (y no de manera obligatoria en la versión de la teoría estricta de la culpabilidad) a una rebaja de la pena del delito doloso. En el fondo de esta distinción late la vieja distinción entre error de hecho y error de derecho, cuando se le negaba a este último nula o escasa relevancia para eximir o atenuar la pena. La paulatina aunque escasa relevancia del error de derecho obligó a una distinción con el error de hecho, que se tradujo para el primero en una atenuación potestativa de la pena cuando era vencible, manteniendo la conversión del error de tipo en delito imprudente (cuando éste está penado especialmente). Pero pesar de la aparente claridad de esta distinción dogmática, las dificultades existentes para distinguir entre ambas clases de error llevó a la dogmática penal alemana a lo largo del siglo XX a desarrollar una serie de teorías como la del dolo, la del dolo restringida, la de los elementos negativos del tipo, la de la culpabilidad estricta, la de la culpabilidad limitada, o la de la culpabilidad orientada a las consecuencias,

para solucionar de un modo satisfactorio los casos más controvertidos. Esta disparidad doctrinal no sólo hace imposible una teoría unitaria del error, sino que al mismo tiempo revela bastante arbitrariedad en los criterios que se siguen para asignar determinados supuestos de error a uno u otra categoría. ¿Debe tratarse la apreciación errónea del presupuesto de una causa de justificación, por ej. la existencia de una agresión ilegítima en la legítima defensa, como un error de tipo o como un error de prohibición? Y el error sobre la existencia de una obligación tributaria en el delito fiscal, ¿es un error de tipo o un error de prohibición? En el fondo de esta discusión late, como ya demostró Lothar Kuhlen hace ya algunos años en una monografía dedicada específicamente a este tema, la vieja distinción entre el error que excluye el dolo y el error que no lo excluye pero que puede ser tenido en cuenta para atenuar la pena. O como también destaca en la doctrina americana George Fletcher, lo verdaderamente importante es la distinción entre errores relevantes y errores irrelevantes, y no la ubicación sistemática de cada uno de ellos. No le falta, por tanto, razón a Busato cuando considera, que sin perjuicio de admitir la distinta relevancia de una u otra clase de error, es mejor y desde luego más manejable tratar unitariamente todas las clases de error relevante en el juicio de imputación penal, y los elementos que les son comunes y fundamentan su relevancia. Así, por ejemplo, trata como un filtro interpretativo general de las hipótesis de error, la vencibilidad o posibilidad de superación del error, que él llama “escusabilidad” (p. 647 ss.), ya que efectivamente esta es la razón por la que el error, sea de tipo o de prohibición, puede tener relevancia penal. La “escusabilidad” está vinculada a lo razonable, es decir, a procesos de comunicación. En este sentido, la doctrina del Common Law adopta desde hace mucho tiempo el criterio de lo “razonable”, que es ciertamente un criterio amplio, pero que como ya advirtió Fletcher en una conocida monografía sobre el tema, traducida por mí y por Busato hace ya algunos años, admite diversos niveles de amplitud en función de las circunstancias concurrentes en el sujeto que actúa. Este criterio, señala Fletcher en esa monografía, es mucho más flexible que el de lo “justo” que se maneja en la doctrina continental europea. Pero de un modo u otro, excusable, razonable o vencible son criterios válidos para determinar cuando el error es plenamente relevante o al menos tiene alguna relevancia en la imputación de la responsabilidad penal. Naturalmente, los niveles de relevancia dependen de las circunstancias en que actúa el sujeto, de su capacidad intelectual, de sus especiales conocimientos, del deber que tiene,

en unos casos más que en otros, de informarse de las circunstancias fácticas o jurídicas que rodean su actuación y despejar las dudas que tenga al respecto. En todo caso, como destaca Busato, la relevancia depende del significado que se le atribuya en el proceso de comunicación con los demás. Sobre estas premisas, expone Busato tres clases de errores relevante pero con distintas consecuencias jurídicas: el error de tipo, el error de prohibición y el error sobre las eximentes o, él las llama, permisiones, que da lugar a las llamadas eximente putativas, distinguiendo en este caso, siguiendo la regulación que para las mismas ofrecen los arts. 20, 1 y 21 del Código penal brasileño, entre el error sobre los presupuestos fácticos (tratamiento como imprudencia) y el error sobre la existencia de la exención (tratado como error de prohibición, y ello, en opinión de Busato, tanto si se trata de permisiones fuertes, como si se trata de las permisiones débiles.

No puedo extenderme ahora en otras cuestiones relacionadas con el tratamiento del error, pero creo que con lo expuesto se puede tener una idea sobre las muchas novedades que la obra de Busato aporta a la construcción de una teoría del delito, que vista desde el punto de vista de la acción significativa, puede todavía generar muchas posibilidades interpretativas que había pasado desapercibido o sin una exacta fundamentación por las construcciones dogmáticas tradicionales.

Otros sugerentes criterios interpretativos ofrece Busato en el tratamiento de la tentativa y sobre todo en la fundamentación de la punibilidad de la tentativa desde el punto de visto significativo: Este fue el tema su tesis doctoral dirigida por mí y, como ya digo en el Prólogo a la publicación de la misma como monografía (*La tentativa del delito, análisis a partir del concepto significativo de acción*, Curitiba 2011), la solución al problema del comienzo y de la idoneidad de la tentativa, que tantos ríos de tinta y polémicas doctrinales ha provocado a lo largo de la historia de la dogmática penal, no puede venir de pretendidas leyes naturales basadas en datos ontológicos como la finalidad o la probabilidad más o menos alta de producción de un determinado resultado, sino de un determinado contexto en el que el uso social, las propias normas jurídicas y, en definitiva, la intercomunicación personal da sentido a lo que ontológicamente, por si mismo, como leyes naturales, carece de significado. Para Busato es, pues, el contexto en el que se da la acción y la interpretación de la misma como un acto comunicativo, lo que único que puede ayudarnos a resolver los problemas que desde hace siglos aqueja a la dogmática penal de la tentativa.

Creo que para entender mejor la importancia de la tesis de Busato es muy revelador el ejemplo por él mismo aportado en referencia al atentado contra la torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2001. Lo que antes se podía entender como un secuestro de avión con el que los secuestradores pretendían conseguir alguna reivindicación a cambio de liberar a los rehenes (algo muy frecuente en los años 70 y 80), hoy en día se valoraría probablemente como el inicio de un inminente atentado terrorista ante el que quizás se reaccionaría de una manera diferente (derribando por ejemplo el avión antes de sea lanzado contra un objetivo. Lo que desde luego plantea una problemática jurídica bastante diferente).

Pero igualmente en otro contexto, la concepción significativa de la acción mantenida por Busato, es lo que permite distinguir una determinada acción consistente en el tocamiento de órganos genitales como un acto de reconocimiento médico o como un acto constitutivo de un abuso sexual o incluso de una agresión sexual, dependiendo de determinados indicadores concomitantes que un determinado contexto permiten considerarlo de una u otra forma. El mismo tocamiento realizado por un ginecólogo o un urólogo en un acto característico de estas especialidades médicas, puede interpretarse en otro contexto, incluso médico (piénsese, por ejemplo, en el mismo acto realizado por un dentista) como un acto de abuso sexual. Pero incluso en dichas especialidades médicas el acto realizado sin atenerse a las reglas básicas de dicha profesión, como no ponerse guantes de latex, hacer tocamientos innecesarios en zonas erógenas, etc., pueden también interpretarse como un acto de abuso sexual. En definitiva, no es la intención, inescrutable para el observador externo (el paciente que considera que ha sido víctima de un abuso, o luego el juez que tiene que juzgarlo), lo que determina el carácter delictivo o no del hecho en cuestión, sino el significado que, de acuerdo con determinadas reglas y usos sociales o profesionales, puede atribuirse a la conducta. Ello también incide en la valoración de las pruebas por parte del Juez, que, en base a las reglas y usos sociales, determinara si el acto objetivamente como tal ambiguo, fue o no un acto de abuso sexual o una simple exploración médica rutinaria.

En general, como ya decía en mi comentario a la tesis de Busato en relación con la diferencia entre dolo eventual e imprudencia consciente, lo mismo puede decirse con la constatación de todos los elementos subjetivos del delito, y, por tanto, del elemento subjetivo de la tentativa, caracterizado como la intención de conseguir un determinado resultado consumativo de un delito. Apre-

tar el gatillo de una pistola descargada puede ser un acto irrelevante, o una broma; pero hacerlo sabiendo que está cargada adquiere relevancia social y, por supuesto, jurídica. Del mismo modo que la tiene también decirle a una persona que viaje en avión, cuando se sabe que alguien ha puesto una bomba para que explote en el vuelo, y carece de relevancia hacer lo mismo simplemente como consejo para que se llegue rápido a un determinado lugar, aunque el avión efectivamente se caiga y el sujeto hubiera tenido el presentimiento o el deseo de que así fuera. E igualmente, la diferencia entre tentativa inidónea punible, y la que debe permanecer impune, por tratarse más bien de una tentativa irreal como querer matar a alguien mediante conjuros, pinchando alfileres en un muñeco de barro, etc., depende de una interpretación de la conducta como significado, que según las reglas y usos, puede estimarse como suficientemente peligrosa *ex ante*, desde el punto de vista del sujeto que actúa y teniendo en cuenta sus conocimientos personales (si por ejemplo, sabía que disparaba contra una persona, pero no sabía que la pistola estaba descargada).

De todas estas cuestiones y de otros muchos temas en relación con el concurso de personas (autoría y participación, capítulo 14), se ocupa con detenimiento Busato en su Parte General, exponiendo no sólo su personal punto de vista, sino también de forma objetiva y casi exhaustiva el estado de la discusión doctrinal en torno a los mismos. Así, por ej., pasa revista a las distintas formas de autoría, aceptando la autoría mediata en el caso del dominio de los aparatos de poder y la coautoría como dominio funcional del hecho, aunque uno de los coautores no participe directamente en la ejecución del delito, sino sólo en su planificación. También distingue entre autoría y participación sobre la base de la teoría del dominio del hecho, a pesar de que el Código penal brasileño contiene una regulación más próxima a la teoría unitaria que a una diferenciadora, que, como advierte Busato (p. 704) puede llevar en algunos casos a imponer penas más elevadas al partícipe (inductor o cómplice) que al autor, lo que evidentemente se compeadece mal con el significado que debe atribuirse a sus distintas contribuciones (evidentemente, dar un arma es significativamente menos grave que matar directamente con ella).

Los capítulos siguientes (15 a 21) los consagra a las consecuencias jurídicas del delito, comenzando por una amplia exposición de las teorías de la pena, considerando la pena como un “medio de mantenimiento de control social de lo intolerable, a través de la protección selectiva de bienes jurídicos”, y no como mera retribución o pre-

vención, general o especial, del delito (p. 806 y ss.). Los capítulos restantes se dedican principalmente a la exposición del sistema de penas vigente en el Derecho penal brasileño (capítulo 16), de las medidas de seguridad (capítulo 17), de la individualización o determinación de la pena (capítulo 18), de los sustitutivos penales (capítulo 19) y como colofón final de la acción penal y de las consecuencias jurídicas de la condena, que son objeto de regulación en el Código penal brasileño.

Evidentemente, en este comentario no puedo extenderme mucho más en resaltar las muchas e importantes novedades que se encuentran en la obra de Busato. Para terminar, quisiera sólo destacar, que además de las im-

portantes contribuciones y sugerencias que en la misma se contienen para la comprensión de los problemas fundamentales de la Parte General del Derecho penal, este libro constituye además una completa exposición del estado del Derecho penal tanto brasileño, como comparado, utilizando para ello una exhaustiva bibliografía con las aportaciones más recientes de la dogmática alemana, española y, por supuesto brasileña, que, como esta obra demuestra, ha llegado a alcanzar en los últimos años un nivel de madurez y elaboración intelectual verdaderamente encomiable.

Francisco Muñoz Conde