

IN SPRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2014

33

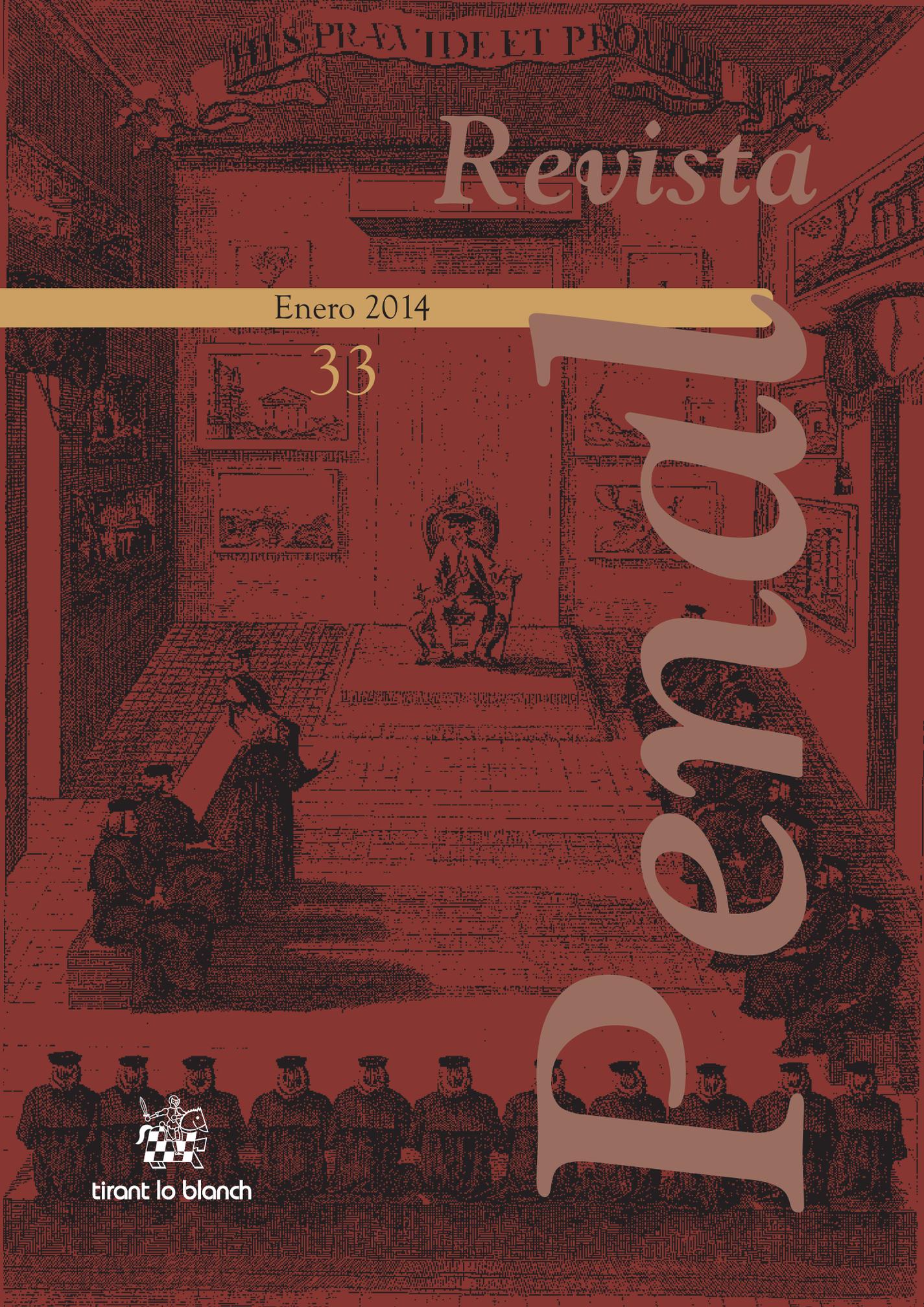
Revista Penal

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 Piedecosas. 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.



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

Stefanie Bock, Göttingen¹

Revista Penal, n.º 33. - Enero 2014

El Congreso de Ciencias Criminales de la Universidad Georg-August ubicada en la ciudad de Göttingen (Alemania) es una institución que se ha consolidado con el pasar de los años. Al finalizar cada semestre de verano el Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen² invita expertos nacionales e internacionales, para discutir sobre diversos temas de actualidad y que revisten especial importancia para el derecho penal³. El Congreso realizado el 5 de julio de 2013 fue organizado bajo la dirección del Prof. Dr. Kai Ambos y estuvo dirigido a la discusión de uno de los problemas fundamentales, aún no resuelto, del derecho penal internacional, a saber, cómo se deben imputar los hechos al autor en contextos de macrocriminalidad. Este evento fue concebido como un escenario para el intercambio internacional de ideas, circunstancia que se vio reflejada en su diseño mismo: con excepción de la exposición introductoria sobre aspectos criminológicos,

cada uno de los temas fue tratado por dos expositores provenientes de diferentes ámbitos, además, con una sola excepción, las presentaciones fueron realizadas en inglés, la *lingua franca* del derecho penal internacional. Los expositores realizaron presentaciones cortas, de veinte minutos, en las que analizaron un problema específico relacionado con la imputación en casos de macrocriminalidad. Después de la intervención de cada uno de los dos expositores tuvo lugar un debate corto entre ellos y posteriormente se dio la palabra al público para que participara en las discusiones. El apoyo recibido por parte de la Fundación Alemana para la Investigación (*Deutsche Forschungsgemeinschaft* o DFG por sus siglas en alemán) y sobre todo la implementación práctica en el Congreso demostraron el potencial de este concepto dinámico de debate y de planteamiento abierto de preguntas: durante el transcurso del evento surgieron discusiones intensas y complejas, que lleva-

1 Stefanie Bock es Doctora en Derecho de la Universidad de Hamburgo y se desempeña actualmente como asistente de investigación (*Senior Research Fellow*) en el Departamento de Derecho Penal Internacional y Extranjero de la Universidad de Göttingen. Traducción al español por Gustavo Emilio Cote Barco (Colombia) y Noelia Núñez (Argentina), becarios del *Deutscher Akademischer Austauschdienst* (DAAD) y estudiantes de LL.M. de la Universidad Georg-August de Göttingen. La versión original en alemán será publicada en la revista *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA, 10/2013).

2 El Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen se ha dedicado a la investigación del derecho penal, del derecho procesal penal y de la criminología tanto a nivel nacional como internacional. Debido a este enfoque comprehensivo, el Instituto se encuentra dividido en cuatro departamentos: Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal (Prof. Dr. Uwe Murmann), Departamento de Criminología, Derecho Penal Juvenil y Ejecución Penal (Prof. Dr. h.c. Jörg-Martin Jehle, Prof. Dr. Katrin Höffler), Departamento de Derecho Penal Internacional y Extranjero (RiLG Prof. Dr. Kai Ambos) y Departamento de Derecho Penal Médico y Bioética (Prof. Dr. Gunnar Duttge).

3 Ver los volúmenes del Congreso de los últimos años: Duttge (Ed.), *Das Ich und sein Gehirn - die Herausforderungen der neurobiologischen Forschung für das (Straf-)Recht [el Yo y su cerebro - Los retos de la investigación neurobiológica para el derecho (penal)]*, 2009; Murmann (Ed.), *Recht ohne Regeln - Die Entformalisierung des Strafrechts [Derecho sin reglas - La desformalización del derecho penal]*, 2011; Ambos (Ed.), *Europäisches Strafrecht post-Lissabon [Derecho penal europeo post-Lisboa]*, 2011; Duttge (Ed.), *Tatort Gesundheitsmarkt: Rechtswirklichkeit - Strafwürdigkeit - Prävention [Mercado de salud, lugar del hecho: realidad jurídica, punibilidad, prevención]*, 2011. [Nota de los traductores: entre corchetes se han traducido los títulos de los volúmenes, para ilustrar la variedad e importancia de los temas tratados en el Congreso de Ciencias Criminales. Sin embargo, estas obras no han publicadas en español].

ron a un verdadero intercambio transnacional de ideas, el cual excedió ampliamente las fronteras trazadas por los preconceptos nacionales.

I. En la presentación introductoria “Preparando la escena: particularidades de la macrocriminalidad frente a la criminalidad ordinaria”, el Dr. *Stefan Harrendorf* de la Universidad de Göttingen abordó, en primer lugar, las condiciones situacionales que rodean la comisión de crímenes internacionales. Para esto se refirió a la connotación ideológica de dichos crímenes, así como a la tendencia de los seres humanos a obedecer la autoridad, tal como se mostró en el experimento *Milgram*. Otro aspecto importante resaltado por el expositor fue la participación de los autores en dinámicas grupales, lo cual puede jugar un papel decisivo en la perpetración de estos crímenes, cuando los individuos adaptan su comportamiento a las normas de un grupo y éstas a su turno contradicen las normas sociales, como por ejemplo la prohibición de matar. Los perpetradores individuales que actúan en este transfondo colectivo pueden ser clasificados en diferentes tipos según la posición que ocupen en la jerarquía del sistema en el que actúan o de acuerdo a la motivación de sus acciones particulares. Sin embargo, ante el intento de explicar porqué un autor determinado o un tipo de autor específico ha cometido crímenes internacionales, surgen varios posibles enfoques explicativos, sin que ninguno de ellos pueda reclamar validez general. Por esta razón, en la presentación se llamó la atención sobre la necesidad de continuar desarrollando una teoría global multifactorial orientada a explicar la comisión de los distintos grupos de crímenes internacionales.

En la discusión que tuvo lugar al finalizar esta exposición se comenzaron a perfilar los problemas centrales, que en el transcurso del evento fueron abordados una y otra vez desde diferentes puntos de vista. Con base en la pregunta sobre las consecuencias que pueden surgir de la reflexión criminológica para el derecho penal internacional, se destacó la dificultad que existe para determinar y atribuir responsabilidad individual en procesos de dinámicas colectivas o grupales, en los que existe una división del trabajo. La concepción de los hechos relevantes como obra de una persona específica resulta en contextos macrocriminales especialmente compleja, debido a la posibilidad de reemplazar, de manera casi arbitraria, a los actores individuales.

II. Los expositores del primer panel, Prof. *Thomas Weigend* de la Universidad de Colonia y Prof. *Robert Cryer* de la Universidad de Birmingham, abordaron en sus exposiciones los fundamentos de la teoría de la imputación. *Weigend* explicó cómo la jurisprudencia y

la doctrina alemanas han intentado responder a las particularidades de los crímenes internacionales mediante la modificación de los principios tradicionales de imputación. Para esto, *Weigend* resaltó especialmente tres aspectos: (i) el desarrollo de la teoría del *animus*, la cual inicialmente permitió a la jurisprudencia en los casos de los campos de concentración sancionar únicamente a título de complicidad a aquellas personas que no tenían voluntad de autor, pero que ejecutaron materialmente los hechos, porque así se les ordenó hacerlo; (ii) la ampliación de la autoría mediata sobre la constelación del autor detrás del autor, así como (iii) la expansión de la punibilidad de la complicidad a actividades o colaboraciones, que se dan lejos de la consumación real del hecho. Según *Weigend* el desarrollo cauteloso de enfoques y soluciones nacionales como estos puede constituir el punto de partida de una teoría de la imputación propia del derecho penal internacional.

Cryer comenzó su exposición afirmando que en el *common law* inglés no existe en estricto sentido una teoría de la imputación. Según el expositor, en el derecho inglés predomina un enfoque puramente pragmático, en el cual las decisiones judiciales dependen en mayor medida del resultado deseado para cada caso, que de su legitimación teórica. Es decir, la necesidad de castigar apropiadamente a los responsables resulta ser el factor decisivo. El instrumento más importante y discutido en este contexto para lograr dicho ideal de justicia en el caso concreto es el delito de conspiración. Con relación al derecho penal internacional, *Cryer* advirtió que sus rendimientos pueden resultar muy limitados debido a la teoría de la imputación de origen nacional, especialmente proveniente de países como Alemania. Para el expositor una verdadera teoría cosmopolita del derecho penal internacional debe tomar, en consecuencia, elementos del enfoque pragmático-intuitivo del derecho penal inglés, si se quiere lograr resultados justos. Estas consideraciones fueron bien recibidas por el público, ya que en las intervenciones se resaltó que ni la dogmática jurídico penal ni la elaboración teórica pueden convertirse en fines en sí mismos.

III. Bajo el título “Problemas de la causalidad” el Prof. *James Stewart* de la Universidad British Columbia señaló que los crímenes internacionales son sucesos sobredeterminados, los cuales siempre son producidos por una variedad de causas que actúan de forma paralela. Por esta razón, para el derecho penal internacional resulta de especial importancia establecer el límite entre comportamientos que pueden ser catalogados como socialmente adecuados y aquellos que constituyen una contribución causal merecedora de pena. La incorpo-

ración del hecho individual en un contexto colectivo en donde una pluralidad de causas actúan simultáneamente permite que los autores argumenten, que aun sin su participación el hecho hubiera sido realizado. Dado que la decisión individual de cometer un crimen internacional es, después de todo, insignificante, surge la pregunta sobre si realmente existe un punto de referencia legítimo que fundamente en estos casos el reproche de culpabilidad. Para *Stewart* desde el punto de vista jurídico-penal se deben tener en cuenta, como punto de partida para una posible respuesta, los comportamientos que tienen repercusiones sobre el bien jurídico protegido por la norma respectiva.

El Prof. Murmann de la Universidad de Göttingen, por el contrario, defendió la opinión de que la referencia a causas de reemplazo hipotéticas no puede excluir la responsabilidad del autor. Aun cuando, dado el caso, el hecho hubiera sido cometido por otro, esto no cambia que en un sentido fáctico la conducta del autor fue causa del resultado concreto. Según Murmann, tal argumento, esto es, que la existencia de causas de reemplazo hipotéticas excluye la responsabilidad del autor, solamente cuestionaría la legitimidad de la norma de prohibición en cuestión, debido a su limitada eficacia. En el resultado, la disposición de terceros para la comisión del hecho no puede ni debe repercutir a favor del autor. Las constelaciones en las que el resultado concreto se basa en varias causas que operan paralelamente han de resolverse a nivel normativo mediante las reglas de imputación de coautoría. Es decisivo si desde un punto de vista *ex ante* se trató de aportes del mismo valor, cubiertos por un mismo plan.

IV. Como primer orador del panel sobre el tema “Autor unitario, modelo diferenciador o algo diferente?”, el Prof. *Luis Chiesa* de la SUNY Buffalo Law School de Nueva York puso en duda el valor de la diferenciación entre autores y partícipes. Al respecto existe un acuerdo en el sentido de que ambas formas de participación constituyen injustos mercedores de pena; sin embargo, quedaría abierta la cuestión de cuán grave debe ser la punición en cada caso concreto. En este sentido, no sería decisiva la calificación jurídica de la conducta, sino más bien si el aporte fue esencial. Con relación al art. 25 inc. 3º del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), *Chiesa* sostuvo que en el caso de la comisión de un hecho por un autor, en el sentido del literal a), es decir, en términos de autoría, coautoría, o autoría mediata, el aporte, por lo general, es especialmente considerable y, por ello, debería conducir a una punición más severa del procesado. Esta concesión provocó en el público la pregunta de si *Chiesa* se pronunciaba en

contra de la diferenciación entre autores y partícipes o si no quería más bien introducir un nuevo criterio de diferenciación, esto es, si el aporte fue o no esencial.

En conexión con estas reflexiones fundamentales, el Prof. *Hans Vest* de la Universidad de Berna se ocupó detalladamente del art. 25 inc. 3º del Estatuto de la CPI, mencionado brevemente por *Chiesa*. Para *Vest*, si bien esta norma enumera distintas formas de autoría y participación, que en parte se superponen, la relación entre ellas no es clara. Además, el modelo diferenciador acogido por el art. 25 inc. 3º del Estatuto de la CPI estaría relativizado por el hecho de que el mismo Estatuto establece un marco penal único, lo cual coincide con un modelo unitario de autor. Aun cuando entre las diferentes formas de participación existiera una relación jerárquica normativa-abstracta, según *Vest*, el aporte, de todas formas, también debería ser apreciado en su dimensión fáctica y concreta al momento de establecer la pena.

V. Las dos últimas exposiciones se dedicaron a la imputación subjetiva. Primero, el Prof. *Carl-Friedrich Stuckenberg* de la Universidad de Bonn expuso la necesidad de liberar la discusión sobre el derecho penal internacional de categorías conceptuales fuertemente arraigadas en el derecho nacional. Expresiones como “*dolus eventualis*” o “*recklessness*” se definen de manera diferente en los distintos órdenes jurídicos; su empleo en el contexto del derecho penal internacional provoca malos entendidos. Por ello, el derecho penal internacional debería esforzarse por desarrollar categorías conceptuales propias y neutrales. Con relación al elemento subjetivo especial del genocidio, es decir, a la intención de destruir al grupo como tal, explicó *Stuckenberg*, que éste sirve para caracterizar el injusto del hecho a través de la referencia a un plan general que subyace a la conducta. De esta manera, para la comisión del hecho como autor debería ser suficiente si el procesado tuvo conocimiento de este plan, pero no sería necesario que él mismo se comportara con la intención de destruir.

El Prof. *Jens David Ohlin* de la Universidad de Cornell, EE.UU., sostuvo que el centro de una teoría de la imputación en derecho penal internacional debe ser el aspecto subjetivo del autor. *Ohlin* desarrolló su enfoque distanciándose conscientemente de la jurisprudencia de la CPI en el caso *Lubanga*, en donde el Tribunal puso el peso especialmente sobre el aspecto objetivo de la conducta, y redujo, por el contrario, las exigencias con respecto a los presupuestos subjetivos. Sin embargo, según *Ohlin*, estos últimos deberían ser decisivos para la imputación. En tanto que el miembro de un grupo

esté vinculado mediante un plan u objetivo común, todas las conductas ejecutadas en ese contexto podrían ser imputadas a todos los miembros del grupo. En la discusión siguiente, *Ohlin* dejó en claro que no era su intención renunciar completamente a un aporte objetivo, pero resaltó que éste podría ser insignificante. A pesar de ello, muchos de los que tomaron parte en la discusión señalaron que una teoría de la imputación fuertemente subjetivizada podría presentar en la práctica problemas probatorios considerables.

VI. Como cierre del Congreso, la Prof. *Elies van Sliedregt* de la Universidad de Amsterdam resumió los resultados de la discusión y destacó los aspectos que en particular le resultaron relevantes. En este sentido, hizo hincapié especialmente en la importancia de la investigación criminológica. Sólo cuando los resultados empíricos de esta investigación sean tenidos en cuenta en la configuración y empleo del derecho penal internacional podrán desarrollarse soluciones adecuadas que consideren suficientemente las particularidades fácticas de los comportamientos macrocriminales. Además, *van Sliedregt* advirtió acerca del peligro de una investigación individual y aislada en el área del derecho penal internacional. La persecución coherente de crímenes internacionales a nivel mundial sólo será posible cuan-

do se desarrollen principios comunes para resolver las cuestiones de imputación, que vayan más allá de los órdenes jurídicos nacionales. Sin embargo, indicó que debería evitarse una teorización excesiva. Los modelos de imputación no deberían ser tan complejos, de modo que el afectado —procesado o víctima— ya no pueda comprender qué comportamiento en concreto se ha imputado al acusado. Por último, señaló la importancia de la utilidad práctica para medir el valor de los desarrollos teóricos.

VII. Al final del Congreso, desde todo punto de vista exitoso, el cual se caracterizó sobre todo por el juego conjunto de las excelentes parejas de expositores y por la intensidad de las discusiones, quedó planteada la reflexión de que la macrocriminalidad, caracterizada por procesos dinámico grupales, es difícil de abarcar con los conceptos de imputación desarrollados hasta el momento. Investigaciones profundas —empíricas, teóricas y de derecho comparado— sobre la imputación en derecho penal internacional son absolutamente necesarias. Sin lugar a dudas, las contribuciones de los expositores constituyen un aporte importante. En breve, ellas serán publicadas en el *Journal of International Criminal Justice* y, además, existe la posibilidad de revivir el Congreso en internet⁴. La discusión apenas ha comenzado.

4 <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/imputation-of-macrocriminal-conduct.html>.