

## *ExLibris*

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

### **Recensiones**

Morten Bergsmo, Wui Ling Cheah Morten Bergsmo, Wui Ling Cheah y Ping Yi (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law*, (Vol. III), Torkel Opsahl Academic EPublisher, Bruselas, 2015, por Sebastián A. Green Martínez.

Louise Corti/Veerle van den Eynden/Libby Bishop/Matthew Woollard, *Managing and sharing research data. A guide to good practice*, Sage, Los Angeles..., 2014, por Alfonso Serrano Maíllo.

Manuel Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2015, por Beatriz Romero Flores.

Carolina Villacampa Estiarte, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, por Roberto Cruz Palmera.

### **Réplica**

A la recensión de María A. Trapero Barreales a *El elemento subjetivo de justificación en Derecho penal*, por Gonzalo D. Fernández.

### **Reseñas**

Obras generales de Derecho penal ecuatoriano, por Daniel A. Kuri García.

## Recensiones

**Recensión a Morten Bergsmo, Wui Ling Cheah Morten Bergsmo, Wui Ling Cheah y Ping Yi (eds.), *Historical Origins of International Criminal Law*, (Vol. III), Torkel Opsahl Academic EPublisher, Bruselas, 2015 (837 págs.)**

**Sebastián A. Green Martínez**

Universidad de Buenos Aires

El tercer volumen de *Historical Origins of International Criminal Law* centra su análisis en las fuentes materiales del Derecho internacional penal ("DIPenal") y su devenir en fuentes formales en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Tal como describen los editores, BERGSMO, CHEAH, SONG y YI, en el capítulo introductorio (*Doctrine and the Scope of the Historical Landscape of International Criminal Law*, pp. 1-11), este volumen se encuentra dividido en tres partes: la primera expande el límite temporal que suelen brindar los manuales tradicionales de Derecho internacional. La segunda analiza detalladamente las fuentes materiales de ciertos crímenes internacionales y, finalmente, la tercera parte se dedica exclusivamente al estudio de los modos de responsabilidad en DIPenal, abarcando también defensas y la dinámica jurisdiccional en el dictado de sentencias.

La presente reseña nuclea los capítulos del volumen bajo análisis en cinco secciones de interés a efectos de proveer al lector una distinción más detallada e individualizada, poniendo de relevancia tanto los períodos analizados así como las cuestiones de fondo que se abordan. Dichas secciones son: (i) DIPenal en la antigüedad; (ii) fuentes materiales previas al Siglo XX; (iii) fuentes materiales en el Siglo XX; (iv) crímenes específicos en DIPenal actual; y, finalmente, (v) formas de responsabilidad del individuo.

En cuanto a la primera sección, dos aportes se dedican a sucesos de la antigüedad. Si bien tradicionalmente se ha señalado a la Paz de Westfalia como el evento que dio lugar al Derecho internacional moderno e, incluso, algunos autores niegan la existencia de un sistema jurídico tal en la antigüedad (siendo, quizás, "*Histoire de l'humanité*" de F. LAURENT la obra más difundida al respecto), los aportes de KUMAR SINHA y BUIS describen la existencia de un sistema normativo orientado a prevenir y castigar la comisión de actos aborrecibles, principalmente en tiempos de guerra. KUMAR SINHA (*The Manusmrti and Laws of Warfare in Ancient India*, pp. 13-26) aborda y describe al *Manusmrti* (o "Leyes de Manu", cuyo origen se estima entre el año 200 AEC y 200 EC) como texto religioso y obra jurídica. El autor encuentra interesantes premisas teóricas sobre la conducción de hostilidades, tales como una marcada distinción entre combatientes y no combatientes, entre otros, dictadas por el sabio Manu. También se refiere a personas obligadas, incluido el soberano. Asimismo, resalta su relevancia postulándolo como un valioso antecedente del DIPenal como lo conocemos hoy.

Sin embargo, al margen de la inmensa relevancia cultural de la obra analizada por KUMAR SINHA, cabe señalar que la aplicación efectiva del *Manusmrti* se encuentra controvertida en la doctrina. Por ejemplo, DAVIS JR., en su libro "*The Spirit of Hindu Law*" señala que no existe evidencia histórica que permita concluir que haya sido aplicado por gobernante alguno.

Por otro lado, BUIS (*Between Isonomía and Hegemonía: Political Complexities of Transitional Justice in Ancient Greece*, pp. 27-61) describe una intensa práctica de DIPenal entre los pueblos de la antigua Grecia valiéndose principalmente de los relatos de Tucídides y de Jenofonte. El autor demuestra que incluso en 405 y 403 AEC tuvieron lugar mecanismos de represión y castigo de graves injusticias, tales como el establecimiento de un tribunal *ad hoc* constituido por representantes de distintas *póleis* para juzgar a los líderes vencidos en la batalla de Egospótamos y la amnistía dictada en 403. El autor no desconoce los intereses políticos existentes en esa época y región, sino que los incluye en su análisis, invitando al lector a realizar interesantes paralelismos con la cuestión actual en la materia.

Los restantes aportes de la primera parte permiten abordar la segunda sección que aquí se propone: fuentes materiales previas al siglo XX. Las contribuciones se concentran en fuentes materiales poco exploradas, tales como los tribunales de almirantazgo en Inglaterra, Francia, España y los Países Bajos analizados por MUSA (*War Crimes Trials and Pre-Nineteenth Century Admiralty Court Precedents*, pp. 63-91). Dichos tribunales, que existieron desde aproximadamente el siglo XV, contaban con competencia sobre ofensas cometidas en tiempos de guerra y que examinaban ciertas nociones similares a los "crímenes de guerra" actuales, aunque, afirma la autora, que la identificación precisa del Derecho aplicado por dichos tribunales resulta imprecisa. Por otro lado, BROCKMAN-HAWE (*Constructing Humanity's Justice: Accountability for 'Crimes Against Humanity' in the Wake of the Syria Crisis of 1860*, pp. 181-248) aborda la Comisión Internacional de Investigación creada tras los sangrientos eventos en la Siria del Imperio Otomano, en mayo de 1860, luego de la revuelta de los Maronitas contra los Drusos. El autor describe el establecimiento de tres tribunales especiales (en Damasco, Beirut y El Moukhtara) así como la Comisión Internacional de Investigación, constituida por sugerencia de Francia. Enfatiza que los Estados asumieron jurisdicción sobre cuestiones que, en principio, les excedían, lo cual incluía tanto la revisión judicial como el impulso de causas. En cuanto al desarrollo de estas investigaciones, el autor da cuenta de juicios secretos e, incluso, carencia de abogados por parte de los imputados. También afirma que el concepto de crimen de lesa humanidad se desencadenó a partir de los sucesos de 1860.

Acercándose al siglo XX, LABUDA (*The Lieber Code, Retaliation and the Origins of International Criminal Law*, pp. 299- 341) aborda la cuestión de la aplicación y ejecución de las normas como un eslabón débil del sistema de Derecho internacional público, del cual forma parte el DIPenal. En ese sentido, analiza las represalias beligerantes como medida lícita para exigir el cumplimiento del Derecho internacional humanitario ("DIH"). Su análisis parte de los artículos 27 y 28 del Código de Lieber (escrito por Francis Lieber en 1863 y considerado parcialmente consuetudinario en la actualidad) que permitía las represalias durante conflictos armados como medida de "retribución protectora". El autor da cuenta del debate durante la guerra civil en los Estados Unidos (1861-1865) entre H. Halleck y el propio Lieber, señalando que la medida ejecutiva en tiempos de guerra es la represalia, mientras que medidas tales como juicios han de llevarse a cabo

en tiempos de paz. Finalmente, sostiene que existe una modificación en el discurso, ocurrido en el período entre la finalización de la guerra civil de los EEUU y la Primera Guerra Mundial, en el que se desacreditó a la represalia al tiempo que se postuló la justicia mediante el castigo a los responsables. Por su parte, GORDON (*International Criminal Law's "Oriental Pre-Birth": The 1894-1900 Trials of the Siamese, Ottomans and Chinese*, pp. 119-180) también llama la atención sobre terrenos poco explorados, refiriéndose a las comisiones militares internacionales establecidas entre 1894 y 1900. Acusa a la Europa de 1919 afirmando que, quizás, no estaba lista para juzgar europeos, cuando sí lo había logrado de manera efectiva a fines del siglo XIX al juzgar a siameses, chinos y otomanos.

En cuanto a la tercera sección, es inevitable mencionar una cuestión recurrente en los salones de clase: la cuestión del DIPenal modelo para la justicia de los vencedores. IVERSON (*The Trials of Charles I, Henry Wirz and Pol Pot: Why Historic Cases Are Often Forgotten and the Meaning of International Criminal Law*, pp. 93-118) investiga el motivo por el cual tres casos judiciales de relevancia histórica y jurídica (los casos de Carlos I de Inglaterra, Heinrich Wirz y Pol Pot) han sido "olvidados" por la crítica especializada. Si bien postula su relevancia en un contexto de derecho internacional, afirma que han sido relegados porque su contenido es fuertemente debatido. Además, IVERSON expresa la preocupación del fiscal estadounidense Robert Jackson, reconociendo la potencial politización del Derecho en tales contextos. Ya BROCKMAN-HAWE en su capítulo se había referido a la existencia de juicios secretos y falta de representación legal de los imputados luego de la crisis de Siria de 1860, haciendo que el lector recuerde la ya célebre reflexión de SCHWARZENBERGER quien críticamente señaló sobre el Tribunal Internacional Militar del Lejano Oriente que "sus estándares legales (...) fueron tales que hicieron que los abogados desearan olvidarlo todo al respecto lo antes posible". En la misma línea, SCHABAS (*The Katyn Forest Massacre and the Nuremberg Trial*, pp. 249-297) analiza la inclusión de un cargo por la masacre del bosque de Katyń para juzgar a los jerarcas nazis ante el Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Dicho cargo se refería a la ejecución de aproximadamente 11.000 personas, entre las que se encontraban prisioneros de guerra, principalmente de nacionalidad polaca. Al resaltar la absolución por dicho cargo (o, mejor dicho, el silencio de los jueces) debido a la falta de pruebas, el autor presenta al caso como un ejemplo reivindicatorio de la justicia en DIPenal en el que "el sistema funcionó". Por supuesto, si bien el caso propuesto por SCHABAS es de gran relevancia, cabe postular que los hechos de dicho cargo fueron fuertemente debatidos a nivel político. En consecuencia, tomando en cuenta la advertencia que realiza BUIS, los intereses políticos pueden haber jugado un papel en los juicios de Núremberg, incluso en la absolución por el bosque de Katyń.

En lo relativo a crímenes específicos, abordando el cuarto eje de la presente reseña, se observa el trabajo de AMBACH (*From State to Individual: Evolution and Future Challenges of the Transposition of International Humanitarian Law into International Criminal Trials Against Individuals*, pp. 389-428), quien introduce la naturaleza dinámica del DIPenal mediante una perspectiva de Derecho internacional público en el pasaje de obligaciones estatales a obligaciones individuales. El autor observa la naturaleza dinámica del Derecho internacional humanitario y cómo las propias normas previeron su posible evolución. Plantea que nos enfrentamos a una nueva evolución jurídica en cuanto a aplicación temporal y geográfica de este ordenamiento, en vista de las nuevas tecnologías que permiten vuelos no tripulados o asesinatos selectivos (siguiendo la

traducción al español de los informes del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, C. Heyns). En esta línea, GUO (*The Grave Breaches Regime of the 1949 Geneva Conventions: Origins, Developments and Prospects*, pp. 343-388) analiza las infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus consecuencias en materia de responsabilidad individual, también dando cuenta de la evolución dinámica del Derecho internacional y, particularmente, del DIPenal. En su análisis resalta el paralelismo con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que incorpora al, en palabras del autor, "régimen de infracciones graves", así como "otras violaciones". Resalta la importancia de dicho régimen para las legislaciones domésticas de los Estados, sosteniendo en consecuencia que no debe abandonarse. También WONG (*Individual Criminal Responsibility for Violations of Jus ad Bellum under Customary International Law: From Nuremberg to Kampala*, pp. 587-628) se refiere a la evolución dinámica del DIPenal al analizar la responsabilidad individual por el crimen de agresión, haciendo hincapié en el rol que ocupa el Estado en dicho crimen. Luego de analizar las enmiendas adoptadas en Kampala al Estatuto de Roma, concluye que la definición del crimen allí adoptada es más restringida que la que se aplicó en Núremberg.

PAYLAN y KLONOWIECKA-MILART (*Examining the Origins of Crimes against Humanity and Genocide*, pp. 557-586), por su lado, analizan el origen de los conceptos modernos de genocidio y crímenes de lesa humanidad. En cuanto al concepto del genocidio, se refieren a los trabajos de Raphael Lemkin, en particular a la obra "El poder del Eje en la Europa ocupada". Las autoras concluyen señalando que el deseo de la comunidad internacional por terminar con la impunidad no fue puramente altruista, sino que estuvo principalmente fundado en intereses geopolíticos, valiéndose del hecho de que situaciones de enorme crueldad, susceptibles de ser prevenidas, siguen ocurriendo. En cuanto a crímenes de lesa humanidad, su origen se ubica en la Declaración Conjunta de los gobiernos británico, francés y ruso de 1915 sobre el genocidio armenio que ocurrió durante la primera guerra mundial aunque, según las autoras, había sido receptado unos años antes en la cláusula Martens mediante la referencia a las leyes de la humanidad. Siguiendo la línea relativa a crímenes de lesa humanidad, LISS y BRADY (*The Evolution of Persecution as a Crime Against Humanity*, pp. 429-556) realizan quizás uno de los estudios más completos que existen sobre el crimen de persecución desde la perspectiva de su evolución a partir de los juicios de Núremberg. Los autores parten desde las primeras condenas por el crimen de persecución, examinando con gran nivel de detalle las negociaciones internacionales sobre su configuración, dando testimonio de la dicotomía que presenta el crimen de persecución en cuanto a su pertenencia a jurisdicciones domésticas o internacionales. Adicionalmente, abarcan los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional ("CDI") hasta alcanzar el legado de los Tribunales *ad hoc* y las especificidades receptadas en el Estatuto de Roma de la CPI.

Previo a pasar a la sección dedicada a formas de responsabilidad internacional, de los individuos, ha de observarse preliminarmente una zona gris en el abordaje sobre "conspiración". Si bien puede argüirse que la conspiración es un delito autónomo, KESMATI (*The Evolution of Conspiracy as a Mode of Collective Criminal Liability Since Nuremberg*, pp. 649-682) parece abordarlo como un modo de responsabilidad, proponiendo una perspectiva interesante en la que se aboca a describir la evolución del crimen de conspiración en la jurisprudencia internacional para analizar su posible derivación en modos de responsabilidad tales como *Joint Criminal Enterprise* o co-autoría. Al respecto, la autora repasa la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, en la que encuentra numerosas similitudes entre ambas construcciones, reconociendo

que es posible que dicho tribunal haya tenido la intención de llenar lagunas al “adoptar un concepto de conspiración con otro nombre, que resulte aplicable a todos los crímenes” de su competencia. Concluye entonces que, como crimen incipiente, la conspiración ya no existe “al menos con ese nombre.” Por su parte, KIM (*International Criminal Law Issues in the Fight against Terrorism: The Criminalisation of Conspiracy in Japan and South Korea*, pp. 739-770) también analiza la cuestión de conspiración, tal como fuera definida en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 y su recepción en Corea y Japón según sus características propias (cabe resaltar que si bien en el artículo 6 el texto en inglés de dicho tratado se refiere a “conspiracy”, su versión en español se refiere a “confabulación”). Dicha Convención criminaliza actos preparatorios de actos ilícitos transnacionales desde sus primeras etapas, abarcando actos conspirativos como actos preparatorios. Luego, estudia la legislación japonesa postulando que su normativa actual presenta falencias que se encuentran fuertemente relacionadas con la protección de derechos humanos (como, por ejemplo, la intervención de comunicaciones) por lo que el debate en ese país sigue vigente.

En la sección dedicada a modos de responsabilidad individual, AKSENOVA (*Shaping the Definition of Complicity in International Criminal Law: Tensions and Contradictions*, pp. 629-648) examina los orígenes del concepto de complicidad en Derecho internacional penal, postulando que su origen se debe a tres dicotomías propias del Derecho internacional penal (Derecho doméstico-Derecho internacional; responsabilidad colectiva-individual; crímenes sustantivos-formas de participación). Al hacerlo, se vale hábilmente de las opiniones disidentes de los jueces franceses en los Tribunales Militares de Núremberg y del Lejano Oriente, De Vabres y Bernard, respectivamente, así como de los trabajos de la CDI, distinguiendo la complicidad del crimen de conspiración.

Por su parte, MELONI (*The Evolution of Command Responsibility in International Criminal Law*, pp. 683-714) aborda la evolución de la responsabilidad de jefes y superiores como forma de responsabilidad en Derecho internacional hasta llegar al artículo 28 del Estatuto de Roma. En su recorrido, retoma antecedentes como el caso del General Yamashita Tomoyuki (condenado a muerte en 1945 por las matanzas cometidas por sus subordinados) o, más recientemente, el caso de Zlatko Aleksovski, del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (a efectos de distinguir la responsabilidad de jefes y superiores militares de aquellos civiles). También repasa el caso *Bemba* de la CPI, que recientemente fue condenado a la pena de 18 años de prisión sobre la base de este modo de responsabilidad.

Finalmente, dos trabajos analizan la cuestión de circunstancias atenuantes en DIPenal. HITOMI (*The History of the Defence of Superior Orders and its Intersection with International Human Rights Law*, pp. 715-738) llama la atención sobre las implicancias que tiene la defensa por órdenes de superiores en el Derecho internacional de los derechos humanos, mostrando sus falencias, intentando fomentar que el derecho a la objeción de conciencia sea reconocido como un derecho humano para que todos los actores, y principalmente los individuos, reflexionen sobre las complejas cuestiones de Derecho internacional con conciencia propia. ZHANG (*Mitigating Circumstances in International Criminal Sentencing*, pp. 771-793) aborda de forma más general las circunstancias atenuantes de responsabilidad tomadas en cuenta por los Tribunales Militares de la Segunda Guerra Mundial, los Tribunales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional.

El tercer volumen de *Historical Origins of International Criminal Law* sin dudas se presenta como una rica fuente de recursos tanto para investigadores como para quienes ejercen el Derecho penal y el Derecho internacional penal. El volumen analizado vincula, con detalle y claridad, eventos históricos (incluyendo instancias poco exploradas) y su impacto en DIPenal, tanto en normas de fondo como de modos de responsabilidad. Los trabajos incluidos ponen en evidencia la importancia del estudio del Derecho con una perspectiva histórica en tanto permiten alcanzar una mayor comprensión sobre las normas actuales.

**Recensión a Louise Corti, Veerle van den Eynden, Libby Bishop y Matthew Woollard, *Managing and Sharing Research Data. A Guide to Good Practice*, Sage, Los Angeles [etc.], 2014 (222 págs.)**

**Alfonso Serrano Maíllo**

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Los datos empíricos se encuentran en el núcleo duro del desarrollo y avance científico, pero a la vez son costosos y su recolección requiere mucho tiempo y esfuerzo. A la vez, muchas bases de datos son infrautilizadas incluso aunque procedan de investigaciones financiadas por fondos públicos y aunque los investigadores aprovechen elementos públicos como el apoyo de instituciones, incluyendo Universidades. Así, existe un interés general y quizá en algunos casos un deber ético en una mayor accesibilidad a la información que se obtiene, incluyendo el acceso libre (SIEBER, Joan E., 1988. «Data sharing: Defining problems and seeking solutions». *Law and Human Behavior*, 12, 199-206). No sólo la doméstica, sino que la investigación internacional se vería particularmente favorecida por estos procesos de cesión (ANTONACCIO, Olena y Ekaterina V. BOTCHKOVAR, 2016, «What International Research Has Told Us About Criminological Theory», en *The Handbook of criminological theory*, Alex R. PIQUERO (ed.), Chichester, Wiley, pp. 486-489).

La cesión maximiza el uso de los datos y, cuando éstos proceden de estudios financiados, los beneficios de la inversión también (PRYOR, Graham. 2012. «Why Manage Research Data?», en *Managing Research Data*, Graham PRYOR (ed.), London, Facet Publishing, pp. 1-2). Esto vale al menos para los beneficios públicos y generales, pero no es tan evidente que redunde en beneficio de los investigadores particulares, individuales. La literatura menciona diversos beneficios. Desde el estricto punto de vista del proceso de investigación, promueve los esfuerzos de colaboración, la innovación puesto que los datos preexistentes pueden someterse a nuevas aplicaciones e interpretaciones y un interés saludable en la calidad de los mismos en términos generales, incluyendo una documentación adecuada. Por éstas y otras razones, existe un creciente interés en la comunidad científica y el público en general en que se compartan los datos. Por supuesto, esto se ve favorecido porque la información empírica es fácilmente almacenada y transferida con los modernos ordenadores y los rapidísimos sistemas de comunicación electrónicos. La literatura, aquí seguida, ha discutido éstas y otras ventajas de compartir los datos (CORTI et al., 2014: 1-8 y 11-12; SIEBER, Joan E., 1991a. «Openness in the Social Sciences: Sharing

Data», *Ethics and Behavior*, 1, 2, pp. 76-78; SIEBER, Joan E., 1991b, «Introduction: Sharing Social Science Data», en *Sharing Social Science Data. Advantages and Challenges*, SIEBER, Joan E. (ed.), Newbury Park, Ca. [etc], Sage, pp. 11-14; TENOPIR, Carol/ ALLARD, Suzie/DOUGLASS, Kimberly/AYDINOGLU, Arsev U./READ, Eleanor/MANOFF, Maribeth/FRAME, Mike, 2011, «Data Sharing by Scientists: Practices and Perceptions». *PLos One*, 6, 6, p. 1) y parece que las mismas no escapan a la atención de instituciones que financian investigaciones científicas y de los editores de publicaciones académicas en los países científicamente avanzados (MCCAIN, Katherine W., 1995, «Mandating Sharing. Journal Policies in the Natural Sciences». *Science Communication*, 16, 4, pp. 408-413).

Sin embargo, compartir datos no sólo no es una panacea, sino que cuenta con importantes problemas. Los mismos no son baladíes y no deben subestimarse ingenuamente. Es importante reconocer no sólo la falta de tradición en la cesión de datos en Criminología –con la excepción de proyectos y publicaciones en colaboración– e incluso en ciencias sociales en general, sino también la falta de incentivos para los investigadores, sobre todo si ello implica trabajo añadido a cambio, en el mejor de los casos, de una vaga contraprestación futura. Naturalmente, existen importantes bases de datos de acceso abierto o prácticamente abierto que han sido y son utilizadas de modo exhaustivo y con muy buenos resultados, pero se puede decir que se trata de casos relativamente aislados.

La cesión de datos puede entenderse de varias maneras distintas. Para algunos comentaristas implica un acceso abierto, libre para todo aquel que desee utilizarlos (CORTI et al., 2014: viii), mientras que el término también es aplicable a prácticas cualificadas entre instituciones o equipos de investigación (Home Office. 2015. *Data sharing for the prevention of fraud code of practice for public authorities disclosing information to a specified anti-fraud organisation under Sections 68 to 72 of the Serious Crime Act 2007*, 5 (accesible en [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/415469/Data\\_Sharing\\_for\\_the\\_Prevention\\_of\\_Fraud\\_-\\_Code\\_of\\_Practice\\_web\\_.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/415469/Data_Sharing_for_the_Prevention_of_Fraud_-_Code_of_Practice_web_.pdf)); y en no pocas ocasiones un grupo de investigadores pone en común sus datos para beneficio recíproco y publicaciones en conjunto. Esto último está especialmente indicado con teorías que han despertado un gran interés y han generado ya varias bases de datos orientadas a la contrastación de hipótesis derivadas de aquellas. Un ejemplo de entre muchos posibles es el de la teoría de la acción situacional (WIKSTRÖM, Per-Olof et al. 2012. *Breaking Rules*, Oxford, Oxford University Press) y, de hecho, un número significativo de estudios previos han seguido esta vía indicada de unión de varias bases de datos –típicamente dos o tres. Es igualmente importante subrayar que esta teoría se encuentra conectada con el estudio *Peterborough Adolescent and Young Adults Developmental* (PADS+), un estudio longitudinal con altos estándares de calidad. En España, dicho sea de paso, se utiliza esta terminología de *longitudinal* con más flexibilidad, por ejemplo a diseños que no son de panel y que más técnicamente son estudios transversales repetidos. No existe ninguna pega en utilizar el nombre porque, aunque quizá no se ajusta a la práctica en nuestra disciplina, sí lo hace a la (científicamente imprecisa) definición de la RAE y, en todo caso, esta generosidad en la terminología es habitual en nuestra Criminología. Como digo, nada que objetar a la terminología, siempre, claro está, que no se pretenda dar la impresión de que diseños que pueden incluso ser muy pobres cuentan con alguna de las ventajas de sus remotísimos parientes. Lo que deseo sostener es que la excelencia del PADS+ permite a investigaciones más

modestas centrarse en aspectos más sencillos de la teoría de la acción situacional y partir con la ventaja de que ciertas asunciones por ejemplo de orden temporal han podido quedar ya establecidas con datos del estudio principal. Una ventaja adicional es que el PADS+ utiliza un cuestionario –en realidad varios, dada su naturaleza longitudinal y la heterogeneidad de los entrevistados– que ha sido aplicado ya por otros investigadores y que facilita esta labor colaborativa, limitada a la que me vengo refiriendo.

La práctica del acceso libre en la mayoría de disciplinas ha sido, con pocas excepciones, infrecuente (NELSON, Bryn, 2009, «Data Sharing: Empty Archives». *Nature*, 461, 160); y se ha denunciado la existencia de barreras frente a su implementación (TENOPIR et al., cit., 6-11). Como muestra de la prevalente falta de motivación de los investigadores para compartir sus datos, un estudio solicitó a diez investigadores que habían publicado en revistas académicas que explícitamente requerían a sus autores compartir sus observaciones, encontró que sólo uno accedió y envió los datos, mientras que siete no lo hicieron ni al recordárseles su obligación y a dos no se les pudo localizar (SAVAGE, Caroline J./VICKERS, Andrew J., 2009, «Empirical Study of Data Sharing by Authors Publishing in PLoS Journals», *PLoS One*, 9, 4, e7078, pp. 1-3). En general, por lo tanto, parece que no existen muchos incentivos para compartir los datos con otros colegas sin ningún tipo de contraprestación, por no hablar de libre acceso (KIM, Youngseek, 2013, *Institutional and Individual Influences on Scientists' Data Sharing Behaviors. The School of Information Studies- Dissertations*, Paper 85). Y es probable que eso siga igual al menos mientras las investigaciones financiadas y las publicaciones sean los estándares del éxito académico; y la exigente y costosa recolección de datos no sea igual de relevante (NELSON, cit., 163; SIEBER, Joan E., 1991c, «Social Scientists' Concerns About Sharing Data», en *Sharing Social Science Data. Advantages and Challenges*, SIEBER, Joan E. (ed.) Newbury Park, Ca. [etc]: Sage, 143). La literatura menciona otros importantes problemas como que ello podría comprometer la búsqueda de nuevos datos, que las muestras con una documentación pobre podrían ser mal interpretadas, que los procesos pueden ser costosos y llevar mucho tiempo, que el consentimiento informado podría no incluir el uso por otros investigadores o que los protocolos incluyan la destrucción de los datos, entre otros (MCCAIN, cit., 413-414; SIEBER, cit., 1991c, 142-145; STANLEY, Barbara/STANLEY, Michael, 1988, «Data Sharing: The Primary Researcher's Perspective», *Law and Human Behavior*, 12, pp. 173-178). Como vemos, no se puede asumir que las preocupaciones de los investigadores nunca sean legítimas (SIEBER, cit., 1991a, 71 y 78-84; SIEBER, cit., 1991c, 142) sino que, más bien, debe hacerse un esfuerzo para minimizar las consideraciones que existen en la actualidad y procurar, al contrario, motivar a los investigadores individuales. Del mismo modo, existen importantes argumentos éticos a favor de estas prácticas, pero a veces son demasiado vagos y algunos estudiosos pueden legítimamente no encontrarlos tan obvios (BORUCH, Robert F., Albert REISS, Joel GARNER, Kinley LARNTZ y Sally FREELS, 1991. «Sharing Confidential and Sensitive Data», pp. 61-86, en *Sharing Social Science Data. Advantages and Challenges*, SIEBER, Joan E. (ed.), Newbury Park, Ca. [etc], Sage, pp. 78-82; DAVIS, 1991, pp. 93-95; SIEBER, cit., 1991c, pp. 141-150). En determinados contextos, como cuando las reglas no se cumplen o cuando los recursos se asignan por motivos extracientíficos, es incluso imaginable que exista un deber de no compartir los datos.

Ceder datos implica, hasta cierto punto, una perspectiva diferente a la tradicional. Debe tenerse en cuenta que los datos tendrán un vida más larga de lo que se ha sido habitual hasta ahora: esto se conoce como el *ciclo de los datos* (CORTI, 2014: 17-22; PRYOR, cit., 5-9; TENOPIR et al., cit., 2). En vez de pensar como hasta hace poco en un proceso lineal que comienza con ideas o conjeturas con una base teórica y que termina con una publicación, la vida de los datos no termina en un momento concreto. De este modo, ya en la planificación de la investigación se deben tomar en cuenta estas cuestiones y guardar de modo incluso exhaustivo toda la información que se pueda sobre la recogida de los datos (DAVID, Martin, 1991, «The Science of Data Sharing: Documentation», en *Sharing Social Science Data. Advantages and Challenges*, SIEBER, Joan E. [ed.], Newbury Park, Ca. [etc], Sage).

El libro de Corti y sus asociados discute de modo sencillo muchos de los puntos recién señalados y ofrece muchas pautas pragmáticas para el proceso de cesión de datos. Así, además de lo ya reseñado, las ventajas e inconvenientes de esta práctica (CORTI, 2014, pp. 173-178), prestan atención a cuestiones de confidencialidad y éticas, así como a la toma en consideración de la legislación relevante (pp. 24-36 y 107-157) o el almacenaje y transferencia de los datos (pp. 86-106).

**Recensión a Manuel Maroto Calatayud, *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2015 (392 págs.)**

**Beatriz Romero Flores**

Universidad Internacional de la Rioja

En las páginas del libro de Manuel MAROTO CALATAYUD encontramos un estudio pormenorizado de los diferentes tipos delictivos que afectan a la financiación ilegal de partidos políticos, que como se ha constatado en la práctica judicial, se ha convertido en una de las fuentes más importantes de los fenómenos de corrupción en países como el nuestro.

Formalmente, la obra está estructurada en cuatro capítulos. El primero de ellos está dedicado a los escándalos de corrupción de nuestra historia democrática: desde el caso Flick relacionado con la ayuda germano-americana durante los primeros años de activación del sistema de partidos, pasando por el caso Casinos que salpicó al CDC y el caso Tragaperras, que comprometió al PNV y al PSCOE, así como los casos Juan Guerra, Naseiro, relacionado este último con la financiación irregular del Partido Popular, recién refundado, de finales de los ochenta y principios del noventa, hasta llegar al caso Filesa y Gürtel. Este primer capítulo aborda desde un punto de vista claramente criminológico de los escándalos políticos españoles, ofreciendo los datos más interesantes de los citados casos en los que se verifica el binomio financiación ilegal de partidos políticos-corrupción. Se puede afirmar que prácticamente la totalidad de los partidos políticos se ha visto implicado en casos de corrupción conectados con conductas de financiación irregular de los mismos.

El capítulo segundo se centra en la evolución de los modelos de partidos políticos, en clave sociológica, así como los aspectos financieros de éstos. El autor utiliza la sociología y la teoría política para desengranar el fenómeno social del escándalo político, analizando la evolución organizativa de los sistemas partidos y las estrategias financieras de dichos partidos políticos. Al final de este capítulo el autor repasa la normativa financiera electoral y ordinaria, así como los mecanismos de control interno y externo. El modelo de financiación de los partidos políticos no garantiza la transparencia esperada y no parece que la reforma del 2015 vaya a corregir las deficiencias ya existentes.

El capítulo tercero constituye la parte nuclear del libro y se titula: “Aproximación penal a la financiación de partidos”. En sus ocho apartados MAROTO analiza los delitos relacionados con la financiación ilegal de partidos políticos: delitos electorales, delitos societarios, delitos fiscales y fraude de subvenciones, asociación ilícita y blanqueo de capitales. En relación a los delitos electorales regulados en la LOREG, el autor analiza tanto el delito de falsedad contable electoral (art. 149), señalando la escasa relevancia jurisprudencial del mismo, como la apropiación indebida de fondos electorales. Resulta de interés el estudio sobre los delitos electorales en Estados Unidos (pp. 234-240).

Hay que tener en cuenta que cuando se habla de financiación ilegal de partidos políticos es necesario hacer referencia, no solo al *modus operandi* consistente en captar recursos de manera ilegal, vulnerando la legislación sobre financiación de partidos, sino también a la violación de la legislación penal contra la corrupción. Por ello, el autor dedica un epígrafe a la financiación ilegal como delito contra la Administración pública, haciendo un repaso de delitos como el cohecho, la malversación y la prevaricación, que tienen como protagonistas indiscutibles a los partidos políticos. En el último apartado de este tercer capítulo el autor estudia la tipificación autónoma del delito de financiación ilegal de partidos políticos, iniciando con las propuestas realizadas por los profesores Adán NIETO e Inés OLAIZOLA. Termina, pues, el capítulo con el obligado estudio de la reforma del código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que establece un nuevo Título XIII bis en el Libro II CP, con la rúbrica «De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos», en el que se contienen los nuevos artículos 304 bis y 304 ter. Se analizan en esta sede las figuras que sancionan penalmente la financiación ilegal de los partidos políticos, es decir, cuando las cantidades que financian su actividad se erogan quebrantando la normativa que regula la forma en que los partidos deben obtener los recursos necesarios para la consecución de los objetivos previstos constitucionalmente. Se cierra este apartado con los objetivos político-criminales que deberían gravitar en torno al delito de financiación ilegal: la lucha de “los efectos perversos del actual modelo de intervención penal sobre el sistema de partidos”; impulsar el respeto de la legislación sobre financiación de partidos “a través de la amenaza de sanción penal”; “promover el correcto funcionamiento de los mecanismos de control externo del régimen financiero de los partidos”; y, por último, promover el control interno de los partidos mediante “programas de cumplimiento y mecanismos restaurativos” (p. 320).

El último capítulo del libro, el cuarto, versa sobre la consideración de los partidos políticos como personas jurídicas, introduciendo la posibilidad de utilizar la justicia restaurativa en este ámbito.

Hasta aquí el análisis descriptivo de la obra de MAROTO. A continuación expondré algunas cuestiones críticas, resaltando, eso sí, la extensa bibliografía utilizada por el autor y el acierto a la hora de ofrecer una visión criminológica de los escándalos de financiación ilegal de partidos en España, en el capítulo uno y el enfoque sociológico del capítulo dos.

En primer lugar, considero que el apartado dedicado a la criminalidad organizada (pp. 285-298), se podría haber extendido más, haciendo referencia, en concreto, a la normativa internacional sobre este tema. Con respecto al fenómeno del blanqueo de capitales se echa en falta un estudio más detallado de las recomendaciones del GAFI y las diferentes actualizaciones de las mismas, así como las evaluaciones a las que se ha sometido España.

En segundo lugar, en la p. 301, al introducir los epígrafes siguientes en los que se explican las propuestas relativas a la tipificación autónoma de un delito de financiación ilegal, el autor escribe en la nota al pie de p. 327 lo siguiente: "Lamentablemente la publicación del excelente análisis de Inés OLAIZOLA se produjo cuanto el presente libro ya estaba en un avanzado proceso editorial, así que no ha podido ser tratado aquí con la extensión que se merece". En realidad, se podría haber suprimido esta nota porque MAROTO resume las propuestas de la citada autora de manera clara y exhaustiva.

En tercer lugar, habría sido conveniente realizar algunas observaciones sobre la técnica legislativa utilizada con la reforma operada por la LO 1/1015, de 30 de marzo. Nos referimos especialmente al uso de la técnica de la norma penal en blanco que remite a las prohibiciones recogidas en la LOFPP.

En cuarto lugar, en la página 321 se plantean las propuestas de *lege ferenda* del delito de financiación ilegal de partidos político, y se habla del uso de la justicia restaurativa en el ámbito partidista. Considero que sería necesario remitir al lector a las páginas 346 y siguientes en las que se enlaza esta cuestión con la democracia interna, inspirada en los planteamientos del criminólogo australiano BRAITHWAITE. Y de nuevo, en el apartado dedicado a las sanciones estructurales como estrategia de regulación, el autor vuelve a tratar el tema de la justicia restaurativa. Además, estimo que este aspecto tan novedoso podría haberse desarrollado un poco más.

Como último punto crítico de esta obra cabe señalar que las conclusiones ubicadas en las últimas páginas del libro solo se refieren al cuarto capítulo: Autorregulación e innovación democrática a través de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Habría resultado interesante que el autor ofreciera unas reflexiones finales globales sobre los aspectos penales que sobrevuelan la financiación ilegal de partidos políticos.

**Recensión a Carolina Villacampa Estiarte, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, (216 págs.)**

**Roberto Cruz Palmera**

Universidad Autónoma del Caribe (Colombia)

Carolina VILLACAMPA ESTIARTE es titular de Derecho penal en la Universidad de Lérida. En otra oportunidad se ha detenido a analizar el fundamento del delito de acoso sexual (*Acoso sexual*, en obra dirigida por QUINTERO OLIVARES *et. al.*, 2011). Pero ahora analiza otro contexto, la incriminación de actos preparatorios que adelantan la intervención penal para combatir la delincuencia sexual contra menores. No es esta su primera publicación en lo que respecta al tema, dado que ya se conocían otros trabajos que explican algunos puntos que conectan con este fenómeno (*La introducción del delito de "atti persecutori" en el Código penal italiano*, 2009; *La respuesta jurídico-penal frente al stalking en España: presente y futuro*, 2010; *El nuevo delito de stalking-acoso*, 2014; *Propuesta sexual telemática a menores u "online child grooming"*, 2014).

El libro se estructura en seis capítulos (I. "Concepto pre-jurídico de *child grooming*", II. "Características del fenómeno", III. "Política criminal en la delincuencia sexual", IV. "Normativa internacional incriminadora", V. "Incriminación del *child grooming* desde una perspectiva comparada" y VI. "La incriminación del *child grooming* en Derecho penal español").

En el cap. I. la autora inicia con un concepto pre jurídico del fenómeno *propuesta sexual telemática a menores* antes de discutir la "necesidad" de incriminar la conducta, pues al final demuestra que las conductas incriminadas pueden tener acomodo en preceptos que existían antes de la reforma de 2015 (pp. 25, 26, 50, 199, entre otros lugares). Seguidamente, ofrece un breve resumen de tres modelos que han intentado explicar el problema, así, *Addiction Cycle*, *Precondition Model* y *Descriptive Model of the Offense Chain*. Además, hace una descripción crítica de cara a recientes planteamientos del concepto de "*child grooming*". En concreto, expone las dificultades terminológicas del precepto, demostrando que ese delito no es compatible con la expresión de "*acoso*", pues se realizan conductas amigables tanto para producir un acercamiento como para alcanzar la confianza de la víctima; además, no hace falta que el contacto o la propuesta tenga un carácter reiterativo o insistente. La anterior es una de las tesis de esta obra: argumentar que no se trata de una *nueva* modalidad de "acoso sexual", aunque otro sector de la doctrina insista en lo contrario (cfr. p. 176, n. 370). Cuestión distinta –explica VILLACAMPA– es la concerniente al subtipo agravado, basado en la demostración de elementos como el engaño, la intimidación o la coacción para lograr el acercamiento. También, en esta parte se explica el proceso de abuso sexual (con sus modelos explicativos), así como las fases del "*child grooming*" cibernético.

En el cap. II. se presentan evidencias para demostrar por qué Internet es un espacio de *peligro*, además, se explican características y datos del fenómeno para fundamentar el delito. Se trata de una zona que facilita la impunidad del autor, pues probar la intención del *groomer* es uno de los puntos más problemáticos atendiendo a los indicios materiales. Por eso, se habla de la dificultad

de recopilar pruebas. La experiencia demuestra que Internet es un espacio atractivo para los menores y que durante el proceso de formar una “amistad”, en dicho ámbito, generalmente, se comparte mucha información que resulta útil para fines delictivos. Pues se dan a conocer intereses, experiencias, gustos, afinidades y otros datos que posibilitan el paso de un acercamiento virtual a uno real sin descontar que en el contacto virtual se produzcan acciones que atenten contra la libertad sexual del menor. En efecto, cuando los menores se sienten en confianza o entre iguales se facilita aún más el tráfico de información. El acercamiento se percibe en el mayor número de casos como inevitable. Por tanto, para el Estado es muy complejo ejercer control en este ámbito.

En el cap. III. la autora acude al Derecho comparado y analiza “la cruzada legal” en Estados Unidos, refiriéndose siempre a la legislación de este país a lo largo de toda su exposición. Resalta en este capítulo la mención de varios casos que explican la realidad sociológica del problema. VILLACAMPA demuestra, por medio de sentencias, estadísticas y otras fuentes, que la incriminación de esta conducta no se basa en el elevado número de casos ocurridos en la Red, sino en el pánico moral producido en la sociedad que estimula de inmediato la búsqueda de una solución. Por lo cual, se acude al Derecho penal (cfr. pp. 79, 80, 93, 117, entre otros lugares). También, en esta parte se explica que el mayor número de delitos contra la integridad sexual de menor ocurren en entornos familiares o en entornos muy cercanos (cfr. pp. 79- 84).

El cap. IV. trata la normativa internacional incriminadora, en donde sobresale siempre Estados Unidos como principal referente. Su autora explica que la legislación estadounidense ha sido tan influyente en nuestro entorno hasta el punto de impactar en organismos internacionales tanto europeos como americanos. Por caso, la Decisión Marco 2004/JAL, de 22 de diciembre. A todo esto, se trata del primer instrumento de la Unión Europea que consigue incriminar conductas relacionadas a la explotación sexual de menores y a la pornografía infantil (cfr. pp. 118-120). Esta Decisión, por decirlo de algún modo, “bebió” de la normativa de Estados Unidos, por eso, estimamos razonable que la autora se apoye, casi siempre, en esa legislación para explicar los aspectos más oscuros del fenómeno.

El cap. V., ya de más denso contenido, explica tanto el proceso de incriminación como otros aspectos del *child grooming* desde la perspectiva legislativa y social de otros países. Inicia con Estados Unidos, luego analiza la normativa de Inglaterra, Gales, Irlanda del Norte, Escocia e Irlanda, terminando con otros Estados de Europa continental. Como hemos anunciado, es acertado acudir a la normativa estadounidense como punto de apoyo por tratarse de una legislación que regulada con anterioridad la conducta a nivel Estatal y Federal antes de la elaboración del Convenio Lanzarote que obligó a modificar el Código penal español. Explica que en la legislación estadounidense, a nivel Federal, la pena oscila entre un mínimo de diez años y un máximo de cadena perpetua. Sin embargo, algunos Estados –como California, Oregón, Michigan, Utah– estiman la conducta como un “delito menor”, en consecuencia, el operador judicial puede sancionar con una pena inferior a un año de prisión o, de otro modo, optar por una sanción pecuniaria (cfr. pp. 141-144). Otro punto central en este capítulo es la presunta inconstitucionalidad del precepto en dicha legislación. Pues no es fácil determinar la intención del autor, normalmente solo se logran evidenciar pocos “contenidos sexuales en las conversaciones” y en su mayoría no son suficientes como para demostrar la verdadera finalidad

del sujeto (p. 142). Del mismo modo, se “acusa” al precepto de violar la libertad de expresión y de ser un precepto impreciso. En efecto, en la actualidad, los tribunales federales no han podido determinar cuál es la escala probatoria necesaria para poder imputar esta conducta (p. 147). Pasando a otras legislaciones, Reino Unido ha sido el primer país europeo en castigar estas conductas, año 2003. Se demuestra que el motivo de la incriminación obedece a “casos mediáticos” (p. 150). Actualmente, el tipo no requiere que el sujeto activo se dirija hacia la víctima a través de conversaciones con contenidos sexuales, obscenos, libidinosos, o a conocer aspectos privados o íntimos del menor. Por lo demás, tampoco se limita su aplicación a conductas *online*, de manera que el contacto puede ser también presencial. En términos penológicos “la conducta se sanciona con un máximo de pena que puede llegar a los 10 años, pero que no puede superar los 6 meses de prisión alternativos con multa si se sigue un procedimiento sumario” (p. 153). Un sector de la doctrina afirma que se trata de un “delito de pensamiento”, pues no castiga conductas que generen un resultado en términos materiales, sino *intenciones* que *podrían realizarse* en algún momento... (p. 151, n. 311). En todo caso, se sanciona a la persona que acuerde un encuentro con un menor, pues la intención de cometer un delito sexual se presume –a mi modo de ver– por la posición de inferioridad del sujeto pasivo. Para imputar esta conducta basta con que se haya contactado o comunicado con el menor en dos oportunidades, como mínimo. Llama la atención, a nuestro parecer, que no se requiera que las conversaciones sean de naturaleza sexual para imputar la conducta. Por eso, uno de los problemas consiste en demostrar la intención de quien contacta con el menor al no exigir que los mensajes revelen *contenidos sexuales*. En ese orden de ideas, la autora explica que es muy difícil afirmar que el simple contacto genere un riesgo lesivo para la intimidad o para la libertad sexual de la víctima. Otros países, como Noruega, también regulaban la conducta antes del Convenio Lanzarote, año 2007. El art. 201 del Código Civil Penal General noruego sanciona a quien acuerde encontrarse con un menor de 16 años para hacerlo “actuar de manera sexualmente ofensiva” o para tener algún contacto sexual (pp. 157-162). Pero se exige que el sujeto activo llegue al lugar de la cita o se desplace a un espacio cercano en donde pueda observarse el sitio de encuentro. Como se puede ver, en esta legislación la conducta está más restringida en comparación con las anteriores, pues es necesario un desplazamiento –cuanto menos– a un espacio muy cercano del lugar de la cita, requiriendo que el encuentro tenga por finalidad la comisión de algún delito sexual. Pues bien, en este capítulo el lector podrá encontrar una revisión de los aspectos más problemáticos del fenómeno en otras legislaciones como Francia, Holanda, Austria e Italia que no pueden ser abordadas en este espacio.

El cap. VI. trata, entre otros aspectos, el proceso de inclusión de esta norma en España. Su autora explica que el precepto se introduce en el Código penal en respuesta a las actuaciones de los pederastas y que se intenta su justificación con el argumento de castigar a quienes pretendan ganar la confianza de los menores para conseguir un encuentro sexual. No obstante, este precepto ha recibido varias críticas por parte de la doctrina, por ejemplo, se le acusa de ser un *tipo simbólico*, de *peligro hipotético*, un *delito de sospecha*, un *delito de peligro del peligro* o de un *mero acto preparatorio elevado a la categoría de delito* (pp. 166, 170, 168, entre otras). En esta dirección, VILLACAMPA ofrece un análisis crítico del precepto y comenta “los puntos más oscuros que se han identificado en la regulación”. Sin ir más lejos, el bien jurídico, el sujeto del delito y los elementos integrantes de la conducta (cfr. pp. 169, 186, 191).

Hasta aquí la exposición del planteamiento de Carolina VILLACAMPA ESTIARTE. Al respecto, desde mi punto de vista, podrían plantearse muy pocas objeciones. En concreto, me referiré a una ausencia que podría haber sido discutida en el texto con más detenimiento.

Llama la atención que en una obra tan seria como esta no se discutan, sin embargo, temas propios que caracterizan a los aspectos más controvertidos de este fenómeno en nuestra legislación. Me refiero a la fricción de este precepto con algunos principios penales elementales –presunción de inocencia, proporcionalidad–, materia que a mi modo de ver se discute de manera muy somera y escasa (pp. 81 y 200). Sobre el particular, me centraré en un aspecto de la proporcionalidad y sin excesivas precisiones, pues lo contrario exigiría matices que no puedo abordar en este momento. A mi juicio, es bastante criticable la *pena de prisión* en el primer apartado del precepto en comparación con el segundo. Ello es ilógico en atención a las finalidades perseguidas por el legislador que se recogen en las exposiciones de motivos tanto del anterior art. 183 bis como del vigente, art. 183 ter. El castigo resulta desproporcionado a la gravedad del resultado al tratarse de conductas de preparación en el *primer apartado*. Así las cosas, alguien que haya contactado con un menor y le proponga una cita para cometer un acto de carácter sexual podrá ser sancionado con pena de *prisión de uno a tres años*. Mientras que en el *segundo apartado*, una persona que contacte con un menor y este le facilite imágenes pornográficas en las que se represente la víctima recibirá un pena de *prisión de seis meses a dos años*. A mi parecer, cuando el menor se desviste a petición del sujeto activo la lesión al bien jurídico es más que evidente, casi que indiscutible en comparación con la mera propuesta (*apartado primero*).

A mi juicio, al estudiar esta obra encontramos argumentos de sobra para afirmar que el legislador no es fiel al el criterio excepcional para la punición de *actos preparatorios*, pues el art. 183 ter. “se limita a conductas preparatorias de delitos contra la indemnidad sexual de menores” (p. 190).

Sobre un tema como la propuesta sexual telemática a menores, y en concreto sobre la anticipación penal mediante la incriminación de conductas de estricta preparación, son muchas las propuestas que caben formular, puesto que abundan cuestiones muy complejas en esta materia. Pero este texto se convierte en una lectura obligatoria para quienes pretendan estudiar los aspectos más controvertidos del *delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*.

No puedo acabar sin unas palabras de la autora en la parte final del texto, palabras que revelan una solución plausible para este problema: “De nada sirve la incriminación de conductas, cuando el fin último es erradicar dichas prácticas, si no educamos a los potenciales sujetos pasivos para evitar directamente su victimización primaria. El de la educación de los niños y adolescentes [...] es el gran caballo de batalla que debe abordarse en materia de prevención” (p. 200).

## *Réplica*

### **Réplica a la recensión de la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales a *El elemento subjetivo de justificación en Derecho Penal (InDret Penal 4/2016)*.**

**Gonzalo D. Fernández**

Universidad de la República (Uruguay)

La Prof. Dra. María A. Trapero Barreales, quien posee una versación notoria en el tema específico que nos ocupa –su tesis doctoral al respecto es monumental–, me ha hecho el honor de realizar una recensión de mi libro sobre *El elemento subjetivo de justificación en Derecho Penal*.

La distinguida colega destaca, *ab initio*, el carácter controversial del problema. Comparto por cierto su conclusión, añadiendo que buena parte de la doctrina latinoamericana, incluidas algunas opiniones de elevado prestigio académico, impugna directamente la posibilidad de exigir un elemento subjetivo en las causas justificantes, postulando que los supuestos de exclusión de la antijuridicidad se configuran, sin más, con la sola concurrencia de los componentes objetivos.

Pues bien, invitado gentilmente a formular una réplica de la recensión hecha por la Prof. Trapero Barreales, me conformo con un puñado de puntualizaciones.

1.- No me pareció necesario incluir en el trabajo la historiografía de este instituto, recopilando todos sus antecedentes históricos. He optado, en cambio, por tomar como punto de partida las posiciones dogmáticas contemporáneas ya consolidadas. De todas maneras, creo que la numerosa bibliografía citada en el libro –es toda la que puede obtenerse desde este rincón del mundo– le permitirá a cualquier lector, que estuviere particularmente interesado en el tema, recorrer el tránsito histórico del elemento subjetivo de justificación dentro de la ciencia penal.

2.- La autora de la recensión encuentra una incongruencia en el abordaje de la justificación de los delitos imprudentes, que ha de ser –por cierto– el subtema o tópico más discutible dentro de la problemática del elemento subjetivo de justificación. En torno a ello la Prof. Trapero Barreales cuestiona que no he aclarado si soy o no partidario de exigir el conocimiento de la situación justificante, cuando se trata del caso de un delito imprudente.

3.- No comparto su objeción. El libro relaciona, en primer lugar, la postura de quienes abogan por una configuración puramente objetiva de la justificación en el delito imprudente, que conciben también como un tipo de construcción puramente objetiva. En segundo lugar y a continuación se explicita también la postura de la denominada “*justificación separada*”, que argumenta la imposibilidad de atribuir una tentativa –lo cual sería la consecuencia de la carencia del elemento subjetivo de justificación– en el marco de un delito culposo. En tercer término, el libro enuncia la

postura de quienes sólo admiten la concurrencia del elemento subjetivo justificante en los supuestos de culpa conciente, declinando exigirlo en los casos de culpa inconciente. En cuarto lugar, el libro refiere también la posición de quienes se decantan por limitar la gravitación del elemento subjetivo justificante únicamente para el supuesto de tipos imprudentes de resultado material.

4.- Y luego de ese muestreo de opiniones doctrinales –las cuales aquí apenas sintetizo–, en la p. 104 dejé sentada mi propia opinión personal, sosteniendo que *“en la tesis de mínima, el conocimiento de la situación ... es el elemento intelectual o cognitivo bastante para acreditar la concurrencia de un componente subjetivo de exclusión del injusto imprudente, compensando el desvalor de acto”*.

5.- Por tanto, y sin perjuicio de añadir que en el Derecho uruguayo no está reconocida la culpa conciente, creo que es coherente la opinión de que en la imprudencia –al igual que en el tipo doloso– el elemento subjetivo de justificación también se recuesta en la denominada teoría cognoscitiva; esto es, consiste en el conocimiento de la concurrencia objetiva de una situación justificante.

6.- Finalmente, en cuanto hace al error de Derecho, ratifico que, a mi juicio, la regla del *“error iuris non excusat”* consagrada por el art. 24 del Código Penal Uruguayo de 1934 (v.gr.: la presunción absoluta, *“iuris et de iure”*, de la voluntariedad del error de Derecho que recae sobre una norma penal) fue derogada por la Constitución de la República aprobada después del Código Penal en el mismo año 1934 y por todas las Constituciones sucesivas en el tiempo, hasta la de 1967. En otras palabras, sufragó por la idea de que el error de permisión, que recae sobre la existencia alcance o límites de una causa de justificación, no puede ser considerado un error de Derecho penalmente irrelevante.

7.- En los supuestos de error inverso de justificación (recaído sobre la concurrencia de los componentes objetivos de la justificante, que el autor empero desconoce) no veo posible elencarlo como un supuesto de tentativa inidónea, por la razón del artillero: en el ordenamiento penal uruguayo no está consagrada la tentativa inidónea, sino tan solo la tentativa imposible.

8.- Por tal razón, no encuentro hasta ahora modo alguno de eludir que tanto el error inverso de justificación (en dogmática pura, configurativo de un supuesto de tentativa inidónea), cuanto el error inverso de permisión, terminen ambos agrupados en la hipótesis del delito putativo receptada por el art. 8 inc. 1º del Código Penal Uruguayo; norma que prescribe que *“no se castigará el hecho jurídicamente lícito, cometido bajo la convicción de ser delictivo”*.

9.- Es cierto que el delito putativo faculta al Juez para la aplicación de medidas de seguridad preventivas, consistentes en la caución de no ofender y la vigilancia de la autoridad (art. 100 del Código Penal). Es verdad que el asunto no es baladí –como bien lo señala la autora de la recensión bibliográfica–, pero tampoco supone una medida penalmente severa. Porque la caución de no ofender se reconvierte preceptivamente en la sola vigilancia de la autoridad, si el agente careciera de fiador (art. 101 inc. 2º Código Penal). Y esta última no es sino la vigilancia corriente

que se le impone a cualquier reo, condenado por delito, cuando obtiene su libertad condicional o bien una condena condicional (art. 102 del Código Penal).

10.- En consecuencia, se trata de la solución "*menos mala*" en nuestro Derecho y, además, de nula aplicación práctica. Puedo asegurar que en los casi 40 años de ejercicio de la docencia universitaria y de la profesión de abogado no conozco un solo precedente jurisprudencial de una condena por delito putativo. La norma legal respectiva es letra muerta en nuestro Derecho. En puridad, estos procesos se resuelven todos al cabo de la investigación penal preparatoria, aplicando el principio de oportunidad, con la clausura y archivo de la causa.

Por último, agradezco nuevamente a la Prof. Trapero Barreales el trabajo que se ha tomado en formular la recensión, así como la oportunidad de réplica que me ha concedido la revista, confiando haber podido clarificar algo más los extremos cuestionados.

## Reseña

### Obras generales de Derecho penal ecuatoriano

**Daniel A. Kuri García**

Universidad de Especialidades Espíritu Santo (Ecuador)

En el Ecuador se ha dado una reforma completa del sistema penal a raíz de la publicación del Código Orgánico Integral Penal (COIP). Dicho código recopila, con sus aciertos y desaciertos, toda la legislación penal, incluyendo la procesal y de ejecución de penas. De la mano de la reforma se publicaron varias obras que, sin duda alguna, vienen a enriquecer el ambiente académico en el Ecuador. Muchos estudios empiezan a abordar los nuevos problemas que toda reforma trae, pero en especial la actualización de la dogmática penal nacional. La presente reseña intentará abordar las obras que de una u otra manera reflejan dicha situación, centrándose en las obras de parte general que han sido publicadas a raíz de la promulgación del COIP, o en su defecto que han sido actualizadas con dichos fines. Las obras varían en su estructura y contenido, pero se excluyen grandes obras que, si bien tienen relevancia para el estudio del Derecho penal en el Ecuador (como sin duda son las del profesor Jorge Zavala Baquerizo, que marcan un antes y un después en el pensamiento penal ecuatoriano), no ofrecen un panorama amplio de la parte general.

Como una nota introductoria debo señalar que el COIP representa la primera reforma significativa de la parte sustantiva penal en el Ecuador, en especial de la parte general, que es dada por un cuerpo democráticamente constituido en más de cien años. Tanto el Código de 1906 como el de 1938 (que tuvo varias codificaciones, por lo que se encontraba vigente hasta la aparición del COIP) fueron promulgados por dictaduras. Si se quiere revisar la historia de la evolución de la legislación penal ecuatoriana hasta poco después de la codificación de 1971, recomiendo revisar la obra de N. RAUB, *Entwicklung und Stand del Freiheitsstrafe in Ecuador*, Centaurus-Verlagsgesellschaft, Pfaffenweiler, 1986.

Una observación general y común a todas estas obras es el escaso uso de la jurisprudencia nacional de forma analítica y conjunta con la exposición dogmática. Esto puede deberse a varios factores: el más obvio sería que pueda esperarse a que exista jurisprudencia que utilice el COIP; pero la realidad es, sin embargo, que no existe realmente una cultura jurídica lo suficientemente desarrollada en el Ecuador que permita hacerlo. Por lo general, históricamente, las resoluciones judiciales se han caracterizado por tener una muy mala calidad. Con bloques de texto casi ininteligibles, ideas poco desarrolladas y plasmadas incoherentemente: muchas veces ha sucedido que una postura doctrinal determinada en una sentencia de la Corte Nacional se ve cambiada por otra, casi opuesta, por los mismos jueces y en muy poco tiempo de separación. Esto crea un estado de la cuestión donde la jurisprudencia ha resultado poco confiable, situación que actualmente se ve que está cambiando tanto en la calidad como en la certeza.

Otra observación necesaria es como ciertos temas concretos empiezan a adquirir especial relevancia. El COIP ha introducido en el Ecuador una serie de avances y retrocesos doctrinales, en especial en materia de omisión, autoría y participación, imprudencia, así como la positivización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En algún momento, mientras se gestaba el COIP, tuvo una fuerte influencia garantista y finalista (en especial de la mano de autores como ZAFFARONI). Sin embargo, entre más se alejaba el proyecto de la mano de la academia y se acercaba a la mano de los políticos, más incoherente se volvía. Termina con disposiciones poco claras –como es el caso de la “omisión dolosa”, que en realidad es la comisión por omisión y parece excluir la posibilidad de la existencia de la omisión culposa–; otras claramente fuera de uso (incluso por la propia jurisprudencia) –como es el concepto de dolo, y la incorporación del dolo preterintencional para todos los delitos–; otras que tienen solo un sentido político –como la inclusión de los autores dentro de la categoría de “participes”, para poder incluir al autor no calificado en los delitos de peculado dentro de la cláusula constitucional de imprescriptibilidad–; e incluso se excluyó la positivización del error de tipo y de prohibición debido a la posible “aquiescencia de un administrador de justicia corrupto o ignorante” (textual del veto parcial presidencial al proyecto de ley) haga mal uso de dichas figuras. En fin, la labor de los tratadistas ha sido precisamente en indagar en muchos de estos temas e intentar encontrar soluciones que puedan ser sostenidas bajo los estándares doctrinales y de justicia actuales. Sin embargo, muchas de las obras prefieren omitir el tema del todo, lo que puede afectar al nivel y evolución del debate.

La primera de las de las obras que deben ser mencionadas es la de R. GARCÍA FALCONÍ (*Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo I, 2.ª ed.*, Latitud Cero Editores, Quito, 2014). Sin duda es una de las obras más completas que se han publicado sobre Derecho penal parte general en el Ecuador, y no solo en referencia al actual Código. En su corto tiempo, siendo la 1.ª ed. a inicios del 2014, ya se ha convertido en un punto de partida para la discusión doctrinal nacional, pues más que un mero comentario es, propiamente, un manual. La estructura de la obra va realizando explicaciones doctrinales artículo por artículo, tomando las necesarias pausas entre ellos cuando las aclaraciones doctrinales sean pertinentes. Sostiene una teoría del delito tripartita, partiendo de la separación realizada en el propio texto legal. Mantiene un concepto social de acción, partiendo de la idea de la lesividad de la conducta a los bienes jurídicos como piedra angular de su teoría. La obra, al mantenerse bajo el mismo ritmo de la parte general del COIP, abarca no únicamente la teoría del delito, sino además las distintas formas de aplicación de la pena en nuestro ordenamiento jurídico –temática que por lo general se ha tratado poco o muy superficialmente. Esta obra, si bien no entra en detalle sobre la imputación objetiva, hace una interesante indagación (en especial en la 2.ª ed.) sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador, así como la interpretación de la problemática cuestión de la omisión en el COIP. Sin duda es una de las obras, académicamente, más completas, siendo el primer tomo de una serie que aún está en proceso de gestación (habiendo ya el segundo tomo sido publicado en 2016, que entra sobre los primeros artículos de la parte especial).

La obra de J. ZAVALA EGAS (*Código Orgánico Integral Penal. Teoría del delito y sistema acusatorio*, Murillo editores, Guayaquil, 2014) también es una obra que vale la pena resaltar. Manteniendo la necesidad de abordar el nuevo sistema penal, esta obra logra condensar los dos aspectos más importantes de las reformas: la parte sustantiva y la adjetiva. La primera parte de la obra

establece las bases de un sistema penal normativo-funcionalista, que será el punto de partida para la teoría del delito luego esbozada. Se mantiene el sistema tripartito pero partiendo del concepto negativo de acción. Esto trae que el esquema básico de todo delito sea el de la comisión por omisión, por lo que todo delito exigirá la posición de garante –lo que permite hacer una interpretación muy particular del COIP. A diferencia de otros autores, esta obra adentra ampliamente en la teoría de la imputación objetiva, exponiendo para el efecto una teoría de las normas compatible con dicha posición. Es interesante también la postura que mantiene dicho autor de interpretar la legislación de una forma que lleva a la cuasi-positivización de la imputación objetiva, postura que ya ha sido materia de debate. Sin embargo, y quizás por el enfoque propio de la obra, no se abarcan temas relacionados al tipo subjetivo –entre otros aspectos–, sin que ello afecte la calidad de la obra. Si bien la obra aborda el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dicha temática es examinada con mayor profundidad por el autor en otra obra posterior (*Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema constitucional ecuatoriano*, UEES, Samborondón, 2015). Esta obra mantiene la misma perspectiva académica, en la que no solo se enfoca en la parte sustantiva, sino también en los aspectos procesales que dicha figura conlleva.

Una de las obras que abarca de manera más extensa la totalidad del COIP es la de F. YÁVAR NÚÑEZ (*Orientaciones COIP*. Tomo I al VI, Producciones Jurídicas Fernayú, 2014). Si bien es una obra que se extiende por la totalidad de la legislación penal, a las finales no termina siendo una obra de un carácter académico riguroso. Como el título de la propia obra lo indica, se tratan de unas “orientaciones”, que consisten en breves comentarios al articulado sin entrar mucho a nivel de debate doctrinal o poner una postura clara para temas específicos (un ejemplo de ello es la confusión que hace la obra al hablar en materia de omisión). Sin embargo, algo muy rescatable que realiza dicha obra es que es de las pocas que intenta realizar aproximaciones jurisprudenciales. Pese a que en casos se limita a la reproducción completa de las sentencias, y en algunos casos extranjera, es un factor que muy pocas obras a nivel nacional se encargan de realizar.

La obra de W. MERINO SÁNCHEZ (*Derecho Penal Parte General*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2014) es otra de las obras nuevas que se presentan en materia de parte general. La primera parte de la obra hace una aproximación criminológica al Derecho penal ecuatoriano, posteriormente entra ya al análisis de la teoría del delito y sus respectivas categorías. Dicho autor, a diferencia de la mayoría de autores, sostiene un esquema bipartito del delito, donde las causas de justificación se traducirían como elementos negativos del tipo. Posteriormente el autor expone su posición sobre la imputación objetiva, y reproduce un par de sentencias de la Corte Nacional donde sus instituciones son tomadas en cuenta. Por desgracia la obra no entra en análisis de otros factores como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ni profundiza sobre las causas de exclusión de la culpabilidad. Tampoco ahonda sobre la omisión, la imprudencia o la autoría. Ante ello, el lector solo puede esperar que en una posterior edición el autor aborde estos temas, a fin de completar lo que sería una obra que ofrece una perspectiva e interpretación interesante de la legislación.

A diferencia de las obras anteriormente mencionadas, la obra de E. ALBÁN GÓMEZ (*Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Tomo I, Ediciones Legales, Quito, 2015) es una actualización al COIP de su anterior edición. Realmente, y en palabras del propio autor, es más una reelaboración que una nueva edición –razón por la cual vuelve a ser una 1.<sup>a</sup> edición de la obra. Mantiene el sistema tripartito del delito, y aborda mucha de la temática de manera clara y concisa. Mantiene un nivel didáctico, pero no permite al lector adentrar mucho en conceptos dogmáticos profundos que permitan establecer un debate –ejemplo de ello es el tratamiento de la imputación objetiva y de la imprudencia. Sin embargo, el autor logra resaltar con claridad los problemas y contradicciones de la legislación actual. Por ejemplo, en el ámbito de la autoría mediata se identifica al instigador como una forma de autoría mediata; o en el ámbito de la omisión parece reducir los casos de comisión por omisión a ciertos bienes jurídicos, y solo a la modalidad dolosa de la misma. La brevedad de la obra, y el constante planteamiento de críticas y preguntas, hace que la obra sea (como en efecto lo es) un buen material didáctico para alumnos, que sirve de guía para complementar con otras lecturas que permitan una mejor comprensión temática.

Otra obra que realiza una actualización a su anterior edición es la de A. ZAMBRANO PASQUEL (*Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4.<sup>a</sup> ed., Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2016). Si bien dicho autor también ha publicado otra obra sobre el COIP (*Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*. Tomo I-III, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014) que abarca la totalidad del Código, es el Manual el que tiene un mayor interés didáctico sobre la parte general; pese a ello, deben tomarse hasta cierto punto como obras complementarias. Dicho autor mantiene una postura fundamentalmente finalista, y con ello las consecuencias propias de dicha estructura. Esto hace que esta obra tenga un especial interés precisamente para tener una interpretación distinta de la legislación. Temas como los de la imputación objetiva no son tratados en el *Manual* (sí en el *Estudio Introductorio*), y temas como la responsabilidad penal de las personas jurídicas son tomados desde una perspectiva crítica. El *Manual* termina con una exposición de criminología y de política criminal, visión que se presenta de manera más clara a lo largo del *Estudio Introductorio*. Estas particulares posturas hacen que las obras de dicho autor colaboren con la diversidad de posturas en la discusión dogmática nacional.

La obra de M. ENRIQUE PACHECO (*Fundamentos del Derecho Penal en el Ecuador*, El Fórum, Quito, 2015), si bien no es una obra que abarque la teoría del delito, abarca los principios limitadores del Derecho penal. A mi parecer esta obra merece ser mencionada debido a la superficialidad en la que muchas veces son tratados dichos principios en la mayoría de las obras, pese a que muchos de dichos principios tienen una gran importancia para la elaboración del sistema penal. Este libro puede tomarse como introductorio para otro libro del mismo autor, pero esta vez en conjunto. La obra de A. ROMÁN MÁRQUEZ y M. ENRIQUE PACHECO (*Teoría del Delito en el Ecuador*, El Fórum, Quito, 2015) resulta un poco más tópica que general. Abarca un conjunto de trabajos de los autores que ofrecen una perspectiva más académica de los temas que generalmente se discuten con la aparición del COIP, tales como: la imputación objetiva, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el tratamiento de la teoría del error, entre otros. Sin duda, no son obras que únicamente se complementan entre sí, sino que además complementan el estado de la discusión dogmática.

La obra compilada por R. ÁVILA SANTAMARÍA (*Código Orgánico Integral Penal. Hacia su mejor comprensión y aplicación*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2015) es producto de la recopilación de distintas ponencias que se dieron un seminario que se realizó en el 2014 entre la publicación en el registro oficial y la entrada en vigencia del COIP. Esta obra abarca distintos aspectos de parte general, especial, procesal y de ejecución del Código a forma de las diversas ponencias de los autores. Nuevamente, la estructura del delito, la imputación objetiva, el error y la imprudencia marcan los ejes de la discusión de la parte general. Esta obra es un buen ejemplo de cuales han sido los temas de discusión desde la promulgación del COIP.

Estos son algunos de los manuales de mayor relevancia que han sido publicados tras la promulgación del COIP. Como mencione anteriormente, existen otros manuales que, sin embargo, no se encuentran actualizados a la nueva legislación. Como un comentario final, muchas de estas obras pecan de un relativo aislamiento. Las citas a otros autores nacionales, y con ello de una discusión “en papel”, son muy escasas. Es de esperar que entre más se difunden las obras, y más se abre el espacio de discusión, esto vaya cambiando.