

**Recensión: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*,
Tomo 120 (2008), fascículos 1 y 2**

Jean Pierre Matus A.

Dr. en Derecho, Profesor Asociado y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la
Universidad de Talca
director@dpenal.cl

El fascículo 1 de la *ZStW* del año 2008, comienza con una nota necrológica sobre el recientemente fallecido criminólogo alemán Günther Kaiser, escrita por el Prof. Dr. Heinz Müller—Dietz (pp. 1-10) y luego contiene una interesante discusión sobre *el comienzo y final de la protección jurídica de la vida humana* con dos artículos dedicados a este tema, uno del mismo título escrito por el Prof. Dr. Joerden (pp. 11-21) como respuesta al publicado en esta misma revista por el Prof. Dr. Silva Sánchez en 2006;¹ y una breve *Réplica* del propio Silva Sánchez (pp. 22-24). Luego, la Dra. Claudia Keiser pone en cuestionamiento —a la luz del derecho internacional de los derechos humanos— el fenómeno creciente de “adultización” del derecho penal juvenil alemán, que se traduce, en general, en que desde 1990 hasta esta fecha, numerosos estados federados alemanes han modificado sus leyes para “encarcelar más rápida, fácil y prolongadamente” a los autores juveniles más comprometidos con el delito, ya sea en su gravedad o en su reiteración (“¿*Delinquentes juveniles como adultos penalmente responsables? El fenómeno de la “adultización” a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*”, pp. 25-67); terminando el fascículo con un artículo del asistente en Leipzig, Dr. Benno Zabel sobre las relaciones entre las necesidades políticas de seguridad y el derecho penal (“*La función de orden público del Derecho penal. Historia, significado y legitimación de la garantía estatal de seguridad a través del derecho*”, pp. 68-120), donde se manifiesta la permanente tensión entre las necesidades de policía, esto es, las finalidades preventivas (policiales) del derecho, y lo que sería propio de un derecho penal que “garantiza la libertad”, concluyendo tras un análisis histórico que “el pensamiento policial juega y ha jugado en el Derecho penal un rol más o menos importante” y, por lo tanto, “no es ningún *nuevo* fenómeno de la moderna “lucha” contra la criminalidad” (p. 104). En el fascículo 2 de este año, en cambio, sólo uno de sus artículos aborda un tema propiamente dogmático (Prof. Dr. Amelung: “*Sobre la teoría de la voluntariedad en el desistimiento impune de la tentativa*”, pp. 205-245), cuatro se refieren a aspectos procesales y un último a la discusión acerca de la naturaleza jurídica de las sanciones impuestas por la Unión Europea.

De todos los artículos, lo más interesante es, sin duda, el debate entre Joerden y Silva Sánchez. La tesis de Silva Sánchez, expuesta en 2006, es que si se considera como “ser humano” a toda forma de vida humana desde el momento de la concepción, el tratamiento diferenciado de la protección penal del que está por nacer (en especial, las autorizaciones para abortar a los “no deseados”), equivale a *excluirlos* de la categoría de “personas”, de una manera aún más radical que a quienes, según la dicotomía *amigo-enemigo* propuesta por Jakobs, se les imponen regímenes penales extraordinarios, con menos garantías y más rigor que el de los “*ciudadanos*”, aplicados principalmente a terroristas, ciertos delinquentes sexuales, y reincidentes. La diferencia estribaría en que, mientras los “enemigos” conservarían aún cierto *status personae*, al reconocérseles destinatarios de ciertos (más limitados) derechos y ciertas (más gravosas) cargas, a los *indeseados* se les privaría radicalmente del *status personae*, pasarían a ser objetos de disposición de la voluntad de otras personas, *absolutamente excluidos* de la sociedad, o al menos de la protección que el derecho penal brindaría a las verdaderas *personas en derecho*, “como en otros tiempos [lo fueron] los esclavos, los pertenecientes a otras razas o etnias, etc.”. Por extensión, estas críticas al derecho penal contemporáneo “abarcarían coherentemente a los seres humanos nacidos hasta que alcanzan una cierta edad y, asimismo, a seres humanos adultos con determinadas enfermedades”, cuyo derecho a mantenerse en vida no dependa de su mera existencia o de los efectos de su propia organización, sino, “básicamente, de un interés

¹ SILVA SANCHEZ, Jesús María, “Los indeseados como enemigos: la exclusión de seres humanos del *status personae*”, *ZStW* 118 (2006), pp. 547-573. La versión en castellano apareció en *RECPC* 09-01 (2007), pp. 1-18, en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf>.

(coyuntural) colectivo o de ciertos terceros".

Joerden, quien es citado por Silva Sánchez entre quienes propugnarían este proceso de "despersonalización" del producto de la concepción, al concebir como *persona* básicamente a quien tiene capacidad de conciencia, esto es suficiente actividad cerebral como para presumir que podrá tenerla, lo que trae como consecuencia que, quienes están en condición de "muerte cerebral" podrían ser considerados "no personas" (y habilitarse así la licitud de los trasplantes de órganos), lo mismo que el óvulo fecundado, el embrión y al feto que no alcanzan esa mínima actividad cerebral, responde con el siguiente argumento: la crítica de Silva Sánchez proviene de un *petitio principii*, pues no habría en su texto una aclaración o explicación de por qué el óvulo fecundado por su sola existencia *debe* moralmente considerarse *persona*, igual que los nacidos, excluyendo otras *células humanas* que comparten con éste la *potencialidad de, bajo ciertas condiciones, subdividirse y, en definitiva, convertirse en seres humanos*, lo cual es conocido respecto de las células seminales (óvulos y espermios) y, ahora, han demostrado las investigaciones genéticas modernas como posible incluso a partir de simples células de la piel (pp. 12-14). Según Joerden, además, al identificar Silva los seres humanos con una célula o conjunto de células que tienen *la potencia de desarrollarse para convertirse en un hombre en forma*, incurre en una falacia (aplicable a cualquier punto de partida "potencial" que se adopte) que es contrastada habitualmente con el llamado "argumento del Príncipe Carlos", desarrollado por Peter Singer: "el Príncipe Carlos no es todavía el Rey, aún cuando él quiera y tenga la potencialidad de llegar a serlo, y no tendría ningún sentido, conferirle ahora todos los derechos del Rey sólo porque, presumiblemente, alguna vez llegará a ser el Rey de Inglaterra" (p. 14s.). Este argumento no podría, según Joerden, ser contrastado por el simple expediente de decir que la "potencialidad" de llegar a ser un ser humano en forma es sólo un "accidente" de una esencia o sustancia ya existente, el ser humano, pues entonces debe responderse a la pregunta de por qué "ese "ser humano" existiría sólo a partir de la fecundación y no estaba "allí" ya desde antes".

En su *Réplica*, Silva sostiene que la crítica de Joerden no le alcanza, pues él no sería de la opinión que el óvulo fecundado tiene igual derecho a la protección de la vida que los seres humanos "en forma", por serlo *en potencia*, sino porque "ya se ha desarrollado como hombre" (p. 22). Y por lo tanto, "el producto de la concepción es el límite moral relevante entre no—personas y personas, porque sólo tras la concepción existe un hombre y cada hombre es una persona" (p. 22), agregando que así lo demostraría la biología y la genética, amén del uso general del lenguaje, pues se pregunta, "¿qué debiera ser sino el fruto de la concepción: un animal, una planta, alguna otra cosa, un *quintum genus*?" (p. 23).

Naturalmente, a esta última pregunta se puede responder con facilidad: son células humanas, que no constituyen todavía un ser humano.

La perplejidad del *continuum* de la vida en nuestro mundo físico y los avances de la biología y la medicina moderna nos ponen en un entredicho moral y jurídico que no parece fácil resolver con un argumento biológico. Pero tampoco se puede resolver mediante uno jurídico o de simple uso del lenguaje. Al respecto, sólo es posible constatar, y en ello lleva razón Silva Sánchez, que nuestras sociedades occidentales distinguen claramente, al menos, entre los *nacidos* y los que *están por nacer*, asignándoles generalmente el *status personae* a los primeros, reservando para los segundos un *régimen jurídico diferenciado*, que puede ir desde la simple reducción de las penas previstas para su destrucción (*aborto*) en comparación con las del homicidio (como en Chile), hasta una exención general de pena para su destrucción dentro de un período determinado (generalmente, 12 semanas desde el *embarazo*, como en Francia y en los Estados Unidos), pasando por diversos sistemas de *indicaciones* para permitirlos, dentro o no de ciertos plazos (como en Alemania y España).

¿No estamos de acuerdo con esta *descripción* de la realidad de nuestros sistemas normativos, pues consideramos que *también el óvulo fecundado debiera ser estimado persona, igual que los nacidos*? Entonces de nuevo tiene razón Silva Sánchez al *criticar* la situación actual.

Pero no parece tenerla si se quiere hacer la crítica utilizando categorías *descriptivas*, como las

dicotomías Jakobsianas de *amigo-enemigo*; *persona* y *no-persona*; y, sobre todo, la sistémica de *exclusión—inclusión*. Pues si estas categorías son “descriptivas”, no sirven para criticar, sino únicamente para describir el hecho que, para *diferenciarse*, todo sistema debe excluir y todo sistema normativo contempla la definición de sus destinatarios (*personas*) y regímenes más o menos excepcionales.

Los destinatarios de la pregunta acerca de cómo debiera organizarse *mejor* una sociedad, esto es, cómo *debiera ser su sistema normativo* y, *por tanto*, a *quiénes debiera considerar personas o no*, no son los operadores del sistema normativo, sino los del político y, si acaso, los líderes morales que en él influyen. No obstante, también en la medida que los jueces puedan resolver aspectos no suficientemente regulados de estas cuestiones, puede valer la pena intentar convencerles a ellos antes que a toda o la mayor parte de una comunidad.

Y por lo mismo tiene razón Joerden cuando exige, indirectamente, para *cambiar la comprensión moral* que se reflejada en la actual *autocomprensión normativa* de nuestras sociedades, que se ofrezca un argumento que permita convencer a la sociedad por qué el óvulo fecundado *debería* considerarse *persona*, en igualdad de derechos con, al menos, los *nacidos*, más allá de la discutible afirmación de que se estime o crea personalmente que ese conjunto de células humanas es también un ser humano.

**Recensión: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*,
Tomo 155 (2007), fascículos 1 a 6**

Jean Pierre Matus A.
Dr. en Derecho, Profesor Asociado y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la
Universidad de Talca
director@dpenal.cl

Los números del primer semestre del año 2008 de *GA* contienen en su sección de artículos o *Abhandlungen* una importante cantidad de contribuciones en relación a los nuevos y viejos problemas del derecho penal.

Así, comienza el primer fascículo con una contribución de Hans Achenbach acerca de las finalidades de las penas y el valor de las multas administrativas como sanciones (*¿Retribución de las conductas materialmente socialmente daños a través de una mera multa administrativa? Sobre el desarrollo de la problemática de la "graves" infracciones al orden de carácter económico?*, pp. 1-17), donde se expone el desarrollo histórico de estas sanciones y se cuestiona como un supuesto de *defecto de proporcionalidad* el que graves ataques a los "elementales valores de la comunidad" sean entregados, por el arbitrio del legislador, al ordenamiento administrativo, en circunstancias que las multas administrativas aparecerían como *inequívocamente inapropiadas* para, por ejemplo, una adecuada protección de la libertad de competencia y la libre fijación de los precios por el mercado. A continuación, Ricardo Robles Planas (enfrenta el manido *topoi* de las mal llamadas *acciones neutrales*, discutiendo las soluciones ofrecidas por Jakobs y Hirsch al respecto y proponiendo una solución propia al problema de cómo incardinar en el derecho penal la infracción al deber general de solidaridad, a partir de la distinción de los deberes en juego: si bien la regla general sería que nadie tiene el deber de cuidar de las consecuencias de sus actos cuando un tercero plenamente responsable toma el control del suceso, el que puede ver como propio; se puede responder como interviniente del hecho ("*Entre la complicidad en el hecho y la omisión de socorro. Al mismo tiempo, una contribución acerca de la lesión de los deberes de solidaridad en el Derecho penal*", pp. 18-32) si se tiene el deber especial de evitar esos delitos; y si, de acuerdo a las concretas circunstancias del caso, se dirige la propia conducta como condición para la realización de un hecho posterior que, por esa sola razón, no puede considerarse enteramente ajeno; y ello con total independencia de la "inmediatez" o no de éste (pp. 29-30). Finaliza este fascículo con una contribución de Benno Zabel donde se vuelve a discutir acerca del sentido sistemático y práctico de la regulación del "error de prohibición" ("*Actuales problemas de fundamentación y aplicación de la dogmática del §17 StGB*", pp. 33-55).

El fascículo 2 comienza con una contribución de Thomas Rotsch ("*Sobre el concepto de sustracción en el hurto*", pp. 65-77) en que expone, contra la doctrina mayoritaria, una nueva interpretación de la figura del hurto basada en la idea de que el bien jurídico protegido son las facultades de goce y exclusión en el mismo de terceros que el *derecho civil*, y específicamente el § 903 del Código civil alemán, otorga al propietario y que, por lo tanto, la "sustracción" no es lo que configura el delito, sino la constitución de una nueva esfera de resguardo *contra la voluntad* del dueño, privándole de su derecho a usar de la cosa (pero no necesariamente de la propiedad sobre la misma, que se conserva). Luego, Ricardo Marcelo D. Lerman enfrenta el problema del fundamento de la atenuación de la pena en los delitos de omisión impropia ("*La atenuación facultativa en los delitos de omisión impropia*", pp. 78-91), repitiendo la crítica normativista a la diferenciación entre hacer y omitir, que califica de "error" y "falta de una razón normativa", afirma que "es irrefutable la conclusión de que la posibilidad de atenuación del §13 II StGB no ofrece una razón de peso para ello, pues no se encuentra ninguna razón específica para atenuar la omisión". Sólo a modo de acotación marginal, resulta en todo caso paradójico que se afirme que "normativamente" no existe distinción entre omisión y hacer, cuando ella está reflejada en el texto *normativo* básico, a menos que las razones "normativas" no se encuentren en las normas que constituyen la sociedad, como se reflejan en la legislación, sino en algún otro sistema normativo diferente (*ideal*, como sería el consensuado por un grupo de pensadores con independencia

de la legislación; o incluso real, como sería si describiésemos como “normas” las expectativas de conductas socialmente vigentes, descubiertas mediante encuestas de opinión u otros medios de investigación social empírica), con independencia de las que se reflejan en la legislación, que sirva de baremo para calificar la adecuación o no al mismo de la legislación positiva.

En el fascículo 3, Frank Arloth comenta las diferencias y semejanzas entre las nuevas leyes de ejecución penitenciaria de los Estados Federales alemanes, que han surgido luego del traspaso de competencia a los *Länder* (“Nuevas leyes sobre ejecución penitenciaria”, pp. 129-141), concluyendo que es de esperar que este traspaso produzca no sólo estas esperables diferencias, sino también una cierta “competencia por las mejores prácticas” entre los Estados, lo cual, desde el punto de vista político criminal, “sería el mejor camino”. Luego, Felix Herzog y Fredrik Roggan analizan, a la luz del conocido caso *Daschner* (donde el oficial de la policía de Frankfurt Wolfgang Daschner –con autorización de su superior- amenazó con causar graves lesiones al presunto secuestrador del menor Jacob von Metzler para que declarara su paradero y así salvarle la vida, lo que, a pesar de haberse obtenido la ubicación del menor con ese método, no fue posible, ya que éste estaba ya muerto en ese momento), las limitaciones del § 343 StGB, pues a pesar de que los policías fueron condenados por el delito de coacciones, no fueron acusados por el de obtener declaraciones mediante coacción (*tortura*), ya que se estimó que las coacciones no se cometieron en el curso de una “investigación” criminal de un suceso ya acontecido para obtener un medio probatorio, sino en el curso de una investigación policial para *prevenir* o poner término a la comisión de un delito *actualmente en curso*, y por lo tanto, no podrían considerarse dentro de la prohibición de la tortura que dicho parágrafo regula (“Hacia una reforma de la punibilidad por declaraciones forzadas del § 343 StGB”, pp. 142-150”). En consecuencia, proponen Herzog y Roggan una reforma al actual §343 StGB que alcance todas las posibilidades de coacciones y apremios físicos a los detenidos tanto por los servicios policiales normales como los secretos y para cualquier finalidad.

En el fascículo 4, en vez de artículos científicos, se reproduce el Proyecto Alternativo de un grupo de profesores alemanes, austriacos y suizos, para la regulación de los delitos de homicidio y asesinato (“Proyecto Alternativo Vida”, pp. 193-270). Al respecto, es interesante destacar, en primer lugar, que el Proyecto reserva para el *asesinato* (“*Mord*”, § 211 (2) AE) la pena de *presidio perpetuo* (incorporando una regulación especial sobre su ejecución), cambiando la perspectiva del actual § 211 StGB (que todavía mantiene la redacción dada en 1941, durante el régimen nacionalsocialista y con un claro sesgo de “derecho penal de autor”) por una vinculada a la “seguridad vital de la población”, que considera como circunstancias calificantes del homicidio las siguientes: i) matar o intentar matar con uno o varios actos a varias personas o poner inmediatamente en peligro a varias personas; ii) actuar en banda o siendo parte de una red criminal que haga de la violencia su forma de actuación; iii) matar por razón del sexo, nacionalidad, raza, lengua, nacionalidad, origen o creencias de la víctima; iv) matar tras aplicar graves torturas físicas o psíquicas a la víctima; v) matar para satisfacer únicamente el deseo de matar; vi) matar para conseguir satisfacción sexual; vii) matar para facilitar u ocultar la comisión de otro delito; viii) matar para alcanzar una ventaja económica. Para el resto de los *homicidios*, esto es, “matar a otro”, se propone una pena *no inferior* a cinco años de privación de libertad (“*Mord*”, § 211 (1) AE). Además, se propone establecer como *homicidio privilegiado* la figura del *Totschlag* (§ 212 AE), castigado con una pena de uno a diez años de privación de libertad, si concurren las siguientes circunstancias: i) matar en un acto de desesperación por compasión con la víctima, para liberarla a ella o a una persona cercana de una situación o conflicto que estima sin salida; ii) matar como reacción a un grave delito cometido por la víctima contra la vida, el cuerpo o la libertad del autor o sus cercanos; iii) matar bajo el influjo de una fuerte, inevitable e irresistible emoción; iv) matar en circunstancias conflictivas o similares a las anteriores. Dada la evidente compatibilidad entre las circunstancias calificantes del homicidio y las privilegiantes, se propone en el §212 (2) una regla que resuelve el concurso entre ambas, imponiendo una pena *no inferior* a tres años de privación de libertad, como regla general. Nótese que también la primera circunstancia calificante del homicidio, que habilita la imposición de la pena de *presidio perpetuo*, resuelve un concurso: la concurrencia de varios homicidios o de un homicidio poniendo en peligro inmediato a varias personas, en unidad o pluralidad de acciones. La clara insatisfacción del Círculo de Profesores del Proyecto Alternativo con

las reglas concursales comunes (concurso real e ideal), se refleja también en su aceptación de los llamados *delitos calificados por el resultado de muerte* (incluyendo las lesiones seguidas de muerte del actual § 226 StGB), cuya supresión no proponen, sino al contrario, sólo estiman conveniente adecuar las penas y la redacción de la mayor parte de ellos, para evitar contradicciones con las valoraciones reflejadas en las penas del homicidio y el asesinato y, al mismo tiempo, evitar las reglas concursales comunes, pues "en los delitos calificados por el resultado de muerte, la combinación entre el delito base doloso con un homicidio meramente culposo no es adecuada para dar cuenta de su especial contenido de injusto y culpabilidad".

En el fascículo 5 se recoge en alemán un texto de Lothar Kuhlen, aparecido este año también en el Libro Homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig ("*La restricción de las facultades de actuación en la legítima defensa de terceros*", pp. 282-298 en *GA* (2008); pp. 1099-1120 en CUERDA, Antonio (Ed.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig, t. I*, Madrid: Edisofer, 2008), en el que pone en cuestión la solución hispánica (y también chilena), de distinguir entre los requisitos para admitir de la legítima defensa propia y de terceros, aduciendo que esa distinción no se justificaría *materialmente*, basado principalmente en el entendimiento alemán de tales restricciones y de las categorías en juego. El argumento no es de recibo en ningún caso, pues lo mismo podría decirse, *a la inversa*: las propuestas de Kuhlen y la dogmática alemana son *materialmente* equivocadas, pues el ordenamiento alemán *no recoge las distinciones materialmente correctas* del hispánico. Todo depende de qué "punto de partida" se adopte para el baremo de la "corrección material" de las distinciones y categorías, pues contra el "punto de partida" de la "protección de intereses individuales" que como "fundamento de la legítima defensa" que Kuhlen esgrime para concluir que la defensa de terceros (y, por tanto, sus requisitos y limitaciones) es "*accessoria*" a la defensa propia (esto es, de los propios intereses), bien puede afirmarse que las justificaciones son permisos legales de actuación que pueden fundamentarse en otras consideraciones (por ejemplo, la misma que Kuhlen menciona como "competidora" de la suya: a necesidad de afirmación de la vigencia de la norma), o en un conjunto variado de consideraciones y que, por lo tanto, nada impide que, en ciertas circunstancias unos estén autorizados y otros no o, dichos de otro modo, es posible que la legítima defensa: ¡en eso consiste expresamente la distribución de "competencias" mediante el sistema normativo, como se refleja en las especiales reglas de actuación de los cuerpos policiales, cuando deben *defender a terceros* en su rol de garantes de la seguridad pública! Claro, esto contradice el presupuesto teórico-sistemático de que lo que se justifica es el "hecho" y no a la "persona" que actúa. Pero quizás ello refleja sencillamente que dicho presupuesto está equivocado, al menos respecto del derecho hispánico, al no ser capaz de *explicar* adecuadamente la realidad de la constitución normativa de nuestras sociedades que, efectivamente, diferencian entre las facultades y requisitos de quienes actúan en "legítima defensa", produciendo como consecuencia la "personalización" de los permisos de actuación, según las circunstancias concurrentes.

Para finalizar, el fascículo 5 contiene, además, un artículo de Guanarteme Sánchez-Lázaro ("*¿Qué es autoría?*", pp. 299-313) quien, siguiendo la actual tendencia de poner en cuestión la teoría del "dominio del hecho" del Claus Roxin, como delimitadora de la autoría, ofrece en su reemplazo reconducir la discusión a una perspectiva que denomina tanto "normativa" como "funcionalista", en la cual autor es aquél a quien se imputa la realización de un tipo penal determinado, según su propia interpretación (y, por tanto, sin relación a otras normas generales), rechazando tanto otras perspectivas más o menos "funcionalistas" de Jakobs y Robles Planas que a partir del concepto de "competencia", "responsabilidad" o "intervención" ven en la distinción entre autoría y participación sólo un asunto de "grados" (como estaría descritos en las normas generales aplicables); como también las materialistas en que se basan Welzel y Roxin. Y, en el fascículo 6, Andreas Popp nos ofrece una revisión del nuevo §202 c StGB ("*El §202c StGB y el nuevo tipo europeo del 'delito de software'*", pp. 376-393), que criminaliza como delitos autónomos los actos preparatorios de los delitos informáticos típicos, a saber, procurarse o producir claves y programas informáticos que habiliten la obtención de datos ajenos o la intromisión indebida en sistemas informáticos, tipificación que el autor critica por representar, en el ámbito informático, al "moderno derecho penal preventivo".

**Recensión: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*,
Año 51 (2008), fascículo 2**

Raúl Carnevali R.

Dr. en Derecho, Profesor Asociado y Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca
rcarnevali@utalca.cl

El presente volumen comienza con la sentida nota necrológica realizada por Giuliano Vasalli a Tullio Delogu. Este último, como destacado alumno de Rocco en la Universidad de Roma y luego su asistente, fue un claro exponente de la dirección técnico jurídica y por largos años se desempeñó como director del Instituto de Derecho penal de la Universidad de Roma. Sus últimos esfuerzos académicos los dedicó a escribir un tratado sobre los Delitos contra la familia, en donde se puede apreciar también sus profundos conocimientos del Derecho civil. Delogu fue, hasta su deceso, director de la revista objeto de esta reseña.

Como es tradicional, además de doctrina se disponen otras secciones, tales como reseñas bibliográficas, comentarios a la jurisprudencia y debates. Nuestra atención se dirigirá, como es costumbre, sólo a la doctrina, la que comprende siete artículos. El primero de ellos es de Mario Pisani y se intitula “*Reinserción’ del condenado y cooperación judicial internacional*” (p. 513-537), en donde aborda las dificultades que el tema de la reinserción social del condenado a una pena privativa de libertad presenta no ya desde la perspectiva de orden interno, sino en el ámbito de la cooperación internacional. Es así, que la reinserción se puede apreciar, ya sea como criterio límite de la cooperación o como objeto de la cooperación misma. Ejemplo del primer supuesto es la no extradición de menores, pues respecto de éstos la reinserción social tiene especial incidencia y relevancia. En cambio, la ejecución de las sentencias nacionales en el extranjero ilustra el segundo supuesto, esto es, constituyen casos de cooperación internacional. Sin embargo, es aquí donde se pueden presentar dificultades, entre ellas, si en el Estado donde se ha de cumplir la pena privativa de libertad, se dispone de las condiciones necesarias para procurar la reinserción social. Para este efecto, el autor da cuenta de diversos instrumentos internacionales, particularmente de los europeos.

El segundo trabajo es de Mario Romano y lleva por título “*Complejidad de las fuentes y sistema penal. Leyes regionales, ordenamiento comunitario, Corte Constitucional*” (p. 538-558). En él se aborda una serie de problemas vinculados con la reserva de ley, como son las relaciones entre la ley penal estatal y el poder legislativo regional y, por sobre todo, el impacto de la normas de la Unión Europea en el orden interno. Respecto al primer punto, esto es, la relación entre las leyes penales estatales y las regionales, el autor se detiene a examinar la reforma constitucional de 2001 —Art. 117 de la Constitución— por la cual se precisa la distribución de competencias entre el Estado y las regiones, disponiendo además, que aquellas materias que no estén expresamente reservadas al Estado, serán, de manera residual, de competencia regional. Pues bien, aun cuando no hay duda acerca de la inexistencia de la potestad legislativa penal regional, tampoco puede afirmarse que sus disposiciones, en cuanto regulan derechos y deberes subjetivos, no tengan cabida en dicha esfera. Es así, que conforme al Art. 51 del Código penal que se refiere a la causa de justificación del ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber, pueden las normas regionales pronunciarse sobre la licitud o no de algunas conductas individuales. Más adelante, el artículo en comento se detiene a examinar la cada vez más fuerte presencia de las normas de la Unión Europea (UE) en los ordenamientos nacionales. Aun cuando el autor destaca positivamente que la UE carezca potestad normativa penal, dado que sus órganos no disponen de la necesaria legitimidad democrática, no niega, sin embargo, su creciente influencia, particularmente cuando se está frente a reglamentos y directivas. En este orden de cosas, sobresale el papel que desempeña la Corte de Justicia, pues con sus fallos ha sido un pilar fundamental en la construcción europea, ya que no sólo obliga a los estados a disponer de sanciones *efectivas, proporcionales y disuasivas* sino que ya exige que tales sanciones tengan, en algunos casos, naturaleza penal. Todo ello representa, en palabras del autor, un salto cualitativo de enormes repercusiones, que

exige a los estados estar especialmente atentos. Por último, el trabajo del profesor Romano se hace cargo de la importante función legitimadora que le corresponde a la Corte Constitucional, en cuanto al respeto escrupuloso que debe hacerse al principio constitucional de la reserva de ley.

El siguiente trabajo es del catedrático de la Università di Firenze, Giovanni Flora titulado “*¿Hacia un Derecho penal del tipo de autor?*” (p. 559-571), en donde reflexiona acerca de la creciente y preocupante tendencia a castigar no ya por el hecho sino por lo que se es o se cree. Parece ser que aquel Derecho liberal y garantista esculpido conforme a la Constitución republicana y que algunos llaman irónicamente “el derecho penal de los profesores” se está debilitando. Si bien destaca que las consideraciones en torno al autor no son nuevas, hoy se aprecian de manera más intensa, como sucede, por ejemplo, en el tratamiento de la criminalidad organizada —mafia y terrorismo—. Asimismo, resalta la ley n. 59 de 13 de febrero de 2006 por la cual se introduce una presunción de proporcionalidad en el ámbito de la legítima defensa, admitiéndose el uso de armas para rechazar las agresiones domésticas. Por otro lado, se destacan otras modificaciones al Código penal en materia de pornografía infantil, como es el delito de pornografía “virtual” —Art. 600 *quater* 1— dirigido al una clase de autor “pedófilo” inofensivo —se trataría más bien de un vicio más que de un comportamiento socialmente dañoso—. Más adelante, Flora se pregunta por qué nos enfrentamos a estas políticas de incriminación. Si bien reconoce que no es fácil obtener una respuesta, aduce que los medios de comunicación tienen un importante papel con sus informaciones “alarmistas”. Así también se lo atribuye a la política, o más bien a la forma actual de hacer política, dado que se está frente a una constante campaña electoral que repercute en las políticas de orden criminal, al pretender recoger el sentir ciudadano. Luego, Flora se cuestiona qué hacer. Pues bien, es del parecer que el problema es esencialmente de orden político institucional, pues se requiere de un reforma electoral que garantice la debida gobernabilidad. Ello sin perjuicio de la reforma al Código penal que limite el peligro que representa el Derecho penal de autor.

Continúa la sección doctrina con la investigación realizada por Marta Bertolino de la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, y que lleva por título “*La familia, las familias: nuevos horizontes de la tutela penal*” (p. 572-596). En este trabajo la autora expone sobre las diversas conformaciones familiares que hoy se manifiestan y cómo el Derecho penal debe pronunciarse. Y es que cuando se habla de familia se pueden encontrar diversas conformaciones, muchas de ellas no construidas sobre la base del matrimonio. Es así que además de la forma tradicional, está la convivencia en donde de hecho se manifiesta una situación actual de afectividad y de vínculos de solidaridad y económicos, e incluso, también está la mera cohabitación. Al respecto, se refiere críticamente sobre algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional que establecerían ciertas distinciones en relación a la familia de hecho, las que derivarían en menores garantías en sede penal. En otro orden, Bertolino examina la incidencia que adquiere el pluralismo cultural en la formación familiar, sobre todo en lo que guarda relación a los llamados delitos culturalmente orientados. En este sentido, se ha discutido cómo entender el maltrato familiar cuando se trata de integrantes de familias en donde su cultura y valores son diversos a los predominantes en la sociedad receptora.

A continuación, Gabrio Forti de la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano expone bajo el título “*Principio del daño y legitimación ‘personalística’ de la tutela penal*” (p. 597-631), los planteamientos teóricos de Joel Feinberg en su obra “*Límites morales del Derecho penal*”, en especial sus reflexiones en torno a las funciones de la pena y los objetos de la pena. Feinberg afirma que tanto reproche como aflicción deberían estar comprendidos como elementos de una definición de pena legal. Al respecto, precisa que no es la dureza del tratamiento impuesto en la sanción penal, sino su *reprobative symbolism* la que estaría comprendido dentro de los rasgos esenciales de la penalidad. En cambio, la aflicción se admitiría sólo convencionalmente a tales particularidades. La esencia de la pena se caracteriza como expresión de una “desaprobación social” y es este rasgo, a diferencia del común pensamiento retributivo, que debe corresponder al crimen cometido y no la aflicción. Más adelante, Forti expone sobre el principio del daño, señalando que para Feinberg dicho principio supone que los únicos hechos dañosos cuya prevención puede justificar la coerción son los actos ilícitos. De lo anterior, reflexiona Forti que para el autor norteamericano la esencia de la pena sería la siguiente: si la pena expresa una condena moral y la pena tiene un gran impacto destructivo de los

intereses humanos, sería moralmente ilícito sancionar aquello que no sea un daño ilícito o una ofensa ilícita a otros. En consecuencia, los efectos morales de la pena imponen una reducción del ámbito aplicativo a través del principio del daño, los que también delimitan la relevancia penal del daño a lo que ha sido causado ilícitamente. La pena no puede ser vehículo de reproche respecto de hechos cuya realización no sea personalmente reprochable al sujeto, al desvalor del resultado debe acompañarle también el desvalor de la acción.

Sigue la sección doctrina con el trabajo de Gaetano Insolera, de la Università di Bologna, titulado “*De nuevo sobre el problema del concurso externo en los delitos asociativos*” (p. 632-648). El título obedece a que hace casi treinta años que el tema del concurso en los delitos de asociación se mantiene en la palestra, generando discusiones y críticas. Sin embargo, también hace ver que la actual cultura jurídica ha “metabolizado” los delitos asociativos dentro del llamado Derecho penal de lucha —terrorismo, mafia—. Es así, que se destaca la conocida sentencia Mannino de 10 de julio de 2005, como un serio intento de una interpretación constitucionalmente coherente, tanto de las relaciones entre el Art. 110 del Código penal —concurso de personas— y los delitos de asociación, como la definición del concepto de participación en ellos.

La sección doctrina finaliza con el artículo Carlo Longobardo, investigador de la Università di Napoli Federico II, intitulado “*Sobre las relaciones entre la causalidad y la imputación objetiva*” (p. 649-680). El autor se pronuncia sobre los planteamientos doctrinales, que provienen de la doctrina alemana, dirigidos a cancelar la vinculación entre imputación objetiva y los nexos de causalidad material. Para ello examina lo dispuesto en el Art. 40 inc. 1 del Código penal italiano, donde se exige una relación de causalidad y de qué forma puede comprenderse dentro de la llamada cultura del riesgo y de post-modernidad, la que se caracteriza por el rechazo a una causalidad construida sobre leyes científicas ciertas, argumentándose que éstas no existen o no pueden existir.

**Recensión: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*,
Año XX (2007), fascículos 3 y 4**

Raúl Carnevali R.

Dr. en Derecho, Profesor Asociado y Subdirector del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca
rcarnevali@utalca.cl

En la sección doctrina del número 3 se contienen los siguientes artículos: Paolo Aldrovandi de la Università di Milano Bicoca escribe sobre “*Los ‘modelos de organización y de gestión’ en el Decreto Ley de 8 de junio de 2001 n. 231: aspectos problemáticos de la ‘ingerencia penalística’ en el ‘gobierno’ de las sociedades*” (p. 445-486). En él expone que el decreto legislativo n. 231 de 2001 que introduce la responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas, marcaría un cambio importante en las relaciones entre la dirección de las empresas y el Derecho penal, pues este último abandonaría su rol tradicional estrictamente sancionatorio para intervenir en la reglamentación de la existencia de las personas jurídicas. Aquello, por cierto, es constitutivo de riesgos importantes, pues puede dar lugar a una multiplicación de las responsabilidades individuales. Por otro lado, el autor destaca las dificultades que ofrece el Art. 6 del decreto en comento, en cuanto servir como excusa respecto de las infracciones que pueden cometer los órganos y dirigentes. Asimismo, se cuestiona la inclusión dentro de los ‘delitos de consecuencia’, el homicidio y las lesiones imprudentes que tienen lugar por infracción de las normas referidas a la protección por accidentes de trabajo y las relativas a la higiene y salud en los lugares de trabajo. En definitiva, el autor considera necesario fundar la responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones cometidas por los órganos directivos de la sociedad sobre la base de la relación de identificación orgánica, dejándose de lado lo dispuesto en el Art. 6 recién citado. A continuación, Anna Maria Maugeri de la Università di Catania en su artículo titulado “*La lucha contra la acumulación de patrimonios ilícitos de parte de las organizaciones criminales: orientaciones recientes*” (p. 487-593), señala que se ha adquirido especial conciencia acerca de la relevancia de las sanciones administrativas dentro del marco de la lucha contra la criminalidad organizada. Para ello la autora examina los recientes pronunciamientos, tanto legislativos como jurisprudenciales, haciendo presente que una reforma al Código penal italiano en materia de confiscación —Art. 240— aún no se ha producido. Si bien se ha sostenido la posibilidad de la confiscación de los beneficios brutos a las personas jurídicas —Art. 19 del decreto ley 231/01— surgen cuestionamientos desde la perspectiva del principio de proporcionalidad. Continúa la autora, analizando la realidad comparada y especialmente cuál ha sido la más reciente jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre, en donde se confirma su posición favorable a los instrumentos de confiscación dentro del marco de la lucha contra la criminalidad organizada. Por otra parte, en la esfera de la Unión Europea se examinan determinadas decisiones marco y las medidas que en este sentido se presentan en el ordenamiento italiano, concluyendo que aquéllas contemplan modelos más garantistas que los que pueden apreciarse en los ordenamientos internos. Se concluye en este trabajo, la necesidad de una racionalización de las normas y en especial la creación de un proceso penal patrimonial, accesorio y autónomo, así como la especialización de los agentes destinados a la investigación. Como último trabajo comprendido en la sección doctrina, se encuentra el de Vico Valentini de la Università di Modena e Reggio Emilia, bajo el título “*La reforma de los mecanismos premiales en el ámbito del Derecho laboral: perfiles sustanciales y sistemáticos*” (p. 595-629), donde se hace cargo del mecanismo premial dispuesto en el Art. 19 y siguientes del Decreto Ley 758/1994. Precisamente, a través de dicha disposición se estimula a quienes incumplen normas de seguridad y de higiene en los lugares de trabajo y que generan situaciones de peligro, que reparen el daño, evitando con ello una sanción. En este sentido, se destaca el rol que le corresponde al órgano de supervigilancia, el que puede establecer qué infracciones pueden ser objeto de esta medida reparadora. Cuestión a discutir es si cabe la aplicación de la medida en comento respecto de los llamados delitos instantáneos, pues podría en la práctica suponer su despenalización.

Cabe consignar que el número objeto de esta reseña, incluye en la sección actualidad los siguientes trabajos: “*Usura presunta en el crédito bancario y usura de la legalidad penal*” de Paolo Capoti; “*Los*

‘computer crimes’ en el actual sistema penal alemán: aspectos sustanciales y procesales” de Michele Guernelli, y *“Notas en tema de requisitos ‘penalísticos’ por la participación en el procedimiento de consignación de contratas públicas (art. 38 del decreto ley de 12 de abril de 2006, n. 163)”* de Debora Provolo.

En el número 4 se disponen, dentro de la sección doctrina, los trabajos a continuación se detallan: Francesco Cingari, de la Università di Firenze, cuyo artículo se titula *“El control penal de la falsificación: instrumentos existentes y perspectivas de reforma”* (p. 713-750), dirige su investigación a las consecuencias de la falsificación y la piratería, tanto a nivel nacional como en el marco internacional. Nadie pone en duda las nefastas secuelas que de tales prácticas se derivan, no sólo para los titulares de los derechos lesionados, sino también para la competencia empresarial y para la economía nacional. Es por ello que el autor se pregunta qué papel puede tener el Derecho penal y la eficacia de sus instrumentos. Sin dejar de destacar las dificultades que se presentan, es del parecer que el derecho penal puede ser eficaz, pero, siempre y cuando aquello no signifique “desresponsabilizar” a los principales protagonistas del mercado global, a saber, las empresas, quienes también deben participar activamente en la lucha contra este fenómeno. Asimismo, se requieren de nuevos instrumentos legales que permitan mayor eficacia penal, los cuales deben también adquirir una dimensión transnacional. Continúa la sección, con la investigación de Luigi Foffani, de la Università di Modena e Reggio Emilia, titulada *“Entre patrimonio y economía: la reforma de los delitos de empresa”* (p. 751-764), que la inicia con un homenaje a la figura de Cesare Pedrazzi, quien se erige como el verdadero *padre* del Derecho penal económico italiano. Luego se centra sobre los fundamentos para una reforma del Derecho penal de la economía, tanto en Italia como en el Derecho comparado. En este sentido, adquiere relevancia la precisión en torno al bien jurídico, en especial su diferenciación con el Derecho penal patrimonial. Asimismo, destaca el autor la necesidad de una nueva codificación del Derecho penal económico tradicionalmente comprendido dentro de leyes especiales. Desde de esta perspectiva se propone una reforma completa del Código penal, donde se disponga de todo un título relativo al Derecho penal de la economía. Se deben regular, entre otras materias, los delitos societarios, fraudes de subvenciones y atentados a la competencia. Adelmo Manna, de la Università di Foggia, con su trabajo *“Consideraciones sobre el abuso funcionario”* (p. 765-785) destaca las oscilaciones y los cambios que han tenido lugar en materia funcionaria, tanto a nivel del bien jurídico protegido, como de determinación en la incriminación. Para ello el autor realiza un examen histórico desde de las disposiciones del Código Zanardelli hasta llegar a las reformas de 1990 y 1997. Centrándose Manna en esta última reforma, en especial respecto a los problemas que se presentan con el tipo subjetivo. Concluye su trabajo analizando los principales códigos europeos. Continúa la sección doctrina con el artículo de Vito Plantamura, de la Università di Foggia, cuyo título es *“Derecho penal y economía pública: entre exigencias de determinación y nuevas perspectivas de protección”* (p. 787-803) resaltando la necesidad de que se preste mayor atención al bien jurídico constituido por la economía pública, pues aún se comprenden dentro del título respectivo delitos que hoy tienen poca consideración o son escasamente efectivos. Para ello el autor repasa las legislaciones europeas y de qué forman éstas se hacen cargo de temas como la protección de la competencia o abusos dentro del mercado. Por último, se puede citar el trabajo de Alessandro Spena, de la Università di Palermo titulado *“¿Sancionar la corrupción privada? Un inventario de perplejidad político criminal”* (p. 805-843), donde destaca la discusión que hoy se está generando en Italia con el proyecto de ley que pretende introducir la figura de la corrupción privada. El autor examina si resulta conveniente su incorporación al catálogo de delitos, como sí ocurre en otros ordenamientos nacionales. Para ello, se analizan diversos modelos, como el patrimonial o el de la confianza. Sin embargo, se cuestiona si su incriminación más que obedecer a exigencias técnicas, responde a un propósito moralizador de las relaciones entre privados.

En la sección actualidad se encuentran las siguientes investigaciones: *“Soluciones de lege ferenda en materia de deflación de la carga procesal y con atención a la utilización de los delitos peligro en el derecho penal de la «post modernidad»*” de Adelmo Manna; *“La relevancia penal de la contaminación electromagnética: a propósito del art. 674 C.p.”* de Gianfranco Martiello, y *“La tutela del ambiente en el Código penal ruso: motivos para la reflexión”* de Paolo Patrono.

**Recensión: *American Criminal Law Review*,
Vol. 45 (2008), fascículos 1 y 2**

Fernando Londoño M.

Dr. en Derecho, Investigador del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca
flondono@utalca.cl

A partir de este número de *Política Criminal*, se incorpora una nueva revista al grupo de publicaciones periódicas reseñadas: la *American Criminal Law Review*. La novedad justifica una brevísima presentación de la historia y fisonomía general de esta prestigiosa publicación de la Universidad de Georgetown. Junto a la *New Criminal Law Review* (la sucesora de la *Buffalo Criminal Law Review*), la *American Criminal Law Review* constituye una de las principales revistas de derecho penal de los EEUU. En comparación a la “cosmopolita” *New Criminal L.R.* – publicación distinguible por una vocación filosófica y dogmática que la acerca a la tradición europeo-continental –, la *American Criminal L.R.* es, como lo indica su título, más marcadamente “americana”. Creada en 1962 por la Facultad de Derecho de la Universidad de *Southern California* y la *American Bar Association*, pasa al año siguiente a la Universidad de *Kansas*, para radicarse a partir de 1971 – y hasta el presente – en la Universidad de *Georgetown*. Siendo originalmente una revista temática, a partir del volumen 13 de 1975-1976 adquiere la fisonomía que conserva hasta hoy: 4 volúmenes trimestrales, incluyendo siempre una mezcla de artículos, transcripciones integrales de Congresos (*Symposia*) y una serie de informes u obras colectivas. Entre estas últimas, destaca especialmente el importante *Informe Anual de Delitos Económicos (Survey of White Collar Crime)*. Editado por primera vez en el volumen 18 de 1980, este informe – que ya cuenta con 23 ediciones – constituye en realidad una especie de *Comentario* (actualizado anualmente) de los principales delitos *white collar* de nivel federal (nacional) en los EEUU. Hoy se le considerara una referencia obligada – quizás si el mejor punto de inicio – para cualquier investigación sobre los delitos económicos en EEUU. El segundo ejemplar aquí reseñado coincide precisamente con el *Survey*, de manera que reenviamos abajo para mayores detalles. Como puede intuirse a partir de lo anterior, la *American Criminal Law Review* da un espacio privilegiado al derecho penal económico. Ello, sin embargo, no debe llevar a pensar que su alcance se agota en dicho sector; en efecto, sus artículos abordan normalmente temas que van desde la parte general del derecho penal hasta el derecho procesal penal.

El fascículo 1 se abre con un artículo de los profesores Dan M. Kahan y Donald Braman, que lleva por título *The self-defensive cognition of self-defense* (pp. 1-66); un título sugestivo que podría traducirse como “La cognición auto-defensiva de la *auto-defensa*”,¹ donde se aborda el problema de la forma de valorar los hechos en casos límite de legítima defensa, como el de la “mujer abusada” que mata al marido mientras duerme o el del hombre blanco que mata a un joven afroamericano que le pide dinero, por temor a ser nuevamente atracado, como ya lo ha sido en reiteradas ocasiones. Precisamente estos dos tipos de casos – que podrían definirse como casos “íconos”² – suscitan en EEUU (¡y no sólo!) un áspero debate político entre la opinión pública. Se trata de un debate en el que quienes se sienten perjudicados por las decisiones jurisdiccionales, acusan a los implicados en ellas de haber dado voz a sus personales opiniones o valores, descuidando o posponiendo del todo las reales *circunstancias de hecho* que rodean al caso. El debate se recrudece por cierto si a la opinión pública se

¹ La *auto-defensa* o *defensa propia* es una *defense* o causa excluyente de la responsabilidad penal en el sistema anglo-americano, que los propios autores del artículo caracterizan en su formulación estándar en los EEUU: “esencialmente en todas las jurisdicciones [de los EEUU], una persona que no ha provocado una agresión está autorizada a recurrir a una fuerza mortífera contra otra (...) cuando ella *honestamente y razonablemente cree* que la fuerza mortífera es *necesaria* para prevenir una *inminente amenaza* de muerte o un *grave daño corporal* contra sí.” (pp. 6-7). Nótese que se trata aquí fundamentalmente de un conflicto de *vida contra vida*, de manera que la categoría en cuestión ha de entenderse en términos más restrictivos – en cuanto a intereses defendibles e intereses lesionables – que la tradicional categoría europeo-continental de *legítima defensa propia*.

² Cfr. *State v. Norman* (378 S.E.2d 8 - N.C. 1989), por lo que se refiere al caso de la “mujer abusada o maltratada” (*battered woman*), y *State v. Goetz* (497 N.E.2d 41 - N.Y. 1986), por lo que se refiere al caso del “pasajero frecuente hostigado” (*beleaguered commuter*).

suma la intervención de sectores de la doctrina jurídica americana que – por una parte – acusan el deplorable abandono del modelo de “árbitro neutral” (*neutral umpire*) en la generación de las decisiones, así como la abusiva dilatación de la *eximente de abusos precedentes*, motivada en un mero partidismo político-cultural (la posición de la “*abuse excuse*” critique: pp. 13-14), mientras que – por la otra – se sostiene que la imparcialidad político-cultural (el *neutral umpire*) nunca ha regido como tal, y que más bien lo deseable es el desenmascaramiento del aparato jurídico-argumentativo, propio de categorías como *justification* y *excuse*, para dar paso al abierto reconocimiento de los valores y visiones personales que ellos esconden y sobre los que, en rigor, debe recaer la discusión (la posición de la denominada “*new normativity*”: pp. 14-15). El escenario delineado plantea una serie de interrogantes, las que precisamente sirven de impulso al artículo de los profesores Kahan y Braman: 1) ¿por qué en torno a este tipo de casos el debate público se torna tan álgido? 2) ¿No será acaso precisamente porque se acusa a los deliberadores (y a sus defensores) de partidismo voluntarista? 3) ¿Merecen en general dicha acusación? ¿Es acaso cierto que los deliberadores y los ciudadanos opinantes manipulan concientemente las constataciones de *hecho* – las que aparecen en primer plano, cual sostén de las decisiones u opiniones –, escondiendo en cambio las (verdaderas) motivaciones “pre-fácticas”? 4) Pero, de no ser así, ¿cómo explicar que personas que alegan haber decidido u opinado con la mayor neutralidad y lealtad que les era posible, lleguen sin embargo a decisiones u opiniones tan disímiles frente a los mismo presupuestos de hecho? Pues bien, las respuestas que a cada una de estas preguntas ofrecen los autores, hallan su fundamento en una *teoría* de naturaleza psicológica, que da forma al sugestivo título del artículo y que precisamente es objeto de verificación empírica en la investigación que lo sustenta: la *teoría de la cognición auto-defensiva*. Esta teoría postula que, por cuanto auténticamente animados de un espíritu de neutralidad y lealtad (lo que por lo demás constituiría la regla general en materia de jurados, en opinión de los autores), los seres humanos estamos expuestos a constricciones cognitivas “protectoras o defensivas de la propia identidad”, en virtud de las cuales resultamos marcados por la tendencia a *modelar* nuestras constataciones de *hecho*, de manera que éstas afirmen o se alineen con los valores que definen nuestra identidad. Las personas estarían entonces “psicológicamente motivadas³ para conformar su visión sobre los hechos, a los resultados que más resguarden sus valores” (p. 46). De manera que “los jurados que deciden casos de *defensa propia*, así como los ciudadanos que reaccionan frente a dichas decisiones, están impelidos por una forma de auto-defensa psíquica, de manera de conformar una visión de los hechos que afirme las normas sustentadas por los grupos de pertenencia” (p. 4). Los individuos no serían entonces deshonestos o cínicos – como se suele acusar en el debate público – pues “no están descaradamente ignorando los hechos que ponen en entredicho sus valores partidistas; ellos están honestamente decidiendo sobre la base de los hechos; sin embargo, lo hacen sobre la base de aquellos hechos que sus valores los predispusieron a percibir” (p. 20). Y aún: “individuos culturalmente diversos (...) honestamente creen que están dejando de lado sus propios compromisos partidistas y basando sus juicios en su percepción de los hechos, exactamente en el modo previsto por el *modelo de árbitro neutral*. Pero dado que sus valores partidistas *dan forma* a su cognición sobre los hechos, ellos sistemáticamente difieren en sus percepciones respecto a “balls” y strikes”.” (p. 20). La imagen “beisbolística” puede adaptarse a nuestro deporte “nacional”: el déficit cognitivo denunciado haría que el más concienzudo y honesto de los *referees* de fútbol, encontrara dificultades mayores para *reconocer* una situación merecedora de *tiro penal*, allí donde la acción se desarrolle en el área grande de *Colo Colo*, el equipo de sus amores... ¿Qué antropología psicológica yace tras esta teoría? Pues bien, la respuesta es en principio clara y permite ofrecer una síntesis del problema en cuestión. La novedad de la teoría psicológica aplicada por Kahan y Braman es la de pasar de un *escenario de pesimismo volitivo* (la acusación de “mala voluntad” o falta de honestidad esbozada por las escuelas jurídicas que han intervenido en el debate) a un *escenario de pesimismo cognitivo* (acompañado de una buena dosis de optimismo volitivo, como se ha acotado), en el que la capacidad de la razón (¡empírica!) aparece limitada o condicionada por las creencias y valores configuradores de la identidad; la razón empírica resultaría así parcialmente sierva o esclava de dichos valores. Aunque esta suerte de radicalización de los defectos y virtudes de la voluntad y de la razón empírica merezca desde ya espacio a reservas, las ventajas del segundo escenario aparecerían delineadas a partir de las

³ En el original “motivated”, aunque quizás la traducción apropiada sea “condicionadas”.

propuestas de solución al problema, ofrecidas por los autores hacia el final del trabajo. Antes de mencionar dichas soluciones, conviene en todo caso hacer ver que los autores demuestran la específica validez de la *teoría de la cognición auto-defensiva* a partir de un estudio experimental en el que 1.600 ciudadanos americanos fueron interrogados acerca de cómo resolverían uno de los dos casos arriba expuestos (la mujer abusada y el hombre blanco hostigado), los que fueron dados a conocer a los sujetos en forma de viñetas (con todas las particularidades fácticas del caso). Por su parte, los sujetos fueron interrogados e identificados en razón de sus identidades, creencias y valores: hombres/mujeres; blancos/negros; republicanos/demócratas; conservadores/liberales; no-igualitaristas/igualitaristas; individualistas/comunitaristas. Luego, utilizando un sistema matemático de *structural equation modeling*, los autores lograron testear y medir la relación entre valores, características, percepciones de los hechos, y juicios resultantes. Un resumen de las principales conclusiones puede leerse en las pp. 44-46, pero en lo fundamental coinciden con el modelo teórico-psicológico que sirve de hipótesis. En concreto, las dicotomías valóricas individualismo/comunitarismo y no-igualitarismo/igualitarismo demostraron ser las de mayor impacto en términos de influencia sobre la *percepción de hechos*. Como se había anticipado, en la última sección del artículo, los autores plantean una propuesta de “solución” al problema cognitivo denunciado. Tras valorar el déficit cognitivo auto-defensivo como una forma (involuntaria) de iliberalismo o absolutismo cognitivo – que hace que, en concreto, las personas resulten menos tolerantes de lo que ellas mismas desearían serlo (pp. 49 ss.) –, y de hacer ver la estéril improcedencia de una mera exhortación dirigida a los ciudadanos para que incrementen sus niveles de neutralidad y apertura de juicio (p. 57 ss.), los autores proponen dos categorías concretas de “acción”, a modo de tentativa de respuesta al problema: acciones de *afirmación* y de *caridad* (pp. 58 ss.). En primer lugar, sobre la base de estudios del psicólogo Geoffrey Cohen, los autores sugieren la adopción de acciones de *afirmación de la identidad* en favor de quienes están llamados a deliberar. La idea es que el incremento en la seguridad y en la autoestima – que se obtiene a partir de las acciones de *afirmación* – aleja la ansiedad o temor que experimenta quien se ve confrontado a hechos o razonamientos que pueden contradecir su identidad, favoreciendo con ello una mayor *apertura de mente* (p. 59). La idea es sumamente interesante en cuanto supone una estrecha unión entre *identidad, voluntad y razón*, lo que por lo demás se condice plenamente con la experiencia: quien es objeto de afecto real, quien percibe un sentido y ha sido dotado de identidad, más fácilmente se mostrará magnánimo, abierto y equilibrado en el juicio; a la inversa, indisposición y obtusidad, posiblemente gatillados por un exacerbado sentimiento/temor asociado al impulso de auto-conservación, suelen caracterizar a quien no se halla en las aludidas condiciones. La segunda acción propuesta por los autores parece entonces un corolario específico de la primera: la práctica de la “caridad política” (p. 60). Tematizada por el profesor Cass Sunstein, esta virtud cívica supone, entre otras actitudes, el reconocimiento de la *buena fe* de los interlocutores y el *reconocimiento* de que el impacto distorsionador de la cognición auto-defensiva opera no sólo en las percepciones del oponente, sino también en las propias. De ahí entonces un sentimiento de *pudor* y una natural *desdramatización* del debate político. Ambas actitudes deberían favorecer la percepción de que lo está en juego en el debate no es necesariamente la competencia o el *estatus* del grupo de pertenencia (p. 61). Un aspecto final, de connotación crítica, merece nuestra consideración; y es que, según reconocen los propios autores (pp. 46-48), se echa de menos una mayor profundidad en lo relativo a las causas y mecanismos de la *auto-defensa cognitiva*: ¿cómo se explica o a qué se debe este déficit “alterador” de las *percepciones de los hechos* por parte de los valores o creencias? ¿qué factor(es) vincula(n) los valores a las *percepciones de los hechos*? Al respecto, los autores proponen someramente dos hipótesis explicativas, complementarias: la ingerencia del significado social (*social meaning*) y del afecto (*affect*). Las ágiles explicaciones ofrecidas por los autores en este punto, obligan a un reenvío a la literatura especializada citada por ellos en las notas 98 a 102 (pp. 47-48). Aunque ciertamente escapa a nuestro ámbito, las penetrantes consecuencias que podría generar la validez de la aludida teoría psicológica, vuelven sumamente aconsejable una seria revisión interdisciplinaria de la literatura del caso.

El fascículo contiene dos artículos más: en el primero de ellos – que podría traducirse como *Fiscales “practicando justicia” por osmosis; recordatorios para alentar una cultura de la cooperación* (Melanie D. Wilson, pp., 67-114)– afronta la problemática de los siempre más utilizados acuerdos de cooperación con imputados, proponiendo la implementación por parte del Ministerio de Justicia de los

EEUU. (*Department of Justice*) y de los 93 *fiscales federales (U.S. Attorneys)* de una cultura de “práctica de la justicia” (*doing justice*), en la que cada fiscal sea alentado y recompensado por la toma de decisiones “intencionadas, de buen fe, informadas y razonadas” en torno al uso de la eventual cooperación (p. 113). En el último artículo del fascículo, Lindsey Powell (“*Desenmarañando las leyes penales sobre prescripción*”, pp. 115-155) ofrece un completo y creativo estudio sobre el régimen legal de la *prescripción penal* en los EEUU, concentrándose principalmente en la legislación de rango federal. La autora efectúa una propuesta político-legislativa consistente en la sustitución de la *reglas* (reglas) de prescripción, por estándares (*standards*) de prescripción. La flexibilidad de los segundos y su necesaria aproximación *ex-post* facto, permitirían a los jueces asumir la tarea de re-equilibrar y racionalizar la vigencia práctica de una institución que, a fuerza de arbitrarias *excepciones* paulatinamente introducidas por el legislador, se habría vuelto caótica y casual en sus resultados (p. 154). La propuesta puede sorprender al lector formado en la tradición europeo-continental. Esa sorpresa acusa las diferencias en materia de *legalidad* (¿flexibilidad material vs. rigidez formal?) y de *status* judicial. En fin, no hace falta decir mucho más para que el lector reconozca en el presente artículo un valioso recurso: no sólo si desea conocer aspectos de la institución de la prescripción en EEUU, sino también si busca una aproximación al modelo de justicia y al tipo de razonamiento jurídico imperante en el ámbito anglosajón.

Como se había anticipado al inicio, el extenso fascículo 2 (*primavera*) del volumen 45 de la revista aquí reseñada, está completamente dedicado a la vigésimo tercera edición del *Informe anual de delitos económicos (Annual Survey of White Collar Crime)*. La edición 2008 presenta dos novedades especiales: 1) con motivo de las (entonces) próximas elecciones presidenciales en los EEUU, el informe incorpora el tratamiento de las *violaciones a la legislación electoral* (pp. 305 ss.); y 2) se incluye un ensayo sobre las corrientes actuales en materia de acuerdos de aplazamiento o suspensión de prosecutions (*deferred prosecution agreements*) en el contexto de los delitos económicos (pp. 159 ss.) En lo demás, el informe incluye el tratamiento de las temáticas y delitos de costumbre; a saber: responsabilidad penal de las empresas (pp. 275 ss.); violaciones a la legislación de *antitrust* (pp. 195 ss.), delitos informáticos (*computer crimes*) (pp. 233 ss.); delitos en el ámbito del trabajo (pp. 341 ss.); delitos contra el medio ambiente (pp. 381 ss.); falsedades y fraudes (pp. 465 ss.); conspiración criminal a nivel federal (pp. 499 ss.); delitos en el ámbito de las instituciones financieras (pp. 531 ss.); delitos de la ley de prácticas de corrupción internacional (*FCPA*) (pp. 579 ss.); fraudes en el ámbito de la cobertura de salud (*health care frauds*) (pp. 607 ss.); delitos contra la propiedad intelectual (pp. 665 ss.); fraudes especiales calificados por los medios (*mail and wire frauds*) (pp. 717 ss.); lavado de dinero o activos (pp. 741 ss.); obstrucción a la justicia (pp. 765 ss.); perjurios (pp. 799 ss.); corrupción pública (pp. 825 ss.); delitos de crimen organizado de tipo mafioso, previstos en la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO)* (pp. 871 ss.); fraudes de valores (*securities fraud*) (pp. 923 ss.); y delitos tributarios (pp. 995 ss.).

**Recensión: *Criminology*,
Vol. 46 (2008), fascículos 1 y 2**

Fernando Londoño M.

Dr. en Derecho, Investigador del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca
flondono@utalca.cl

Los fascículos aquí comentados reúnen – en algo más de 500 páginas – un total de 17 artículos: quince *papers* tradicionales (II), más dos artículos de apertura, correspondientes a conferencias especiales (I). Como es habitual tratándose de la revista *Criminology*, la vasta diversidad metodológica y sustantiva que caracteriza a la criminología moderna, queda bien retratada en los ejemplares en comento. Así, entre los quince *papers* que constituyen el material "científico" de estos números de la revista, pueden hallarse: 1) ocho trabajos dedicados al examen de explicaciones del delito o factores criminógenos, seis de los cuales afrontan explicaciones de tipo socio-comunitaria, mientras los restantes dos abordan explicaciones preferentemente de tipo individual-personal; 2) tres artículos dedicados a la observación y descripción de concretos fenómenos criminales, especialmente de connotación colectiva o asociativa; 3) un estudio de victimo-criminología en el ámbito de los *white collar crimes*; 4) dos estudios sobre el impacto de legislación criminal y política de *enforcement*; 5) un trabajo de corte sociológico, dedicado al estudio de la percepción de un determinado aspecto de la justicia criminal por parte de grupos raciales.

En primer lugar se ofrecerá la recensión de los dos artículos-conferencia, para luego abordar la de los *papers*, siguiendo para ello el orden temático arriba expuesto.

I.- Los artículos de apertura de cada fascículo parecen confirmar un atributo de la criminología americana: la capacidad de autocrítica, una suerte de implacable "no-autocomplacencia". Ambos trabajos corresponden a conferencias pronunciadas por destacados criminólogos americanos y ambos plantean importantes cuestionamientos al medio local: a la situación político-social, el primero; al estado de la investigación criminológica, el segundo. 1) La enérgica y provocadora conferencia pronunciada por Michael Tonry en el Congreso Anual (2007) de la *American Society of Criminology* (*Crime and human rights — How political paranoia, protestant fundamentalism, and constitutional obsolescence combined to devastate Black America: the American Society of Criminology 2007 presidential address*, pp. 1-34) inaugura el primer fascículo. Para dar cuenta del tono general de la conferencia del entonces presidente de la *American Society* es quizás suficiente aludir a un pasaje inicial de la misma: y es que tras mencionar críticamente las internacionalmente conocidas realidades de *Guantánamo*, *Abu Ghraib*, las "*renditions*"¹, o el "*torture-memo*"², Tonry acota: "todo esto es muy terrible, por cierto, y ayuda a explicar por qué en el mundo han descendido los niveles de admiración hacia EEUU. Lo que sin embargo es a menudo menos reconocido es que, desde el punto de vista de los derechos humanos, los gobiernos de EEUU tratan a sus propios ciudadanos casi tan mal en nombre de la seguridad doméstica, como el gobierno nacional de los EEUU trata a sus "enemigos" extranjeros en nombre de la seguridad nacional" (p.3). Agrega que "en términos hegelianos, las políticas americanas tratan a las personas como si fueran animales y no seres humanos" (p. 4). Dicho lo anterior, Tonry considera siete indicadores³ para demostrar la mayor severidad de las políticas

¹ "*Rendition* es la práctica consistente en capturar a personas "sospechosas de terrorismo o delitos afines" y enviarlas para ser interrogadas a lugares como Siria, Arabia Saudita y Egipto, en los que se sabe se practica la tortura de sospechosos y enemigos" (p. 2).

² "El memorando sobre la tortura de agosto de 2002 del Ministerio de Justicia de EEUU consideraba que los métodos de interrogación no han de considerarse como tortura salvo que sean "equivalentes en intensidad al dolor asociado a serias lesiones físicas, como la incapacidad de órganos, impedimento de funciones del cuerpo o incluso la muerte". Este memorando fue retirado cuando su existencia se hizo pública. Fue sin embargo reemplazado por otros dictámenes jurídicos secretos del Ministerio de Justicia que sostenían los mismos o similares métodos y cuya existencia fue revelada recién en 2007 (p. 2).

³ Tasas de encarcelamiento; pena de muerte; cadena perpetua, sin posibilidad de libertad condicional; legislación

americanas de control de la delincuencia, comparadas con las de algunos de los principales países occidentales. Para cada uno de estos indicadores el balance sería contrario a los EEUU, según los antecedentes aportados por el autor (tabla p. 6)⁴. El autor formula luego lo que considera la “\$64,000 question”: ¿por qué es tan débil en EEUU la sensibilidad ante los derechos humanos en relación con el sistema de justicia criminal? La respuesta del autor coincide en buena medida con el título del trabajo en comento: la *paranoia política*, el *fundamentalismo protestante*, una *estructura constitucional obsoleta* y los *históricos problemas raciales* en EEUU, serían las cuatro principales razones que permitirían responder a la referida pregunta. El resto del trabajo consiste fundamentalmente en una rápida revista de la incidencia de estos cuatro factores. Conviene detenerse en el último de ellos: el hecho de que buena parte del costo de estas severas políticas de control de la delincuencia haya sido y sea asumido en EEUU por la población afro-americana o de color (pp. 21-27). Al respecto, el autor expone que, pese a que el porcentaje de personas de color arrestadas por algunos de los principales delitos violentos ha disminuido desde los años '90 (tabla 3, p. 22), ello en nada ha cambiado el escenario a nivel penológico: las personas de color siguen representando cerca del 50% de la población carcelaria, el porcentaje de ejecutados no ha variado desde los años '80 y la posibilidad de que un americano de color se encuentre en prisión sigue siendo siete veces superior a igual posibilidad respecto a un americano blanco (pp. 22-23). 2) Bajo el título *Criminology and its discontents* (p 255-266) el fascículo 2 se abre con el discurso pronunciado por el connotado criminólogo Franklin E. Zimring al recibir el premio *Sutherland 2007*, distinción entregada anualmente por la *Sociedad Americana de Criminología*. Zimring se concentra fundamentalmente en tres puntos de interés. En primer lugar, la idea de que el sistema de justicia criminal constituye una frontera vital para la protección de los derechos humanos en los Estados modernos, llamando a estar alertas frente al denominado *slippery slope*: la de idea de que, cual si se tratase de un plano inclinado, cada dosis de exceso represivo incrementa la posibilidad – y calidad – de futuros excesos. En seguida, destaca los méritos específicos de la criminología frente a otras disciplinas (su atención a los procesos sociales y su carácter empírico), dirigiendo una crítica particular a las ciencias económicas y a su tratamiento “dogmático” – no empírico y reduccionista – del efecto disuasivo general de la amenaza penal. Por fin, una vez hechas las alabanzas, la sección “reclamos”; y es que Zimring identifica cuatro deficiencias de la investigación criminológica americana. Ellos son: 1) una falta de investigación empírica de amplia escala (siendo cada vez más frecuente el recurso a muestras sumamente acotadas, limitadas a la situación de un barrio, ciudad o estado: ¡una debilidad que estos mismos fascículos de *Criminology* denotan!); 2) una insuficiente atención a los signos arrojados por los eventos o fenómenos en curso (denunciando, por ejemplo, la insuficiente atención otorgada a ciertos periodos de alzas o bajas en las tasas de criminalidad en los EEUU); 3) un provincialismo o insuficiente elaboración de comparaciones internacionales en materia; 4) insuficiente atención a las dimensiones políticas y gubernamentales de la justicia criminal.

II.- Como se ha dicho, los restantes quince *papers* reunidos en los fascículos en comento son agrupables en torno a una serie de perspectivas. 1) Comenzando por aquellos *papers* dedicados al examen de explicaciones socio-comunitarias del delito (6 artículos), toca aludir primero A) al artículo de Robert Apel y Catherine Kaukinen (*On the relationship between family structure and antisocial behavior: parental cohabitation and blended households*, pp. 35-70), en el que los autores ofrecen un importante estudio sobre la relación entre *estructuras familiares* y *comportamientos antisociales* (cfr. p. 44). En el marco de la ingente literatura en este ámbito, la principal contribución de los autores es la de proponer modelos más refinados o complejos de estructuras familiares. En efecto, los autores no se limitan a la tradicional dicotomía (por ellos considerada demasiado genérica) *familias intactas* / *familias no intactas* o *rotas*, sino que proponen distinguir, entre otras: (1) *familias intactas unidas matrimonialmente* / *familias intactas en cohabitación*; y (2) *familias con hijos de relaciones preexistentes residentes en el mismo hogar (blended households)* / *familias sin hijos de relaciones preexistentes residentes en el mismo hogar*. En el marco de las familias no intactas, distinguen a su

de *three strikes* y afines; edad mínima de imputabilidad; juzgamiento de adolescentes en sistema de adultos; “guerra a la droga”; y protecciones o garantías procesales.

⁴ Llama particularmente la atención el dato relativo a la tasa de encarcelamiento en 2007: 775 cada 100.000 habitantes, en EEUU, contra 70 a 170 cada 100.000 habitantes en los países occidentales considerados.

vez una serie de hipótesis: (1) según el género del progenitor que goza de la tutela (padre o madre); (2) si existe además padrastro o madrastra (y si ellos se encuentran (a) en mera cohabitación o (b) en vínculo matrimonial subsiguiente a un divorcio), (3) si se trata de progenitores solos o, por último, (4) si no existe progenitor alguno. Tras ofrecer una síntesis de las principales conclusiones de la extensa literatura que les sirve de precedente, y de procurar aislar el impacto de las estructuras familiares sobre la base regresiones que consideran factores como *característica demográficas, entorno residencial, desempeño escolar, pertenencia a grupos y comportamiento precedente* de los jóvenes objeto del estudio, los autores llegan a los siguientes resultados: a) los jóvenes que pertenecen a familias intactas constituidas por ambos padres biológicos incurrir en los menores tipos de comportamientos antisociales, hallazgo que sería consistente con la voluminosa literatura conforme a la cual la presencia de comportamientos delincuenciales en general es del orden del 10 al 15 % más alta en familias no intactas con respecto a hogares tradicionales constituidos por ambos progenitores (p. 55); b) jóvenes pertenecientes a familias intactas en las que los padres sólo cohabitan (*intact cohabiting families*), así como a familias en las que residen hijos de relaciones precedentes (*blended families*) serían significativamente más antisociales que sus pares pertenecientes a familias constituidas por progenitores unidos matrimonialmente (*nuclear households*) (p.55); c) entre los jóvenes que viven en familias constituidas por un solo progenitor (familias no intactas), la cohabitación (de la pareja del progenitor) se asocia a riesgos más elevados de comportamientos antisociales, en comparación a la residencia en familias constituidas por un solo progenitor (que no cohabita con una pareja = *single parent families*), así como en familias no constituidas por progenitor alguno (*stepfamilies*), hallazgo que se revela especialmente fundado allí donde el progenitor que goza de la tutela sea el padre (p. 56). B) En seguida, siempre en el ámbito de los estudios dedicados a explicaciones socio-colectivas del delito, William Alex Pridemore ofrece lo que sería un primer *test* transnacional de la vinculación entre niveles de *pobreza y homicidios* (*A methodological addition to the cross-national empirical literature on social structure and homicide: a first test of the poverty-homicide thesis*, pp. 133-154). Sobre la base de información del año 2000 asociada a 46 países y recurriendo a la tasa de *mortalidad infantil* (!) como indicador de *pobreza*, el autor constata la existencia de una significativa asociación entre los niveles de pobreza de un país y sus tasas de homicidio (lo cual sería consistente con la literatura empírica interna de los EEUU.). En opinión del autor, los resultados obligarían a recalibrar las conclusiones obtenidas por la literatura transnacional precedente, la que se ha concentrado únicamente en la relación entre la variable *desigualdad y homicidios*, prescindiendo de la variable *pobreza*. C) Por otra parte, en el primer *paper* del fascículo 2 (*Romantic partners' influence on men's likelihood of arrest in early adulthood*, p 267-299) Deborah M. Capaldi, Hyoun K. Kim y Lee D. Owen estudian la asociación entre la probabilidad de comisión de delitos por hombres adultos y sus relaciones sentimentales con mujeres. La hipótesis de los autores es que la *estabilidad* de las relaciones –más que la mera vinculación con la pareja – se asociaría con una menor probabilidad de delito, mientras que el comportamiento antisocial de la mujer sería un factor de riesgo, al igual que la asociación con *pares desviados* (*deviant peer*). Se utilizaron modelos de predicción dinámicos, sobre la base de factores asociados a detenciones por delitos. Los resultados obtenidos indicarían que el comportamiento antisocial de la mujer predeciría tanto la aparición como la persistencia de detenciones contra los hombres y que la asociación con pares desviados predeciría de la persistencia de las mismas. Por el contrario, la *estabilidad* de las relaciones aparecería como protectora contra la persistencia. D) Un interesante estudio sobre un tema emergente en la literatura de sector – la asociación entre “ecología social” y reincidencia – es ofrecido por Daniel P. Mears, Xia Wang, Carter Hay y William D. Bales (*Social ecology and recidivism: implications for prisoner reentry*, p 301-340). Los autores hacen ver que, pese al marcado incremento de la encarcelación en los últimos treinta años y al hecho de que aproximadamente dos tercios de los hechores son arrestados nuevamente dentro de los 3 años siguientes a su excarcelación, muy poco se sabe sobre la influencia en la reincidencia de la ecología social de las áreas a las que los hechores regresan, y en qué medida ella pueda afectar a ciertos grupos más que a otros (pp. 301 y 325). Concretamente, el trabajo en cuestión examina una amplia muestra de convictos liberados y devueltos a comunidades del estado de Florida, en orden a apreciar la influencia en la reincidencia de dos específicas dimensiones de la ecología social: la *privación de recursos* y la *segregación racial* (independientemente consideradas, así como en interacción con poblaciones específicas). E) Pese a que la investigación genética aplicada al comportamiento ha revelado que los ambientes no compartidos (*nonshared environments*) son importantes fuentes de variación del

comportamiento, muy escasa ha sido la investigación criminológica que ha examinado directamente los efectos de un ambiente semejante en el compromiso delictivo del adolescente y el comportamiento criminal del adulto. El estudio de Kevin M. Beaver (*Nonshared environmental influences on adolescent delinquent involvement and adult criminal behavior*, pp. 341-369) afronta este déficit en la literatura de sector. Lo hace sobre la base del examen y cálculo de valores asignados a una muestra de 289 parejas de gemelos monocigóticos, en orden a apreciar los efectos de *ambientes familiares no compartidos* en el compromiso delictivo, comportamiento criminal de adulto, niveles de auto-control y contacto con pares antisociales. Los resultados del análisis revelarían que un ambiente familiar no compartido – desvinculación de la madre – se asociaría al compromiso delictivo y el desarrollo de auto-control. En todo caso, los restantes ambientes familiares no compartidos no aparecerían asociados a otras consecuencias antisociales. Otros dos artículos del fascículo 2 abordan el estudio de los factores criminógenos o explicaciones del delito, desde las dos perspectivas que históricamente se disputan la primacía: como se ha anticipado, explicaciones de tipo socio-comunitarias y explicaciones individual-personales.⁵ F) En el primer marco se ubica el artículo *Civic community in the hinterland: toward a theory of rural social structure and violence* (pp. 447-478), de Matthew R. Lee, en el que el autor busca confirmar que las tasas de delitos violentos son generalmente más bajas en comunidades de tipo rural, en la medida que ellas sean representativas de tres dimensiones estructurales que el autor factoriza como: *estabilidad residencial/inversión local; capitalismo local/clase media independiente; y compromiso cívico*. G) Por su parte, en el marco de las explicaciones individuales se ubica el artículo *Morality, self-control, and crime* (pp. 479-510), de Olena Antonaccio y Charles R. Tittle. A partir de muestras tomadas al azar de una encuesta a dueños de hogar de la ciudad de Lviv en Ucrania, los autores confrontan el *auto-control* y la *moralidad* como predictores de la probabilidad de comportamiento delictivo. A partir de los resultados, los autores concluyen que la emergente *teoría de la acción situacional* – la que caracteriza a la moralidad (débil) como la primera causa del comportamiento delictivo y cuestiona la importancia relativa del auto-control – debería recibir una consideración mayor en el futuro. H) En fin, a medio camino entre explicaciones individual-personales y explicaciones socio-comunitaria, se encuentra el cuarto artículo del fascículo 1, en el que Peggy C. Giordano, Monica A. Longmore, Ryan D. Schroeder y Patrick M. Seffrin (*A life-course perspective on spirituality and desistance from crime*, pp. 99-132.) estudian la relación entre la espiritualidad o la participación en instancias religiosas y el abandono de carreras o conductas delictivas. La novedad del trabajo está dada por la asunción de mediciones en una perspectiva de largo plazo o que considera todo el largo de una vida (a partir de estudios longitudinales), a diferencia de la literatura precedente, la que se ha concentrado en mediciones de corto plazo. De esta forma, la asociación entre los factores en estudio resulta más modesta respecto a la verificada por literatura de referencia (pp. 100 y 125), amén de necesitada de una mayor consideración de la dimensión social de la participación en instancias religiosas y de otros factores “tangibles”, como la estabilidad del hogar o la compañía familiar (pp. 125 y 126).

2) Ya en el ámbito de la observación y caracterización de concretos fenómenos criminales, hallamos – como se ha dicho – tres *papers*. A) El primero de ellos – de Carlo Morselli y Julie Roy (*Brokerage qualifications in ringing operations*, pp. 71-98) – resultará de interés no sólo para los estudiosos de los fenómenos de criminalidad organizada sino también para quienes se desempeñan en concretas funciones político-criminales: y es que los autores procuran medir el impacto de la figura del *broker* o mediador en los procesos de comisión de delito por grupos organizados. Conforme a la hipótesis de trabajo del estudio, los *brokers* serían figuras que, en el contexto de una red social, se posicionarían *entre* participantes entre sí desconectados, controlando las asimetrías informativas e incrementando con ello la *flexibilidad*, integridad y creatividad del plan delictivo (dotando así de mayor eficacia a la organización). Para el estudio de impacto se sirven de dos casos reales de exportación de vehículos robados (fenómeno conocido como *ringing*), recurriendo a un marco metodológico que combina el “análisis del guión o libreto delictivo” (crime-script analysis) y el análisis de las redes sociales que

⁵ Disputa que, más allá de las ideologías que les puedan servir de propulsión, desde ya demuestra lo que una mera intuición de sentido común habría podido alcanzar: que ambas explicaciones son complementarias (¡pues los delitos se cometen por *personas*, ubicadas en *contextos sociales*!)

representan dicho guión (social-network analysis). La medición del impacto o ingerencia de los *brokers* se realiza fundamentalmente a partir de procesos de supresión hipotética. Los autores demuestran la hipótesis inicial: la supresión de los *brokers* afecta de manera sustantiva el "guión delictivo", privándolo de "escenas" y con ello restándole flexibilidad (y, por ende, eficacia). Un corolario interesante del presente trabajo es que la figura del *broker* permitiría superar en parte los estereotipos habitualmente manejados para caracterizar a los grupos organizados: ya como rígidas estructuras centralizadas y jerarquizadas (conforme al enfoque de los operadores del sistema criminal), ya como volátiles empresas que se limitarían a compartir recursos (conforme al más moderno enfoque de los estudiosos del sector); en efecto, el estudio demostraría que un grupo criminal puede ser flexible o "disperso" en el plano de la acción, aunque estructuralmente centralizado; y es precisamente en este tipo de organización en la que el *broker* encaja perfectamente, sirviendo de vector entre participantes desconectados entre sí. B) Otro *paper* dedicado a la observación de un fenómeno criminal de connotación eminentemente grupal es *Investigating the stability of co-offending and co-offenders among a sample of youthful offenders* (pp. 155-188), en el que Jean Marie McGloin, Christopher J. Sullivan, Alex R. Piquero y Sarah Bacon realizan un estudio para verificar la presencia y el grado de *estabilidad* de la co-intervención delictiva en el ámbito juvenil. Utilizando información relativa a jóvenes infractores de la ciudad de Philadelphia – un total de 5.600 individuos asociados a 7.000 hechos –, los autores determinan la existencia de trayectorias diversas de co-intervención (*co-offending*) en el curso de la carrera criminal de los jóvenes. Por lo que se refiere a la *estabilidad* de estos grupos, la investigación revela que los delincuentes generalmente tienden a no volver a utilizar a los mismos co-intervinientes, pese a que los delincuentes pluri-reincidentes (*frequent offenders*) demuestran una propensión mayor a repetir actuaciones con los mismos co-intervinientes (aunque los mismos autores reconocen que esta diferencia podría estar dada por razones puramente cuantitativas, ligadas a la mayor probabilidad de repetición que ofrece la mayor frecuencia delictiva en los segundos: pp. 178-179). C) Por otra parte, en *The relevance of peace to studies of drug market violence* (pp. 221-254) Scott Jacques y Richard Wright ofrecen una nueva tipología socio-criminológica para enmarcar ciertas modalidades de interacción social propias del ámbito del tráfico de drogas. De esta forman buscan complementar la importante tipología de *violencia sistémica* ideada por Paul Goldstein en un trabajo de 1985 (*The drugs/violence nexus: A tripartite conceptual framework*. *Journal of Drug Issues*, 1985, 15:493–506). Según dicho autor, el mundo del tráfico y uso de las drogas da lugar a patrones violentos o agresivos de interacción, entre los que cuenta ocho ejemplos de fenómenos de interacción violenta (pp. 221 y 222). Usando información proveniente de encuestas practicadas a 16 vendedores de drogas, Jacques y Wright apelan a una tipología más amplia y que permitiría circunscribir otras tipologías de interacción no violentas que se generarían en el ámbito en cuestión: modalidades fraudulentas, clandestinas o bien derechamente pacíficas de *intercambio de recursos* y de *control social* (*resource exchange - social control typology*).

3) Un interesante estudio victimo-criminológico en el ámbito del fraude al consumidor es ofrecido por Kristy Holtfreter, Michael D. Reisig y Travis C. Pratt (*Low self-control, routine activities, and fraud victimization*, pp. 189-220). Sobre la base de encuestas telefónicas practicadas a 1000 adultos del estado de Florida (pp. 195-196), los autores buscan verificar la vinculación entre las *variables*⁶ (1) *bajo nivel de auto-control* de la potencial víctima – entendida fundamentalmente en términos de *preferencia por comportamientos riesgosos y por gratificaciones inmediatas* (p. 199) – y (2) *actividades rutinarias* de la potencial víctima (fundamentalmente asociada a *prácticas de compras a distancia o por vías telemáticas: remote purchasing*) y los *eventos* (A) resultar blanco de un intento de fraude (*fraud targeting*) y (B) resultar víctima de fraude (*fraud victimization*). Los resultados confirman las hipótesis de los autores: las actividades de *remote purchasing* incrementan el riesgo de ser objeto de una tentativa de fraude, mientras que un *bajo nivel de auto-control* no tiene efectos en las posibilidades de ser blanco de tentativas de fraude, aunque incrementa significativamente la posibilidad de resultar víctima del mismo (pp. 189 y 206 ss.).

⁶ Se trata de dos variables muy utilizadas por la moderna criminología, especialmente en el estudio de situaciones relativas a autores de delitos violentos o callejeros. Lo novedoso del estudio en comento es su utilización conjunta o coordinada respecto de víctimas o potenciales víctimas de un delito económico.

4) En fin, el fascículo 2 está compuesto además por otros tres artículos. Dos de ellos constituyen estudios de impacto de políticas legislativas y de enforcement. En *The impact of Megan's Law on sex offender recidivism: the Minnesota experience* (pp. 411-446), Grant Duwe y William Donnay se ocupan de medir el impacto de la legislación *Megan*⁷ en materia de reincidencia por delitos sexuales en el estado de Minnesota, concluyendo que aquella sí lo ha tenido. Por su parte, en *Targeted enforcement and adverse system side effects: the generation of fugitives in Philadelphia* (pp. 371-409), John S. Goldkamp y E. Rely Vilcicã, ofrecen una medición de los efectos colaterales negativos de una estrategia de *enforcement* denominada “Operation Sunrise” (1998), focalizada al combate del tráfico de drogas en la ciudad de Philadelphia y que se tradujo en un fuerte incremento del número de arrestos judicialmente decretados por no comparecencia (*bench warrants*), lo que los autores asocian a la generación de prófugos en dicha ciudad.

5) Por fin, el fascículo 2 se cierra con un muy interesante estudio de corte esencialmente sociológico y que temáticamente se asocia a la conferencia del profesor Zimring, cuya recensión abre el presente trabajo. En efecto, en *Two worlds far apart: black-white differences in beliefs about why african-american men are disproportionately imprisoned* (pp. 511-538), James D. Unnever examina la percepción que dos grupos raciales (blancos y afro-americanos) en torno a un concreto aspecto de la justicia criminal de los EEUU: el *por qué entre los encarcelados existe una desproporcionada presencia de afro-americanos*. A propósito de dicho objeto, el autor indaga tres dimensiones en particular: 1) si los afro-americanos y los blancos comparten o no una sensibilidad o sustrato cognitivo común al considerar el objeto en cuestión; 2) si acaso las sensibilidades sostenidas por cada grupo racial son o no compartidas al interior del mismo grupo; y 3) si acaso la relativa posición subordinada de los afro-americanos – según lo manifestado por ellos en razón de sus experiencias personales con la discriminación racial – da forma o no a sus opiniones sobre el objeto en cuestión. Los resultados del estudio sin duda justifican la lectura del *paper*.

⁷ Es la denominación informal que se da a una serie de leyes aprobadas en los EEUU – tanto a nivel federal como estatal – a partir de la década del ’90 y que en línea general implican formas de notificación o publicidad en favor de las comunidades, vecindarios, etc. respecto a la condición de condenado por delito sexual – especialmente si contra menores de edad – de una persona residente en ellas.

**Recensión: *Revista de Derecho Penal*,
n° 24 (2008)**

Jaime Ríos A.

Mg. en Derecho, Investigador del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca

jrios@utalca.cl

Esta publicación, a cargo de la Editorial Lex Nova y la dirección de los profesores Ángel Torío López y Ángel Sanz Morán, contiene una Sección de "*Artículos Doctrinales*" (pp. 11-71), con dos Artículos, uno de Jesús Martínez Ruiz, titulado "El ser o no ser de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" (pp. 11-41), y otro de Raquel Castillejo Manzanares, que lleva por título "La tutela judicial en la ley gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia" (pp. 43-71), cuya particularidad justifica no abordarlo en extenso. Sigue una Sección de "*Jurisprudencia*" (pp. 73-279), con un "*Índice Analítico de Jurisprudencia*" (pp. 75-82), y en donde se recogen sentencias del *Tribunal Constitucional* (pp. 83-126), del *Tribunal Supremo* (pp. 127-227) y de las *Audiencias Provinciales* (pp. 229-279). A continuación, en la Sección "*Doctrina de la Fiscalía General del Estado*" (pp. 281-292), se contiene la Instrucción 2/2008, de 10 de marzo, sobre las funciones del fiscal en la fase de instrucción (pp. 283-292), y en "*Crónica Legislativa*" (pp. 293-296) se da cuenta (pp. 295-296) de diversas normas que han tenido lugar en el primer trimestre de 2008 (v. gr., Real Decreto, Directiva del Parlamento Europeo), concluyéndose con una "*Bibliografía*" (pp. 297-302), donde se dan a conocer las últimas publicaciones en las áreas de Derecho penal (pp. 299-300) y de Derecho procesal penal (pp. 301-302).

En la obra de Martínez Ruiz, ya referida, el autor plantea que la entrada en vigencia del Código penal español de 1995 supuso un verdadero paso adelante en el problema no resuelto en el plano doctrinal acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por lo mismo, derogación del viejo principio *societas delinquere non potest* (p. 11). Antes de la vigencia de este nuevo Código la doctrina estaba de acuerdo que las personas jurídicas eran penalmente irresponsables así como estaban sólo sujetas a responsabilidad civil subsidiaria o, en su caso, directa, derivada de los delitos perpetrados por las personas físicas que actuaban a su amparo (p. 12). Un giro justamente lo da la introducción del artículo 129 en el Cp de 1995, rubricado con el ecléctico *nomen iuris* de "De las consecuencias accesorias", disposición que se encamina a contrarrestar los efectos del principio *societas delinquere non potest*. Conforme a la nueva norma, por la cobertura que entrega, el Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en el Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, puede válidamente imponer, motivadamente, diversas sanciones, entre éstas, por ejemplo, la clausura temporal, caso en que no puede exceder de cinco años, o definitiva de la empresa, de sus locales o establecimientos, o la disolución de la sociedad, asociación o fundación, etc. Pero, el legislador después entorpece la aplicación de esta a norma, puesto que, a través de la Ley Orgánica (LO en adelante) 15/2003, de 25 de noviembre, modificó el Cp y agregó un apartado 2 al artículo 31, por el cual, a pesar de lo dicho en la respectiva Exposición de Motivos, no se deroga el principio *societas delinquere non potest* ni se le aborda ni resuelve sino que, al contrario, introduce una fórmula extraña que recuerda las modalidades de responsabilidad solidaria y directa que en materia de responsabilidad civil se prevén para los distintos autores o cómplices y para los aseguradores del daño; una cláusula que no tiene precedentes en el campo de la responsabilidad penal y que confunde las reglas de esta responsabilidad con las de la responsabilidad civil (pp. 17-18); una modalidad de responsabilidad civil o el aseguramiento de una deuda de Derecho público, pudiendo concluirse que no existe en el Derecho penal español responsabilidad colectiva (p. 18). Otro aspecto criticable del apartado 2 del artículo 31 Cp, que no puede concebirse como una responsabilidad objetiva de la persona jurídica, salvo que se quiera vulnerar abiertamente los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad, es que su ubicación sistemática da lugar sólo a poder aplicarlo cuando también lo sea el apartado 1, por lo que su ámbito de aplicación se reduce tan sólo a los delitos especiales, esto es, en los que al exigirse una especial condición objetiva de la autoría (v. gr., el delito tributario), dicha condición recaiga sobre la persona jurídica y no en el administrador de derecho o de hecho o en el representante legal o voluntario de la persona que materialmente ejecuta la acción típica (pp. 18-19). En cuanto a las

características generales predicables de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Cp, sostiene el autor que se adopta un sistema de *numerus clausus* en su aplicación, en base a lo cual sólo podrán ser aplicadas en los supuestos expresamente contemplados en el Libro II, resaltando también su carácter potestativo, por lo que su imposición resulta contingente, introduciéndose, de este modo, una concesión al principio de oportunidad que, en línea de principio, no encaja con el carácter esencialmente perentorio de las penas y, en lo que concierne al requisito de la audiencia previa a los titulares de la entidad a la que serán impuestas, que también se hace extensiva al Ministerio Fiscal, las garantías del artículo 24.2 de la Constitución de derecho de defensa, derecho de ser informado de la acusación formulada y, sobre todo, derecho a la presunción de inocencia, se satisfacen ya con la primera comparecencia ante la autoridad judicial (pp. 27-29). Efectuado un esbozo de las características generales que deben revestir la adopción de las “consecuencias accesorias”, el autor refiere su naturaleza jurídica, un aspecto que en el actual marco legal ha de considerarse de importancia secundaria. Algunos autores (v. gr., J. M. Zugaldía Espinar) estiman que se trata de auténticas penas, a lo cual otro sector doctrinal se opone considerando que son medidas de seguridad, fundado ello en que el apartado 3 del artículo 129 del Cp prescribe su *orientación a la prevención en la continuidad delictiva y efectos de la misma*, pudiendo, igualmente, advertirse una tercera línea interpretativa que, partiendo de la propia incapacidad de acción o de omisión de las personas jurídicas, en el sentido del Derecho penal, defiende la naturaleza de *medidas de carácter administrativo* en lo que atañe a estas consecuencias accesorias, no siendo obstáculo a esta naturaleza el que las mismas traten de prevenir la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos de la misma o, como afirman Muñoz Conde y García Arán, porque esta pretensión de evitación futura de delitos “no se corresponde con la función contramotivadora sobre el responsable con que se entiende la tradicional orientación preventivo especial de las penas”.¹ Cercana a esta última concepción es la consideración que las medidas a adoptar ante la “peligrosidad objetiva de las personas jurídicas y agrupaciones” constituyen *medidas preventivas*, bien de carácter asegurativo, bien de carácter coercitivo (pp. 37-38). Frente a estas anteriores concepciones, que pueden calificarse como “puras”, en el sentido de decantarse por naturalezas jurídicas preexistentes en el Ordenamiento jurídico español, se ha situado la mayoría de la doctrina, que, sin desconocer lo discutible que puede resultar su naturaleza jurídica, da por válida la nomenclatura de consecuencias jurídicas accesorias que emplea el legislador, afirmándose, incluso, que se está en presencia de una tercera categoría de consecuencias derivadas del delito, ubicada junto a las penas y medidas de seguridad, siendo argumentos a favor de esta postura el que tales medidas no son penas, ya que no guardan proporción ni con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del autor, ni constituyen medidas de seguridad, puesto que no se fundamentan en un juicio de peligrosidad personal del responsable, a los que se suma el más genérico de la propia incapacidad de acción, en sentido jurídico-penal, de la persona jurídica, aspecto este que cercena, desde un inicio, no sólo la imposibilidad de imponerle penas por la realización de un hecho típico y antijurídico sino que, además, de aplicarle medidas de seguridad ya que éstas se basan necesariamente en una peligrosidad criminal o, si se prefiere, en la comisión previa de un delito por parte de un sujeto peligroso, lo que no puede predicarse precisamente de las personas jurídicas en el actual sistema normativo. En esta línea, el autor opina que se trata de una tercera categoría de consecuencias derivadas del delito, con alma y cuerpo de verdaderas sanciones administrativas, que deben aplicar los jueces en base a los criterios expuestos y quedando tendencialmente orientadas y limitadas a privar a las personas físicas condenadas por un delito del instrumento peligroso que representa la persona jurídica o asociación en la que se insertan o de la que se benefician, sea patrimonialmente, sea para ocultar o dificultar la comisión de sus propios hechos delictivos, cuando sea, además, objetivo y racionalmente fundado el pronóstico futuro de que el ente societario seguirá sirviendo a tales fines (pp. 38-40).

¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 20 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 631.

**Recensión: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*,
Vol. LIX (2006)**

Jaime Ríos A.

Mg. en Derecho, Investigador del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca
jrios@utalca.cl

La "Sección Doctrinal" de este volumen (pp. 5-354), contempla diversos artículos, a saber: "Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión", por Claus Roxin (pp. 5-24); "El desistimiento en la tentativa acabada", por Enrique Gimbernat Ordeig (pp. 25-34); "Hoy creamos una nueva ciencia cosmopolita e integradora: La victimología de máximos después de Auschwitz", por Antonio Beristain (pp. 35-61); "Imputación objetiva en el delito doloso", por Urs Kindhäuser (pp. 63-81); "Aspectos teóricos-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal. Puntos de partida para una sistematización", por Bernd Müssig (pp. 83-109); "Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs", por Bernardo Feijoo Sánchez (pp. 111-134); "Los autores del delito de blanqueo de bienes en el Código Penal Español de 1995. Especial alusión a los proveedores de bienes y/o servicios: el caso de los Abogados y Asesores Fiscales", por Patricia Faraldo Cabana (pp. 135-179); "En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género", por Carolina Bolea Bardon (pp. 181-215); "Técnica legislativa y antijuridicidad", por Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro (pp. 217-276); "El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados", por María del Carmen Molina Mansilla (pp. 277-354).

Nos concentraremos ahora en el texto de Claus Roxin, "Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto de a la política, la filosofía, la moral y la religión", donde el autor se refiere a la influencia de estos distintos ámbitos en el Derecho penal y de cómo éste, no obstante, mantiene su independencia pues tópicos de aquéllos no le son propios. Para empezar, el Derecho penal es un instrumento de dirección y control social cuya misión es evitar las formas más graves de comportamientos incompatibles con la sociedad, para lo cual se recurre a la amenaza así como, llegado el caso, a la imposición, aplicación y ejecución de penas sólo que, al efecto, hay que determinar qué clase de comportamientos socialmente intolerables están necesitados de pena. En Alemania, por razones de política exterior, se castiga el restar importancia a los delitos del nacionalsocialismo, lo que ciertamente significa la dependencia del Derecho penal de las respectivas relaciones de poder político. Otra posibilidad es que el Derecho penal se oriente a la Filosofía, como hacen muchos autores alemanes, algo que aconteció con Kant, quien, por razones filosóficas, defendió que a cada delito le correspondía, dada su gravedad, la correspondiente retribución. Una tercera dirección afirma que el Derecho penal tiene que sintonizar con la moral colectiva dominante de la sociedad, por lo que bastaría para la obtención de la amenaza penal que un comportamiento sea desaprobado por la gran mayoría de las personas que conforman la sociedad y, en este caso, la tendencia puede ser prohibir con pena, por ejemplo, el adulterio o comportamientos escandalosos para la moral sexual. También se podría conminar con penas el uso de vestimentas o peinados que sean considerados provocativos e inapropiados. La lesión de los sentimientos -morales, religiosos o patrióticos- podrían ser objeto del Derecho penal. Finalmente, se puede convertir en pauta de conducta del Derecho penal los dogmas religiosos y, en este sentido, se puede fundamentar la punición del homicidio consentido o la cooperación al suicidio, en que la vida humana es un regalo de Dios y su fin sólo debe ser fijado por éste, o sea, por la inexorable extinción biológica de la vida. Estos cuatro ámbitos señalados -política, filosofía, moral social y religión-, cierta influencia han tenido en el pasado, lo que se evidencia hoy hasta cierto punto, pero esto no puede significar que el Derecho penal, sustentado en los principios científicos de la teoría del Estado, deba abrirse ilimitadamente a tales influencias, porque entonces el Derecho penal sería un fenómeno histórico expuesto a la influencia de normas de muy diferente fundamentación y no tendría objeto alguno que procediera de una función propia. Consiguientemente, la variabilidad y discrecionalidad de su contenido tendría, desde una óptica político-criminal, un resultado fatal porque cada punición pondría en peligro la existencia social del afectado. Para las intervenciones de la gravedad del Derecho penal, no son suficientes las

infracciones de reglas de conductas desarrolladas en algún ámbito cultural, es más, se ahogaría la libertad humana ante una inundación de disposiciones penales de diversa procedencia (pp. 5-7). En las democracias parlamentarias, no tan sólo europeas, se concibe que el Derecho penal tiene por función asegurar a los ciudadanos de un Estado una convivencia pacífica, pero debe garantizar, a su vez, los derechos humanos y la libertad de acción, en cuanto sea compatible con la existencia de aseguramiento de la paz social. En las democracias modernas los ciudadanos confían al Estado únicamente la violencia penal para ser protegidos de los ataques de terceros y les facilite aquél una vida en paz y libertad, pero esta cesión sólo se extiende a lo estrictamente necesario para la consecución de la función estatal de protección, teniendo el Derecho penal, por tanto, que limitarse y asegurar las condiciones de una coexistencia sin riesgos, por lo que el Estado debe dejar intactos los derechos fundamentales y humanos de sus ciudadanos así como renunciar a utilizar el Derecho penal si el fin de asegurar la libertad puede conseguirse con medios menos gravosos que la pena (pp. 7-8). Así, la política no tiene derecho a reprimir la crítica o las opiniones discrepantes con la ayuda del Derecho penal, ya que éste debe asegurar la vida en libertad de sus ciudadanos, libertad que sólo debe limitarse cuando exista un comportamiento lesivo de bienes jurídicos. No corresponde que la política exceda sus atribuciones combatiendo con medios jurídico-penales casos graves de comportamientos políticos incorrectos pues la libertad y seguridad de los ciudadanos no están amenazadas por tales manifestaciones graves y sin sentido, las que, por tanto, no son objeto del Derecho penal al estar amparadas por la libertad de opinión. Tampoco el Derecho penal debiera ser puesto al servicio de meras aspiraciones políticas, en cuanto su función es independiente de la Política, sin perjuicio que ésta tiene una importante y a veces decisiva última palabra en orden a la protección subsidiaria de bienes jurídicos protectores de derechos humanos (pp. 9-10). Las reflexiones filosóficas, por su parte, han siempre influenciado el Derecho penal, al menos en el ámbito cultural occidental. Por ejemplo, la concepción del Derecho penal de la filosofía idealista contiene un pensamiento que es de relevancia para un Derecho penal moderno porque se corresponde plenamente con el concepto de un Derecho penal que preserva la libertad. Esta idea se materializa en el principio de culpabilidad, el cual está basado en la premisa filosófica de que el ser humano no es un mero objeto de la intervención jurídico-penal sino que éste ante el Estado se presenta como un sujeto de derecho con capacidad para actuar libremente, como una persona dotada de derechos ineludibles. A la libertad de la persona, la cual debe concebirse como un postulado filosófico y no como un conocimiento demostrable por las ciencias naturales, pertenece el reconocimiento de la particularidad de que la pena presupone culpabilidad y solamente debe imponerse la pena en la medida de la culpabilidad (pp. 12-13). Eso sí, las deducciones filosóficas pueden inducir a error a la dogmática jurídico-penal si no se orientan a la función del Derecho penal. En la controversia sobre la punición de la tentativa inidónea, tomando como supuesto una tentativa de homicidio, en que se dispara sobre alguien ya fallecido, en Alemania distintos autores propugnan una exclusión de pena y proporcionan para ello una fundamentación filosófica. Deducen de la filosofía del idealismo la tesis de que la tentativa de homicidio debe lesionar la relación jurídica existente entre el autor y la víctima, pero tal relación no existe con un muerto y por tanto tampoco es posible la tentativa. Los conocimientos filosóficos no carecen de significado para el Derecho penal pero éstos conducen a error si no se orientan al principio de protección subsidiaria de bienes jurídicos que garantiza la libertad, siendo tal principio constituyente para un Derecho penal moderno (pp. 13-15). También existe una estrecha relación entre la moral social y el Derecho penal, perceptible a primera vista, porque casi todas las prohibiciones o prescripciones jurídico-penales se refieren a comportamientos ética y socialmente reprobables: homicidios, lesiones, daños, estafas, robos, etc., que contradicen manifiestamente las representaciones de los valores sociales. Pero la ética social sólo es significativa para el Derecho penal en el ámbito de la protección subsidiaria de bienes jurídicos, pero no puede fundar de forma independiente alguna punibilidad. Finalmente, las creencias religiosas inciden en el Derecho penal. No se puede dejar de agradecer las enseñanzas cristianas, que han ayudado a la protección de los bienes jurídico-penales, pero el significado de la protección de tales bienes fija el límite de su influencia. Según la concepción cristiana dominante, el suicidio es un pecado grave y se prohíbe el mismo porque la existencia en la tierra no es disposición del hombre sino que está sujeta a la voluntad de Dios, mas el Estado no tiene facultad para imponer pena el suicidio intentado, que es más frecuente que el consumado, porque el Derecho penal únicamente tiene la función de evitar la lesión de bienes jurídicos a otro, que es lo que aquí falta (pp. 19-20).

**Recensión: *Revista Penal*,
N° 22, Julio 2008**

Humberto Alarcón C.

Mg. en Derecho Penal, Investigador Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca
halarcon@utalca.cl

En esta oportunidad la *Revista Penal* contiene en su sección doctrinal los siguientes artículos: 1) "*La importación como delito contra la propiedad industrial*", trabajo que corresponde, en parte, a la tesis doctoral de Paula Beatriz Bianchi Pérez, defendida en la Universidad de Salamanca bajo la dirección del Dr. Juan Carlos Ferré Olivé, 2) "*Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal*", del catedrático emérito de la Universidad Nacional de Educación a Distancia Dr. José Cerezo Mir, 3) "*Consideraciones político - criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor*" de la profesora de Castellón María Luisa Cuerda Aranau, 4) "*Diversidad Cultural y Sistema Penal*", del catedrático Dr. Juan Carlos Ferré Olivé, 5) "*Últimas tendencias en materia de negociaciones en el proceso penal alemán*", de la Dra. Bárbara Huber, (Brisgovia - Alemania) cuya traducción fue realizada por el destacado catedrático de Derecho Procesal, Dr. Juan Luis Gómez Colomer, 6) "*Vías para la tipificación del acceso ilegal a los sistemas informáticos*", trabajo efectuado por Nuria Matellanes Rodríguez, 7) "*La transformación de la dictadura franquista en un Estado de Derecho*", del destacado penalista Francisco Muñoz - Conde, 8) "*Moderna Revisión del delito de tráfico de drogas: Estudio actual del artículo 368 del Código Penal*", artículo realizado conjuntamente por Miguel Ángel Paz, y Germán Guillén López, 9) "*El ambiente como bien jurídico penal: Aspectos conceptuales y delimitadores*", efectuado por el catedrático de la Universidad Estatal de Maringa (Brasil), Luis Regis Prado, 10) "*Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico - penal en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional*", realizado por el Dr. h.c. Ulrich Sieber, trabajo traducido por el profesor de la Universidad de Castilla - La Mancha, Dr. Eduardo Demetrio Crespo, 11) "*La internacionalización del Derecho Penal y del Proceso Penal*", trabajo efectuado por el catedrático alemán de la Universidad de Tübingen, Dr. Joachim R. Vogel.

En el trabajo titulado "*Moderna Revisión del delito de tráfico de drogas: Estudio actual del artículo 368 del Código Penal*", Miguel Ángel Paz y Germán Guillén López examinan el tipo penal indicado, analizando el bien jurídico penal protegido, la naturaleza de peligro de esta figura y las implicancias que ello conlleva a nivel de la parte general del delito como son: 1) La anticipación de la protección penal, que es llevada a estadios previos a la lesividad del bien jurídico protegido y 2) La dificultad en admitir o imaginar etapas imperfectas de ejecución o de participación criminal, distintas a la autoría de algunas de las conductas que se describen como típicas. Se repasa además las diferentes conductas constitutivas del delito previsto en el citado artículo 368 del Código Penal, configurándose el tipo penal en forma abierta, progresiva y alternativa en sus formas de comisión, de modo de eliminar cualquier laguna de punibilidad. Finalmente, se analiza el elemento subjetivo del tipo penal, el cual es considerado por los autores como un delito de intensión trascendente y dentro de estos, como un delito de resultado cortado (p. 101). En esta parte, resultan destacables para efectos prácticos los distintos criterios que el Tribunal Supremo Español ha establecido para apreciar el elemento subjetivo del tipo penal, como son: cantidad de droga incautada, pureza, calidad de drogodependiente y dinero incautado, entre otros. Respecto del bien jurídico se establece que lo protegido penalmente es la "salud pública", sin perjuicio de ello, en este delito los autores entienden que al ser ésta la afectada, se está también afectando consecuentemente la salud individual (física y psíquica) de cada uno de los integrantes de la colectividad. "Lo contrario implicaría que la colectividad o comunidad social posee una salud distinta a la de todos y cada uno de los individuos que la integran" (p. 84). Dado lo anterior y desde una perspectiva penal lo que se busca es proteger la salud pública, colectiva o comunitaria, que puede verse seriamente amenazada por la difusión y el tráfico de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Dado la nocividad y el peligro potencial que tales sustancias entrañan por su utilización y consumo, y que son generadoras de procesos patológicos que afectan al sano desarrollo de las funciones mentales y físicas de la persona. En esta misma perspectiva, "se considera que la

defensa de la salud pública lleva consigo la salud de cada persona en particular, puesto que no puede pretenderse que una norma defienda la salud colectiva y deje de lado la individual, ya que ello implicaría pensar que la comunidad posee una salud distinta de los individuos que la componen”. (p. 87). Incluso, en la actualidad, se va mucho más allá, al establecer que lo tutelado no es sólo la salud de una comunidad en particular, sino que esta debe ser concebida como un valor universal, siendo un ilícito de dimensiones internacionales. Como delito de peligro abstracto vale la pena destacar que los autores llaman la atención en no confundir este tipo penal con los delitos de peligro presunto, los cuales quiebran la presunción de inocencia. En consecuencia, el peligro ha de significar un potencial daño en el momento o instante en que tiene lugar la conducta tipificada, no requiriéndose que los sujetos cuyo bien jurídico pueda ser afectado por la acción típica se encuentren concretamente determinados. Pero lo que no podrá faltar es la posibilidad aún remota de un daño para la salud. Por lo mismo, si en el caso en concreto se excluye el peligro efectivo para la salud de otras personas, faltará el sustrato de antijuridicidad del acto y por lo mismo, pasaríamos de un delito de peligro abstracto a una figura de mera desobediencia, incompatible con un Derecho Penal post – constitucional. (p. 87 – 88)

En el trabajo “*Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal*”, de José Cerezo Mir, se trata el tema que actualmente se ha transformado en un verdadero paradigma del Derecho Penal. Como es el caso de las medidas de seguridad, aplicables a los sujetos que luego de cumplir la pena aparecen como altamente probable que puedan cometer nuevamente graves delitos contra la vida, la integridad corporal o la libertad sexual. Cerezo Mir denuncia como una falencia del Código Penal español el no considerar las medidas de seguridad para los delincuentes habituales o peligrosos. Esto, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones como la alemana o la suiza, en que se han introducido estas medidas para ser impuestas *a posteriori*, es decir, aunque su imposición no hubiese sido prevista en la sentencia condenatoria: 1) Respecto de los condenados a una pena privativa de libertad, 2) Inimputables sujetos a una medida de internación psiquiátrica. En el primer caso, la medida de custodia se impone luego del cumplimiento de la pena, y en el segundo, luego del cese de la internación. En ambos casos, el requisito común será el que exista un peligro de comisión de nuevos delitos que sean de cierta gravedad para la vida, la integridad física y psíquica y la libertad sexual de las víctimas. Sobre esta regulación se han formulado fuertes objeciones dogmáticas, pues se afectarían los principios de proporcionalidad, legalidad, irretroactividad de la ley penal favorable, y *ne bis in idem*, en suma las exigencias de un Estado de Derecho. Al respecto, Cerezo concluye que “si la imposición *a posteriori* de la medida de internamiento en un centro de custodia no guarda relación con el hecho delictivo enjuiciado en la sentencia, sino únicamente con otros hechos posteriores conocidos durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad y que no constituyan delito, estaríamos ante una medida de seguridad predelictual, inadmisibles en un Estado de Derecho y de imposible aplicación en nuestro Código Penal” (p. 20). Por el contrario y de *lege ferenda*, Cerezo es partidario de la aplicación *a posteriori* de una medida de internamiento en un centro de custodia para los delincuentes peligrosos en los casos en que ello se encuentre establecido en la sentencia y exista una modificación de la regulación del principio de proporcionalidad que existe en el Código Penal (apartado 2º del artículo 6 del Código Penal Español¹). Finalmente y a fin de reafirmar su pretensión de introducir las medidas de seguridad *a posteriori*, Cerezo Mir denuncia la línea jurisprudencial adoptada por el Tribunal Supremo Español en fallo de 28 de febrero de 2006, en el conocido “Caso Parot” la cual no sería más que un “fraude de etiquetas”, pues a falta de una auténtica medida de seguridad postdelictual, sencillamente no se dió aplicación a los “beneficios penitenciarios” respecto de la llamada “pena de cumplimiento” que contempla el ordenamiento español, manteniendo así en prisión hasta el año 2020 a un terrorista condenado por 150 asesinatos, a pesar de haber cumplido los requisitos objetivos para obtener el “beneficio” denegado.

¹ Norma similar existe en el Código Procesal Penal chileno de 2000, en su artículo 481.

Recensión: Derecho Penal Contemporáneo,
n°s 22 y N° 23 (2008)

Humberto Alarcón C.

Mg. en Derecho Penal, Investigador Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca
halarcon@utalca.cl

El número 22 de esta revista, publicada trimestralmente por la Editorial LEGIS, de Colombia, contiene cuatro trabajos. Tres de ellos dedicados al Derecho Penal y el último al Derecho Procesal Penal. El primer trabajo titulado "*El interviniente en el Código Penal Colombiano: ¿Una nueva categoría jurídica?*", realizado por Carlos Eduardo Mejía Escobar, se analiza la nueva regulación que da el Código Penal Colombiano, del año 2000, al interviniente en el hecho típico. El segundo artículo, titulado "*En procura de unos referentes materiales indispensables en la conceptualización de autores y partícipes*", del profesor colombiano Jaime Sandoval Fernández, el autor analiza el tema indicado desde diversas perspectivas científicas y cómo éstas pueden incidir en la conceptualización dogmática del mismo (autores y partícipes). La tercera investigación corresponde a la catedrática de Sevilla, Dra. Carmen Gómez Rivero, titulada: "*Límites de la inducción con la autoría mediata y complicidad*". En dicho trabajo se aborda la clásica distinción entre inducción y autoría mediata como categorías distintas una de la otra; y por otro lado, la distinción entre inducción y complicidad como formas de participación en el tipo. Finalmente, el cuarto trabajo se titula: "*La figura del procedimiento de descubrimiento de prueba*", y pertenece al profesor de Utrecht Holanda, Coster van Voorhout, en este artículo el autor denuncia los grandes problemas que tiene el actual sistema de enjuiciamiento criminal en Colombia en relación con la institución procesal del descubrimiento de la prueba.

Por su parte, el número 23 de la revista contiene cuatro artículos. El primero, del profesor Manuel Grosso García titulado: "*¿Acción v/s. Imputación? La influencia de Niklas Luhmann en la dogmática penal*", en el cual se analiza cómo la teoría de sistema ha influido en las distintas ciencias del saber en especial en la dogmática jurídico penal perfilándose hoy (según el autor) como la gran línea de evolución de la misma, sin perjuicio de la gran oposición que ha tenido por algún sector de la doctrina, pese a lo cual Grosso concluye que la teoría de sistemas permite el mejor desarrollo de la dogmática jurídico penal, facilitando una mejor comprensión del sistema penal, al posibilitar adaptarse de mejor manera a la evolución que el mismo tenga, desechando o tomando nuevos conceptos, evolucionando otros ya existentes. El segundo artículo del profesor Alejandro Freeland, se titula: "*Acción en sentido penal y movimientos anormales*". Por su parte el tercer artículo "*La teoría del dilema del valor: Una crítica del análisis económico del Derecho Penal*" del profesor de Yale, Dan M. Kahan, trata cómo el análisis económico del Derecho Penal carece del valor suficiente para criticar el valor intrínseco del retribucionismo, sin una teoría de valor que permita hacer juicios óptimos, pese a que estos juicios sean criticables y no absolutamente defendibles. En la cuarta investigación de la revista, el profesor Orlando de la Vega Martins sostiene que la causalidad es un elemento común en los tipos de comisión y de omisión, por ello titula a su trabajo: "*La causalidad en la omisión*". Finalmente, en el número 23 de la revista se encuentra el trabajo titulado "*Función político - criminal del delito de asociación para delinquir: Desde el Derecho Penal Político hasta la lucha contra el crimen organizado*" de la profesora Isabel Sánchez García de Paz.

Luego de detallar el contenido de la revista en los números 22 y 23 nos centraremos en analizar brevemente el trabajo de Coster van Voorhout, sobre el proceso de descubrimiento de la prueba en el proceso penal Colombiano, donde el autor denuncia las falencias que se pueden producir cuando las pretensiones de imparcialidad, respeto de derecho y garantías del acusado que han inspirado las reformas procesales latinoamericanas de fines del siglo XX y comienzos del XXI se reducen a meras declaraciones, por más que exista la buena intención del legislador en establecer un proceso justo.

En relación a lo anterior, el autor parte de la premisa que la doctrina colombiana parece haberse encandilado con la centralidad del juicio oral en el proceso penal y haber puesto en un segundo plano

otras etapas del proceso, cosa que es criticable en concepto de van Voorhout pues: 1) El juicio oral representa tan sólo una mínima cantidad de casos que llegan a dicha instancia, 2) La etapa preliminar aporta las bases de un juicio oral exitoso que haga realidad la “igualdad de armas” y, 3) Un adecuado enfoque de las etapas previas al juicio oral permite cuestionar el derecho a un tribunal imparcial a que tiene derecho el acusado. Por ello, la investigación se centra en demostrar cómo la institución del descubrimiento de la prueba adquiere relevancia durante las etapas previas al juicio oral, permitiendo así tener un juicio justo. El artículo indica que el descubrimiento de la prueba en el sistema colombiano tiene una fuerte incidencia en la imparcialidad de los jueces, así se cita como ejemplo el que el mismo juez de conocimiento, que en la etapa preparatoria decide sobre la inadmisibilidad - exclusión o rechazo de una prueba sea el que luego deba fallar el caso, otro tanto sucede con la corte de segunda instancia. Lo anterior tensiona la existencia de una verdadera imparcialidad y el respeto de las garantías existentes a nivel de Derecho Internacional de los derechos humanos. Para salvar dicha tensión, van Voorhout propone diversas soluciones: 1) La posibilidad de juicios orales con jurados, 2) La diferenciación entre los jueces que conocen de la audiencia preparatoria y el juicio; y, 3) Un panel de jueces.

En otro sentido, van Voorhout indica que entender el proceso de descubrimiento de la prueba como un proceso de igualdad entre las partes supone que la acusación y la defensa son en todo sentido iguales, cuando en la realidad no lo son, pues la fiscalía tiene un sin número de órganos auxiliares que colaboran en su labor y que la hacen estar en una situación de superioridad frente a la defensa. En ese sentido, el solo hecho de comunicar o develar las pruebas a la defensa en la etapa procesal correspondiente al respectivo escrito de acusación o la audiencia de formulación de acusación, no hace efectiva la existencia de una igualdad de armas, ni posibilidad una adecuada defensa técnica, pues esta no contará con el tiempo y los medios para preparar adecuadamente su teoría del caso.

De este modo, el autor señala que aún cuando el descubrimiento probatorio no esté reglado ni sujeto a control del juez, éste debe darse desde el inicio del procedimiento por parte de la fiscalía, es decir desde la formulación de la imputación. En este orden de ideas y siguiendo la tradición anglosajona -en especial el proceso penal inglés- el trabajo propone que el fiscal no sólo debe poner a disposición de la defensa aquella prueba que sirva de basamento a la imputación, sino que también aquella que el fiscal no va a usar en el juicio oral. También se descubrirá aquella prueba que pueda recolectar durante el curso de la investigación, es decir en una etapa posterior a la de la formulación de la imputación, ello por cuanto el proceso es continuo. Por su parte, la defensa hará el descubrimiento de su teoría del caso y de su evidencia en la audiencia preparatoria. Lo indicado no liberará a la fiscalía de estar siempre dispuesta a develar o descubrir toda la prueba, incluso aquella que no lleve a juicio para sostener la acusación¹. Lo anterior, según von Voorhout será la única forma de posibilitar un juicio justo con pleno respeto de las garantías y derechos del acusado de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por ello en nuestra realidad – Código Procesal Penal Chileno del 2000 – se deberá de una vez por todas tomar consciencia que el derecho a conocer todas las piezas de cargo y el contenido de las mismas, no es una cuestión baladí reservado únicamente para el juicio oral mediante el ejercicio de un interrogatorio formalmente válido en el caso de los testigos de cargo. Por el contrario, estamos hablando de garantías mínimas que posibilitan tener un juicio justo, por lo mismo: 1) el que la defensa pueda ejercer facultades como la contenida en el artículo 320 del Código Procesal Penal o la existencia de declaraciones previas de los testigos que posibiliten un interrogatorio donde pueda controlarse adecuadamente la prueba de cargo mediante la impugnación, y 2) la pasividad de los jueces en la introducción de la prueba, son pilares fundamentales para un debido proceso con respeto al principio contradictorio y la existencia de un verdadero juicio.

¹ Sobre el descubrimiento de la prueba en el sistema procesal penal de los Estados Unidos de América y Puerto Rico resulta paradigmático lo establecido a partir de “Brady v. Maryland” en que se estableció que la cláusula del debido proceso de ley obliga al ministerio fiscal a revelar a la defensa toda evidencia que tenga en su poder, incluso se le obliga a revelar toda aquella evidencia que sabía, o debió haber sabido, que era favorable a la defensa. Sobre el particular véase ERNESTO CHIESA APONTE “Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos” Volumen III, Editorial Forum 1995, Colombia, página 227 y siguientes.