

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES.
Tomo LVI, fascículo único, enero-diciembre de 2003,
Madrid, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado,
2004, 1064 págs.

La primera sección de este Anuario corresponde a la *Necrológica*, que incluye un artículo de MIGUEL POLAINO NAVARRETE y MIGUEL POLAINO-ORTS con la semblanza del fallecido Prof. JOSÉ MARÍA NAVARRETE URIETA, en el que se hace un análisis biográfico y cultural de la personalidad de este último.

La segunda sección es la *Doctrinal*, la cual está compuesta en primer lugar de un artículo de CHRISTIAN JÄGER, llamado “El elemento volitivo en el desistimiento de la tentativa. Aportación para la asimilación de las Teorías de la Autoría y el Desistimiento”, págs. 17 a 44. Este artículo, que originalmente fue escrito en alemán bajo el título *Das Freiwilligkeitmerkmal beim Rücktritt vom Versuch. Ein Beitrag zur Angleichung von Täterschafts- und Rücktrittlehre*, y el cual fue traducido por SANTIAGO MARTÍNEZ (Universidad de Buenos Aires) y MARGARITA VALLE MARISCAL

(Universidad Complutense de Madrid), da cuenta de las teorías Psicológica y Valorativa relativas a la voluntad, contrapuestas dentro de la discusión del desistimiento voluntario en la tentativa. Pero en este trabajo se intenta ir más allá, y darle una nueva base a esta problemática, por medio de la “asimilación de las Teorías de la Autoría y el Desistimiento” (p. 17). El artículo se desarrolla, en primer lugar, mediante la descripción de las teorías psicológicas y valorativas del elemento volitivo, teniendo en cuenta los efectos prácticos de ambas teorías. Posteriormente, se plantea el problema a la luz del pensamiento autónomo de la autoría, a partir de la consideración de que “el § 24 StGB contiene junto al elemento de la voluntad, un elemento subjetivo de imputación. Junto a esto es absolutamente adecuado calificar el elemento volitivo como “elemento cualificado, subjetivo de imputación” (p. 28), con lo cual se exigiría que

la voluntad de retractación se haya formado de libremente. De esta manera, el criterio propuesto para la solución de este tema tiene en cuenta las aplicaciones de las teorías psicológicas y valorativas, pero a la vez soluciona sus problemas (p. 29). Por último, el autor hace una caracterización de los casos en los cuales se excluye la voluntariedad, la cual comprende los supuestos en que el desistimiento se da por causas de amenaza; inimputabilidad del autor al momento del desistimiento; error, tanto sobre la posterior viabilidad como sobre los presupuestos del § 35 StGB; y pérdida del sentido de acción.

El segundo artículo de esta sección fue escrito por ARACELI MANJÓN-CABEZA OLMEDA, titulado "Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces", págs. 45 a 112. Este texto tiene gran interés por la claridad que genera en cuanto a la problemática del tráfico de droga, en cuya discusión no existe unificación en los criterios, y que la jurisprudencia de las altas Cortes no ha hecho mayor esfuerzo por clarificar. Sin embargo, se tendría que leer este artículo con ciertas reservas en Colombia, puesto que la normatividad es distinta (por ejemplo, la ley 30 abre las puertas a la legalización del consumo de la llamada "dosis personal"). A pesar de lo anterior, se han mantenido muchas inquietudes en casos puntuales frente

a estas cantidades mínimas de droga, que son muy bien desarrollados en el artículo, lo que lo hace muy útil para la discusión de nuestro país; máxime si se tiene en cuenta la fuerte política criminal encaminada a la represión de todas las actividades relacionadas con el narcotráfico, que no se ha dirigido tanto a la verdadera raíz del problema, como a los pequeños distribuidores y consumidores, a quienes se les ha utilizado como *chivos expiatorios* para generar la sensación en la sociedad de que el problema del tráfico de drogas sí se está solucionando.

La situación planteada en el artículo, sobre la venta de dosis mínimas de droga, se desprende de la sentencia de Unificación de Doctrina del Tribunal Supremo Español (TS) del 24 de enero de 2003, antes de la cual se habían mantenido dos posiciones contrapuestas. Durante el trámite del proceso, se pidió un Informe al Servicio de Información Toxicológica del Instituto Nacional de Toxicología (IINT) sobre mínimos exentos de cualquier posible afectación a la salud de las personas; que finalmente no se llevó a la Sala General del TS, dándose a los Magistrados un resumen del informe elaborado por el Gabinete Técnico del TS, que según comenta la autora, se limitó a proporcionar información sobre seis sustancias y sus dosis mínimas psicoactivas (dosis que producen efecto en el organismo, aunque con ellas el sujeto no esté drogado, ni intoxicado), pero desconociendo los

datos que proporcionaba sobre otras sustancias, relativos a dosis de abuso habitual y perdió fidelidad en los datos relativos a la heroína, LSD y MDMA. Así, en las sentencias basadas en este cuadro, se tuvieron en cuenta las dosis mínimas psicoactivas como límite entre tipicidad y atipicidad, pero dejando la problemática más confusa que antes.

El texto, en primer lugar da cuenta de la jurisprudencia anterior al Informe (en su aspecto de peligro para el bien jurídico salud pública) tendiente a la absolución en casos de entrega de droga para evitar los efectos del síndrome de abstinencia; consumo compartido; invitación a consumir; y entrega a personas privadas de la libertad. En estos casos se encuentran varios elementos comunes en el criterio para entender un peligro en el bien jurídico "salud pública": se necesita que la droga pudiera llegar a indeterminados sujetos, la existencia de precio y que los receptores no fueran adictos.

Posteriormente, en el artículo se hace un parangón entre las sentencias absolutorias y las condenatorias en la venta de pequeñas dosis de droga, fuera de los supuestos anteriores, pero teniendo en cuenta el principio de insignificancia. Para las sentencias absolutorias, la fundamentación parte de que la cantidad de droga vendida no permite hablar de riesgo para la salud pública, sin ulteriores criterios. En cambio, para la sustentación de las sentencias condenatorias impartidas antes del IINT o que no lo tienen en

cuenta, se parte de que el bien jurídico se lesiona con la mera difusión de la droga (cuando la droga existió y se realizó su venta con la contraprestación de un precio) y que la antijuridicidad material no exige que la lesión al bien jurídico sea importante, de manera que no habría cabida a un "principio de insignificancia" o, si se diera, su aplicación tendría que ser excepcional y restrictiva. Esta última interpretación es criticada por la autora, quien encuentra que en esos supuestos no hay aplicabilidad del principio de insignificancia sino que habría falta del objeto material.

En el texto se hace un análisis especial a las sentencias que, aunque anteriores al IINT, sí tienen en cuenta el criterio de "dosis mínima psicoactiva". Este criterio entonces, genera el límite a partir del cual se observan efectos nocivos y, por tanto, se puede encontrar tipicidad en la conducta (p. 60). Además, en las sentencias condenatorias posteriores al Informe, se entiende como criterio el de la dosis mínima psicoactiva, en vez del antes utilizado de la dosis de consumo diario estimado, sin explicación alguna; tampoco se tiene en cuenta el Informe completo, sino sólo el cuadro dado por el Grupo Técnico, incompleto y sin todos los criterios aportados por el Instituto Nacional de Toxicología. Pero este manejo de los conceptos para fundamentar estas sentencias condenatorias ha sido ampliamente criticado por diferentes sectores.

Se hace finalmente un análisis de lo que constituyen, para el caso de

venta mínima de droga, los principios de insignificancia, proporcionalidad, bien jurídico (el último aludiendo a las discrepancias que este concepto genera en razón al peligro de la difusión, el interés dominante y la referencia a la salud individual; y a la especial preocupación en el bien jurídico "salud pública" por la protección de menores e incapaces).

Se concluye que el criterio de dosis mínima psicoactiva no constituye Doctrina Unificada, por lo cual puede seguirse utilizando un razonamiento más adecuado, siguiendo al análisis del bien jurídico, que indica entre otras cosas que las conductas de autoconsumo, consumo compartido, invitación o donación a un sujeto concreto, y venta de cantidades indivisibles de droga son atípicas, y para las demás, se necesita que sea susceptible la difusión entre varios e inconcretos sujetos, que sea idónea para dañar la salud individual (de acuerdo a la cantidad y pureza) y que no constituya conducta insignificante; que la entrega de droga para lograr la deshabituación o menguar el síndrome de abstinencia es atípica por ser socialmente adecuada; que no son criterios para la atipicidad, ni el precio, ni que el destinatario sea adicto; y que cuando hay cantidades menores a la dosis mínima psicoactiva, hay falta de objeto material.

Como tercer texto de la sección Doctrinal de la Revista, se encuentra el escrito "Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a

su significado desde la obra de CLAUS ROXIN", de EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, págs. 113 a 150. En este texto, el autor pretende dar cuenta del concepto de política criminal a la luz de las ideas de CLAUS ROXIN. Para ello, plantea la construcción del Derecho penal a partir de su aptitud funcional para resolver problemas ("Derecho penal orientado a las consecuencias"), la cual coincide con las tesis del funcionalismo, que atiende a los fines de la pena en la construcción de los conceptos penales. Así, se conseguiría romper las diferencias entre la dogmática penal (que busca limitar los poderes públicos en razón a las garantías individuales) y la política criminal (que busca que los poderes públicos logren frenar la criminalidad), separación clara desde VON LISZT. De esta manera, según el autor, se superan las falencias del finalismo y se logra la sistematización a partir de los fundamentos político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Sin embargo, no queda claro, y ello es precisamente lo que quiere aclarar el autor con el texto, es cuál era el significado de "política criminal" para ROXIN.

Para el desarrollo del artículo, BORJA JIMÉNEZ plantea una definición de política criminal desde las ideas de CLAUS ROXIN; hace un recuento del objeto y función de la política criminal de VON LISZT a ROXIN; diferencia la política criminal como actividad política y como teoría; explica la política criminal a partir de la realidad social y de la justicia; y hace un

parangón entre política criminal y criminología. Finalmente, el autor hace una valoración de los conceptos antes estudiados, para sacar algunas conclusiones, como que lo pretendido por ROXIN es, entre otras cosas, integrar los conceptos y principios del Derecho penal con las finalidades político-criminales como realidad social; también que la actividad de los operadores jurídicos debería estar orientada por las finalidades político-criminales, consiguiendo un equilibrio entre la obligación del Estado de persecución, enjuiciamiento y castigo de los delincuentes, y los límites del ámbito jurisdiccional, de manera que al estar ambas integradas (aunque se sigue manteniendo una diferenciación teleológica), la política-criminal ya vendría internamente limitada, y el Derecho penal ya reconocería las orientaciones de la realidad. También, se logran conclusiones referentes al contenido y a las funciones de la política-criminal. Por un lado, la define a partir de su sentido político, como "aquel conjunto de medidas, criterios y estrategias, de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad de una determinada sociedad" (p. 148); y a partir de su sentido teórico como "aquel sector del conocimiento que tiene como objetivo el estudio del conjunto de medidas, criterios y

argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal" (p. 148), reconociendo que ROXIN se refiere al segundo concepto de política-criminal, circunscribiendo su función a la del Derecho penal y, específicamente, a la de la pena (prevención positiva general y especial). Por otro lado, aunque ROXIN no responde a la incógnita de si la política-criminal puede ser considerada ciencia, el autor estima que no, por su marcado carácter histórico, coyuntural, ideológico, político y utilitario.

A continuación, se encuentra un artículo escrito por MIGUEL ÁNGEL IGLESIAS RÍO, titulado "La eximente de 'anomalía o alteración psíquica'" (art. 20.1 Código penal). Una problemática abierta hacia el futuro científico", págs. 151 a 174. El autor de este artículo apunta su pertinencia, por la falta de entendimiento teórico consensuado del tema y de jurisprudencia homogénea; por la actualidad de este tópico en razón a los delincuentes sexuales, psicópatas y maltratados domésticos; por la revisión del fenómeno de la "culpabilidad"; y por la dificultad en el tratamiento de los supuestos de "peligrosidad" y en el análisis de los elementos subjetivos del delito.

El estudio del tema de la exclusión de la pena por anomalía o alteración, parte del concepto humanizado del Derecho a partir de la dignidad humana, donde se reconoce un ciudadano libre, dotado de razón y con capacidad de autorresponsabilidad,

pero también se observa la posibilidad excepcional de anomalías o alteraciones psíquicas relevantes, casos en los cuáles se amerita un tratamiento distinto (con una dirección terapéutico-rehabilitadora) por el reconocimiento constitucional de la prohibición de imponer tratamientos inhumanos o degradantes.

Luego se da cuenta de algunas incertidumbres referentes al tema, las cuales corresponden a lo complicado de la indagación del estado psicológico; la dificultad probatoria; el deber de hacer el juicio a través de un proceso individualizado; la tendencia de los jueces a valorar estas condiciones diferente a como lo hacen los psiquiatras. A lo anterior se añade la indeterminación legislativa; y la diferencia entre la literalidad del artículo que se ocupa del asunto y las nociones científicas vigentes. Aunque esa indeterminación legislativa también se puede considerar positivamente ya que, por un lado, permite ampliar el ámbito de actuación de la eximente de acuerdo al nivel de conocimiento psicológico y psiquiátrico de la actualidad y, por otro lado, no aumenta la inseguridad jurídica, que ya era bastante amplia por la cambiante y contradictoria jurisprudencia sobre el tema.

Respecto a la cuestión de las psicopatías como trastornos disociales de la personalidad, en el artículo se hace referencia a lo problemático de la cuestión, donde la jurisprudencia ha tendido a un reconocimiento

muy restrictivo de este supuesto como eximente de responsabilidad, debido, entre otras cosas, al temor de una pérdida de las expectativas preventivo-generales, al hecho de que en muchos casos estas personas conservan amplia capacidad de autocontrol, y a que existen numerosas manifestaciones de personalidades psicópatas, lo cual no permite dar un tratamiento homogéneo. Pero la preocupación principal radica en que en estos sujetos la amenaza preventivo-intimidatoria no funciona, y en que se ha comprobado el fracaso de la resocialización.

El autor critica el modelo británico (*Dangerous People with Severe Personality Disorder Act*), que permite imponer medidas indeterminadas, aun cuando el sujeto no hubiera cometido delito alguno.

El quinto artículo, de IGNACIO COLOMER HERNÁNDEZ, "La sentencia en el proceso penal de menores", págs. 175 a 210, gira en torno a la ley de Responsabilidad Penal de Menores, para extender las garantías de los procesos penales a los procesos de los menores, de manera que la sentencia debe ser fundada en Derecho, de fondo y suficientemente motivada, a pesar de que el modelo combina la responsabilidad y la naturaleza educativa de la medida. Así, el autor expone en el artículo los requisitos formales de estas sentencias, en cuanto a su plazo y registro, y su forma y lenguaje; el contenido de las sentencias, explicando particularmente los ele-

mentos que conforman la decisión y el contenido mínimo e indispensable de la sentencia, el cual se conforma por el relato de los hechos probados, descripción, justificación y explicación de la medida impuesta; la motivación exigible a la sentencia, configurada por la motivación del juicio de hecho, del juicio de Derecho y de la decisión sobre la medida adoptada.

Posteriormente, JULIA ROPERO CARRASCO escribe "La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto" (págs. 211 a 252). El artículo comienza planteando el problema de la quiebra del sistema de indicaciones. Explica al respecto que el art. 427 bis del Código penal español introdujo el sistema limitado de indicaciones, bajo el cual el aborto es delito salvo las excepciones de que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada, que el embarazo sea el resultado del delito de violación, o que se presuma que el feto nacerá con graves taras físicas o psíquicas. Frente a este sistema, el artículo propone su sustitución (debido a su incapacidad de responder a la realidad social del aborto) por la solución del plazo, el cual podría permitir la interrupción del embarazo por la libre decisión de la mujer en el momento inicial de la gestación, además de apreciar las indicaciones en momentos posteriores. Se hace luego una recapitulación de la situación del aborto antes de la entrada en vigencia del sistema de indicaciones, se analiza la constitucionalidad de

ese sistema, se estudia la realidad social del aborto tras su introducción y se hace una crítica a la aplicación judicial, derivada del menoscabo de los derechos de la mujer por la arbitraria aplicación de la ley, con lo cual se termina por concluir que el sistema de indicaciones no protege de manera adecuada estos derechos.

En el desarrollo del artículo se empieza por plantear las dificultades para fundamentar la licitud del aborto indicado, poniendo de relieve su conflicto con la consideración de la vida del *nasciturus* como un valor superior. Posteriormente, se expone la idea de la vida prenatal como interés graduable y sometido a límites, complementado por la exposición de la ponderación de los bienes y los estados de conflicto como situaciones de "déficit" en la protección de intereses jurídicos. Además, se critican los elementos introducidos por la criminología de la "responsabilidad" y la "culpa" en el origen del conflicto. Por último, se hace una explicación de la naturaleza de las indicaciones como causas de atipicidad, para concluir por un criterio tendiente a favorecer la solución de la teoría del plazo.

ENRIQUE SANZ DELGADO escribe el séptimo artículo de la sección, llamado "Las viejas cárceles: evolución de las garantías regimentales", págs. 253 a 350. Este texto expone la evolución del mecanismo conceptual de la cárcel y, con ello, el instrumento en sí, donde se enfatiza en las garantías regimentales nacidas de iniciativas institucionales o

ciudadanas. Se pretende así obtener una normativización sistémica que tenga en cuenta las normas mínimas de la ONU y la normatividad constitucional. Se hace en el texto un acercamiento a las reformas del siglo XVI, motivadas por inquietudes cristianas y humanistas, donde se observan sus aportaciones en el ámbito carcelario; luego, se explica la "iniciativa social", representada por las asociaciones ciudadanas a favor de los presos y sus repercusiones; también se hace un análisis de los objetivos humanitaristas y manifestaciones legales reformadoras en las cárceles, bajo las cuales se dio la proscripción de los abusos y del carcelaje; se relata la constitución de las visitas a las cárceles como medio garantista configurando la vigilancia judicial penitenciaria; se detiene en el punto de la abolición del tormento y otras mejoras; y se narra la continuidad de las presiones ciudadanas hacia la reforma por intereses humanitaristas, con influencia de la sociedad filantrópica. Por último, se hace un análisis de la reforma resultante, que desembocó en la cárcel modelo de Madrid, y se concluye que en el período estudiado por el artículo, siempre se mantuvo el ideal reformador, que no se logró aplicar de manera exitosa; en cambio, la legislación propiamente penitenciaria mantuvo su corte militar, y tuvo el común denominador de, primero, la falta de recursos y, luego, a pesar de existir los recursos, la falta de convicción de los principios informadores de esa normatividad.

Para finalizar esta sección, GUTMARO GÓMEZ BRAVO escribe "Las prisiones de Eva. Mujer y cárcel en el siglo XIX", págs. 351 a 384. El análisis de este artículo de la evolución de los centros penitenciarios destinados a las mujeres, tiene como base el cambio de su régimen, que pasa de considerarlas "pecadoras descarriadas" a "delinquentes degeneradas". Así, este es un proceso ambivalente entre el rol tradicional de la mujer auspiciado por instituciones religiosas y el progresivo acercamiento legal al tratamiento delictivo masculino, también con el importante impacto de las teorías de la criminología positivista, que hizo cambiar la mirada correccionalista a la de la mujer delincuente. Se hace un recuento de los conceptos de "recogidas" y de "presas", y se da cuenta de los límites del régimen correccional. Además, se ahonda en los conceptos de "delincuente" y "degenerada", a partir de la mirada de la ciencia; y se destaca el último apartado titulado "el amor en los tiempos del cólera", donde se relata el traslado del discurso médico científico del positivismo relativo a los comportamientos sexuales, perversiones y herencias biológicas, entre otros, hacia los conceptos relativos a la delincuencia femenina. En general, en el artículo se plasman importantes fenómenos que afectaron y cambiaron la situación de la reclusión penitenciaria de las mujeres en el siglo XIX, como la pugna entre liberalismo y absolutismo,

la crisis del antiguo régimen, la formación del Estado, la penuria presupuestaria, el traspaso del poder local, la desamortización, el proceso codificador y el vacío reglamentario, el reformismo penitenciario, la igualdad jurídica, entre otros.

Luego se publica la sección de *Crónicas Extranjeras*, integrada por dos artículos. El primero, de JOSÉ DANIEL CESANO y FABIÁN I. BALCARCE, se titula "Reflexiones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en la República Argentina", págs. 385 a 432. El tema de estudio de este texto se encuadra dentro del Derecho penal económico, el cual tiene a la empresa como núcleo central, con la particularidad del creciente anonimato de sus estructuras. El artículo trata de dar cuenta del tipo de delincuencia vinculada con la persona jurídica en cuanto a la responsabilidad penal; de la transformación en el tratamiento que dan los estratos analíticos de la teoría del delito y de la sanción penal; las diferentes posiciones doctrinarias sobre el tema (que enfrentan las posiciones *societas delinquere non potest* y las *societas delinquere potest*). Se plantea el origen histórico de la discusión; los caminos dogmáticos propuestos para prevenir y reprimir el tipo de delincuencia vinculada a las personas jurídicas; y las respuestas que a la cuestión formula el Derecho comparado. Por último, se exponen las soluciones adoptadas por la legislación argentina, específicamente en los temas de responsabilidad penal

directa de las personas jurídicas, de la doble imputación, de las consecuencias jurídicas accesorias, del actuar por otro, de la omisión propia, de la omisión impropia y del Derecho penal administrativo.

En el segundo artículo de esta sección, "¿Y si todos lo hiciéramos?" Consideraciones acerca de la "(in)capacidad de resonancia" del Derecho penal con la figura de la acumulación, de AUGUSTO SILVA DIAS, págs. 433 a 470, se debaten algunos temas tratados por FIGUEIREDO DIAS (en homenaje al cual está escrito el texto), como la legitimidad de los delitos aditivos o cumulativos en el marco de la protección penal al medio ambiente, a la luz del paradigma de las modernas sociedades democráticas. Dentro de esta problemática, trata específicamente el asunto de la "capacidad de resonancia" en relación a los principios de proporcionalidad, ofensividad y culpabilidad, para delitos que en sí mismos no son peligrosos ni relevantes, pero que contribuyen poderosamente a la lesión.

El autor hace el estudio del tema comenzando por un análisis de los contornos dogmáticos que se emplean comúnmente para fundamentar la figura de la acumulación, haciendo una delimitación conceptual y jurídico-dogmática de este concepto; así como las bases principales para la legitimación y fundamentación del delito cumulativo dadas por la doctrina, y sus consecuencias, donde se da cuenta de la lógica de las

grandes cifras, el daño acumulativo y la dinámica de la sociedad del riesgo, y la micro-lesión del *free rider* y la reprochabilidad de su comportamiento calculador. Más adelante, se hace un contraste de esas concepciones con los parámetros normativos que fundamentan la validez del Derecho penal en las sociedades modernas (donde se estudian los conceptos del Derecho penal y teoría de la sociedad, y la validez jurídico-penal y reconocimiento intersubjetivo), y que se oponen a la solución de la acumulación. Se concluye que la capacidad de resonancia en relación con los delitos cumulativos es nula; no se desconoce la existencia de tipos cumulativos, pero se plantea que éstos son un ejemplo de la administrativización del Derecho penal y de la flexibilización de las categorías de la imputación jurídico-penal. Así, considera que hay bases para impugnar la validez e inconstitucionalidad de la incriminación y castigo de las contribuciones cumulativas.

Además de las secciones comentadas, esta revista cuenta con una sección *Legislativa* escrita por MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO; una sección *jurisprudencial*, con los artículos de NURIA PASTOR MUÑOZ: "Engaños

punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa a la luz del caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003, Ponente Andrés Ibáñez", de GEMA MARTÍNEZ GALINDO: "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", y MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO y ABEL TÉLLEZ AGUILERA: "Jurisprudencia del Tribunal Supremo"; un compendio de *Circulares, Consultas e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado*; una sección de *Bibliografía*, con artículos de CARLOS GARCÍA VALDÉS: "Reseña del libro 'El Humanitarismo Penitenciario Español del Siglo XIX', de ENRIQUE SANZ DELGADO", de CARLOS M. GONZÁLEZ GUERRA: "Reseña del libro 'La Participación en el Delito: Fundamento y Límites', de RICARDO ROBLES PLANAS", y de ENRIQUE SANZ DELGADO: "Reseña del libro 'Maconochie's Gentleman. The Story of Norfolk Islands and the Roots of Modern Prison Reform', de NORVAL MORRIS".

La Revista termina con un breve *Noticario*.

CATALINA URIBE BURCHER
Abogada Universidad de Antioquia

DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO - REVISTA INTERNACIONAL. Número 14, enero-marzo, Bogotá, Legis, 2006, 191 págs.

Esta revista está integrada por cuatro secciones: *Artículos, Novedades Jurisprudenciales, Web Pen@l y Obras y Autores*. A continuación se reseñaran uno a uno los aspectos destacados de los artículos publicados en este número.

El primer artículo es de la autoría de YESID REYES ALVARADO, y está titulado: "Causalidad y explicación del resultado". El trabajo empieza por hacer un recuento histórico del principio de causalidad en la Teoría del Delito, concluyendo que tal principio debe basarse y reinterpretarse ya no desde la certeza -como solía presentarse y se presenta aún en la práctica-, sino desde la probabilidad. Se destaca la argumentación y los casos que desarrolla el autor para respaldar su propuesta, la cual ampara en el importante concepto de previsibilidad "que en el fondo no es más que una de las aplicaciones prácticas de la

relación causal" (p. 32). El ensayo no sólo explica convincentemente cómo funciona el principio de causalidad a la luz de la probabilidad en la acción, sino también, en la omisión y en la tentativa.

En el segundo artículo, "Delimitación conceptual de los términos "evasión tributaria, elusión tributaria, fraude a la ley y economía de opción", escrito por ALEJANDRO IBARRA RODRÍGUEZ, se realiza una importante delimitación de términos que, hasta el momento, según indica el autor, no han sido claramente definidos por la doctrina penal tributaria, presentándose vacíos y errores en su aplicación. Además, en este trabajo podemos encontrar una clasificación clara de cada uno de los términos desarrollados, así como un examen de los elementos de cada conducta y su respectivo análisis sobre su legalidad o ilegalidad y sobre su legitimidad o ilegitimidad.

El tercer artículo, es el titulado "La nueva ética indispensable en los creadores de la nueva paz" de ANTONIO BERISTAIN IPIÑA, quien luego de dar diversas definiciones de ética de varios reconocidos autores, expresa que en el ámbito del Derecho penal y "frente a las cosmovisiones y herramientas tradicionales de ética, conocimiento, justicia y paz se deben crear unas nuevas que forjen una justicia restaurativa y una paz auténtica, libre de terrorismo y sin neoliberalismo..." (p. 68), con el fin de erigir una noción de ética acorde al momento histórico actual, el cual exige innovar en estos conceptos y sus definiciones actuales. En uno de los apartes de este artículo encontramos el tema del derecho de las víctimas en el proceso penal y su reciente reconocimiento normativo por parte del parlamento europeo, en aras del cual el autor propone darle una mayor relevancia al principio *in dubio pro victima* (p. 80) -como lo sugiere el estatuto europeo de protección a la víctima- y ya no sólo aplicar el *in dubio pro reo*, conclusión que hay que analizar e interpretar cuidadosamente para no incurrir en una desfiguración de los principios que rigen el Derecho penal y que han sido configurados como garantías para el ciudadano, como límite al poder del Estado.

En cuarto lugar, el artículo "Los delitos de lesa humanidad" escrito por RAÚL EDUARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, inicia con un recuento histórico de cómo se llegó al Estatuto de Roma

sobre la Corte Penal Internacional y explica luego desde cuándo y por qué se denominaron delitos de lesa humanidad, aquéllos que "son rechazados de forma tajante por la sociedad internacional, toda vez que afectan las bases mismas de la civilización" (p. 118). También se expone el significado actual de estas infracciones, sus características, su diferenciación con los delitos comunes, así como las conductas que se han ido tipificando y agregando a los primeros delitos enmarcados en esta categoría. Cabe destacar la clasificación de los elementos esenciales generales de los delitos en contra de la humanidad que efectúa el autor, para luego hacer un examen de cada uno de los delitos y sus elementos específicos. A lo largo del artículo se señala cómo el Estatuto de Roma ha sido elaborado teniendo en cuenta no sólo la normatividad internacional ya existente sino también, la jurisprudencia que se ha producido por otros tribunales que otrora han debido juzgar delitos de lesa humanidad.

Por último, se encuentra el escrito de JUAN MARÍA RODRÍGUEZ ESTÉVEZ: "Responsabilidad penal del empresario y delitos de infracción de un deber." Entendiendo la empresa como generadora de peligro que puede en determinado momento afectar bienes jurídicos, el autor estudia el tipo de riesgo organizacional que se caracteriza por causar lesiones a un bien jurídico en cabeza de un tercero

-persona individuada- por parte de un empleado que ha incurrido en una conducta culposa, agregando a esto que puede haber responsabilidad derivada de la parte directiva de la empresa que pudo no cumplir, a su vez, con el deber de vigilancia y cuidado respecto a la conducta descuidada de sus dependientes. El problema que plantea el autor y al cual busca una respuesta desde la doctrina, es el de determinar en qué medida responde un organismo directivo, es decir, si se da un caso de "responsabilidad hacia arriba" (p. 121) o si por el contrario lo que se presenta es un "delito culposo por parte de uno de sus dependientes, lo cual configura una prohibición de regreso inaceptable en razón de la imputación objetiva del comportamiento" (p. 121).

En su argumentación, el autor se apoya en un ejemplo de un interesante caso de la aerolínea LAPA, en el que se expone el colapso de un avión, a causa de lo cual murieron varias personas (entre ellos miembros de la tripulación) por negligencia y descuido del piloto, quien había mostrado en anteriores pruebas tomadas por la aerolínea su dificultad en ciertas áreas de trabajo, pese a lo cual sus directivos decidieron que el piloto continuara

en sus labores sin que se tuviera que efectuar ningún cambio en la forma de volar de dicho empleado. El autor estudia la responsabilidad penal del presidente de la empresa aeronáutica, y los deberes especiales derivados del riesgo que representan ciertas actividades de algunas empresas. Por último, se analiza la responsabilidad del directivo de la aerolínea desde los delitos de infracción de un deber, lo cual da paso a una crítica que realiza el autor al respecto, y que concluye dejando el espacio abierto para un debate dogmático y político criminal que pueda dar respuestas al problema planteado.

Para concluir, cabe destacar los interesantes y variados temas tratados en este número de la revista los cuales son analizados en su mayoría, no sólo desde el punto de vista de la doctrina y la normatividad penal, sino también desde lo histórico, social y cultural, es decir, se abordan los contenidos desde una amplia perspectiva, en la cual deberían enmarcarse los debates del Derecho y de las ciencias humanas en general.

MARCELA QUIJANO RESTREPO.
Estudiante de Derecho.
Universidad de Antioquia.

ESTUDIOS PENALES Y CRIMINOLÓGICOS.

Volumen XXIV, 2002-2003, Santiago de Compostela,
Universidad de Santiago de Compostela, 2004, 564 págs.

Corresponde el presente volumen, el número XXIV de los *Estudios Penales y Criminológicos* de la Universidad de Santiago de Compostela, al período 2002-2003, en donde se hallan un total de 10 estudios de autores españoles dedicados todos ellos a variados temas que abarcan las partes general, especial y procesal del Derecho penal español.

Siguiendo el orden de la revista, se encuentra en primer lugar, de MIGUEL ABEL SUOTO, el artículo titulado "La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la Ley penal del menor". En lo que atañe al principio acusatorio consagrado en el párrafo primero del artículo 8 de la Ley en cuestión, se señala que él constituye una garantía básica derivada implícitamente de la Constitución Española, conforme a la cual el juzgador está limitado por encima por la pretensión

del Ministerio Público o Acusador Particular en lo que se refiere a la solicitud de la medida, quedándole al Juez de Menores solamente la posibilidad de sugerir o proponer al acusador una consecuencia distinta en caso de estimar algún tipo de lenidad. Teniendo en cuenta la variedad de medidas establecidas en el artículo 7.1, se destacan algunos inconvenientes que pueden presentarse en su cómputo y ciertos problemas de ejecución por cambio de medida. Por el lado del principio de proporcionalidad se trata el tema del límite superior, con arreglo al cual las medidas privativas de la libertad no podrán exceder el tiempo de duración de la pena concreta en caso de mayoría de edad, regla inspirada en pronunciamientos del TC y en textos de carácter supranacional.

JOSÉ ÁNGEL BRANDÁRIZ GARCÍA trata en su artículo el tema de la "Regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y

la Seguridad Social", característica moderna de la política fiscal mundial que tiende al cumplimiento extemporáneo de la obligación como alternativa de la sanción penal. Se estudian por consiguiente los artículos 305.4 y 307.3 del Código penal español, tratando asuntos como: (i) la naturaleza de dichas disposiciones, a saber verdaderas causas de levantamiento o anulación de la pena; (ii) el fundamento y los fines del beneficio, en cuyo punto destacan no sólo razones de orden práctico y de política fiscal sino también criterios de compensación del injusto y de prevención general y especial de la pena; (iii) los requisitos del beneficio, esto es la regularización de la situación tributaria o contributiva que comprende la comunicación de la deuda a la administración y el pago efectivo de la misma; (iv) los límites temporales de la causal, es decir hasta qué momento puede operar la regularización; y (v) los ámbitos objetivos y subjetivos de aplicación de la anulación de la pena.

"La habitualidad en el delito de violencias habituales en el ámbito familiar" es el artículo de RAQUEL CAMPOS CRISTÓBAL. Se trata de un estudio del delito en cuestión, pero sobre todo del componente de la "habitualidad" que como elemento del delito se exige en el artículo 173.2 del Código penal español. Luego de recrear la evolución doctrinal y jurisprudencial que se ha ocupado

del elemento destacado, se toma posición al respecto optando por una interpretación según la cual la habitualidad exige como mínimo tres actos de violencia debidamente acreditados, humillación grave en la víctima debido a la continuidad, e interpretación restrictiva de las pautas legales del numeral 3 de la norma en cuestión. Seguidamente se estudian los problemas de aplicación de la norma, en especial lo atinente al concurso entre el delito en sí mismo considerado y cada uno de los actos de violencia que lo estructuran. Así mismo se resaltan los problemas de dicha conducta punible con respecto a la tentativa, figura que únicamente sería de recibo en aquellos eventos en que los actos de violencia no constituyan atentado contra la integridad moral pese a que ésta hubiese sido la intención del autor. Finalmente se tratan las dificultades de comunicar al delito de que venimos hablando las circunstancias modificativas de responsabilidad concurrentes en uno de los actos de violencia, lo cual resulta inviable a juicio de la autora a no ser que concurra la causal en tres de los actos como mínimo y que la misma, sin hacer parte implícita de él, sea compatible con el delito propiamente dicho. El escrito termina con unas breves referencias al problema de aplicación de cara a ciertas figuras delictivas análogas introducidas recientemente en el Código penal español.

Se halla a continuación, de ELENA GÓRRIZ ROYO, el artículo "Sentido y alcance del 'Ne bis in idem' respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (En especial la STC 2/2003, 16 enero)", en el cual se aborda el principio mencionado cuyo estudio catapultó la Constitución de 1978 y la moderna tendencia expansionista del Derecho penal. En el texto se aborda la historia relacionada con el tratamiento que se ha dispensado a la proscripción de sancionar dos veces por un mismo hecho, destacando en particular algunas determinaciones del TC en las cuales se ha establecido la regla de preferencia del orden jurisdiccional penal sobre el administrativo sancionador. Al final se ensayan algunas propuestas tendientes a llenar ciertos vacíos legales, en especial se propone la introducción de una norma que le permita al juez penal declarar nulas las sanciones administrativas y compensar a la sanción penal la sanción administrativa.

En "Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal", PATRICIA FARALDO CABANA se ocupa del estudio de los artículos 260 y 261 del Código penal de 1995, modificados por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de diciembre. Se analiza por tanto la discusión sobre el bien jurídico en los delitos de insolvencias punibles, tratándose para la autora de un interés patrimonial

que tiene el acreedor en el sentido de satisfacer su crédito con el patrimonio del deudor. Así mismo se precisa el concepto de insolvencia como estado actual o inminente de incumplimiento regular de obligaciones, el cual puede ser absoluto o relativo. Con respecto a la infracción de insolvencia fraudulenta del artículo 260 se determinan sus componentes típicos y se resaltan ciertos problemas de concurso delictual, especialmente con el delito de alzamiento de bienes consagrado en el artículo 257 del Código penal. En lo que tiene que ver con el delito de presentación de datos falsos en el procedimiento concursal del artículo 261 ídem, se destacan principalmente los problemas de delimitación con otros delitos habidos en el Código penal de 1995, concretamente con la estafa procesal y la falsedad documental, rematando el escrito con una discusión sobre el tema del concurso con la conducta punible de insolvencia fraudulenta.

De RAMÓN FERRER BARQUERO se encuentra un artículo dedicado a "La vertiente omisiva de la prevaricación judicial". Después de un enjundioso estudio histórico del tema, se examinan por separado los delitos de denegación de justicia y retardo malicioso, ambos de modalidad dolosa, exigiendo el segundo de ellos un elemento subjetivo especial cual es el carácter malicioso en el retardo, en donde se requiere que el autor persiga una finalidad ilegítima, tema a

propósito del cual se realiza al final del artículo un examen jurisprudencial. En lo que concierne al delito de denegación de justicia se opta por una naturaleza mixta según la cual se trata de una conducta activa-omisiva: Lo primero cuando el funcionario se niega expresa o tácitamente a juzgar la causa so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley; y lo segundo cuando el juzgador se niega expresa o tácitamente a fallar "sin alegar justa causa", inactividad deliberada que excede la dilación indebida que usualmente existe en los despachos judiciales.

"Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva" es el aporte de ALICIA GIL GIL en el cual se cuestiona la utilidad de los criterios de la teoría de la imputación objetiva, como quiera que los problemas que con ellos se tratan de solucionar —a nivel del delito doloso— se resuelven correctamente a través de una comprensión exacta del dolo, del criterio del ámbito de protección de la norma que la autora estima una regla de interpretación, y la debida aplicación de las causales de justificación. Por el lado de los delitos imprudentes se reivindican los elementos de la violación del deber objetivo de cuidado, la producción del resultado entendida en términos de causalidad y el criterio del ámbito de protección de la norma. El problema de la teoría de la imputación radica,

según se dice, en pretender hallar un fundamento único para los delitos dolosos e imprudentes, a saber el criterio del riesgo no permitido y el hecho de que la norma penal está dirigida a evitar tales sobrepasos, de donde se sigue la consiguiente crítica a las reglas de aumento del riesgo tolerado y su consecuente realización en el resultado.

GUMERSINDO GUINARTE CABADA realiza su contribución por intermedio del artículo "Algunas consideraciones sobre la ejecución de las medidas previstas en la Ley penal del menor (L.O.5/2000)". En él se consideran los principios de la mencionada ley, esto es el interés del menor como principio rector para la ejecución de las medidas, la legalidad, la resocialización, la participación de las Comunidades Autónomas y la flexibilización. De allí se continúa con los supuestos de inejecución o modificación de la medida, bien sea porque el proceso termine sin su imposición o ya porque la misma no se haga efectiva o simplemente sea modificada por otra distinta. Al final se dedica un análisis a algunas cuestiones comunes a la ejecución de la medida, como por ejemplo el lugar de determinación, criterios para su ejecución cuando son varias y quebrantamiento de la misma; así mismo se destinan algunas líneas a ciertas particularidades o reglas específicas como los centros de cumplimiento, los derechos y deberes del internado, las medidas de vigilancia, de seguridad y disciplinarias.

El artículo de CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ se titula "Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes". Destinado igualmente a los delitos de insolvencias punibles en cuyo campo el Código penal español de 1995 trajo algunas novedades y modificaciones en relación con su antecesor, se examinan en dicho texto las temáticas del fundamento y el bien jurídico de tales figuras delictivas, así como el concepto de insolvencia que también había sido abordado en el aporte de FARALDO CABANA. La mayor parte del artículo está destinada al estudio de cada uno de los elementos típicos del delito de alzamiento, rematando el mismo con algunas líneas dedicadas a la controversia suscitada con ocasión del punible de alzamiento para eludir un embargo o proceso de ejecución.

En último lugar se halla "La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria", de RAMÓN RIBAS. Aquí se acomete el estudio de los artículos 127 y 128 del

Código penal español, relacionados con el comiso de ganancias, instrumentos de ejecución y bienes o efectos del delito, y que fueron modificados por la L.O. 15 de 2003, pasando de ser una pena accesoria a una consecuencia que alcanza a terceros irresponsables y que por lo mismo no está abarcada por el principio de personalidad o responsabilidad subjetiva, excepto cuando se trata de terceros de buena fe no responsables. El comiso por consiguiente es una figura de naturaleza penal que tiende a evitar la comisión de futuros delitos habida cuenta de la peligrosidad objetiva del bien y la producción de un enriquecimiento ilícito, y para cuya imposición basta con la existencia de un injusto sin necesidad del requisito adicional de la culpabilidad, por lo menos así vendría a ser después de la reforma anunciada.

DIEGO ARAQUE MORENO.
Abogado Universidad de Medellín.

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA.
Número 13, 2ª época, enero, Madrid, UNED,
2004, 623 págs.

En esta oportunidad la revista consta de seis secciones, que se presentan a continuación:

La primera sección, *Derecho Penal*, está conformada por seis artículos que abordan temas específicos de esta área. En "El concepto de trabajador en el Derecho penal español", el autor, FERNANDO GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, sostiene que pese a desarrollarse un auténtico Derecho penal del trabajo, la cuestión acerca del sujeto pasivo de las conductas tipificadas en este ámbito requiere de una mejor delimitación, por cuanto no basta con que las acciones descritas en el título XV del Código penal español, artículos 311 a 318 consagren que serán típicas cuando recaigan sobre un *trabajador* o un *conjunto de trabajadores* si no se tiene claro cuándo estamos frente a tal o tales, en el sentido del Derecho penal español, ni cuáles son los requisitos que debe cumplir una persona para

ser sujeto pasivo de estos delitos. Esta es la razón principal para que SÁNCHEZ LÁZARO busque en sus líneas determinar qué debe entenderse por trabajador en el Derecho penal español, preguntándose por el debate doctrinario sobre el bien o los bienes jurídicos protegidos por el título XV y precisando la relevancia típica del trabajador en las diferentes estructuras delictivas de la normatividad bajo estudio, con lo cual propone una definición y algunas reflexiones acerca de la conveniencia de esta tipificación para responder a la realidad laboral que precisa de la intervención penal. El argumento principal que soporta las reflexiones del autor para sostener su concepto de trabajador en el Derecho penal español es que dicha definición no puede entenderse en el mismo sentido del Derecho laboral, puesto que este último responde a una realidad muy distinta de aquella a la

que debe responder el Derecho penal, que debe ocuparse de situaciones laborales como las prestaciones de servicios reguladas por el Derecho administrativo, y algunas otras que también precisan de una protección de acuerdo a la realidad, como es el caso de quienes no trabajan libremente, las prostitutas y los menores de dieciséis años, las cuales involucran a un colectivo de personas cuya participación en la realidad laboral produce una situación de especial vulnerabilidad. Sólo de esta manera -sostiene el autor- "podrá dotarse satisfactoriamente de contenido el concepto jurídico-penal de autor".

"El arresto de fin de semana: Lecciones a aprender de su breve historia (sobre las razones y excusas para su reforma)", escrito por DANIEL VARONA GÓMEZ, es un artículo en el cual se realiza un balance acerca del papel que ha jugado en la práctica judicial española esta pena, cuando han transcurrido ya más de siete años desde la entrada en vigencia del Código penal español de 1995, donde se consagró. El autor cuestiona el funcionamiento del arresto de fin de semana como alternativa a la pena corta de prisión continua y el comportamiento de la misma en la práctica. Además se concentra en lo que él denomina el "efecto desplazamiento" que esta pena ha producido en la práctica sobre otras penas alternativas, no así sobre la

pena de prisión, sus consecuencias y la valoración al respecto, basándose en datos estadísticos provenientes de los estudios que se han realizado acerca de la aplicación del arresto de fin de semana. Aún cuando VARONA GÓMEZ considera ya un hecho la eliminación de esta pena, en vista de la reforma del Código penal plasmada en la Ley Orgánica del 25 de noviembre de 2003, insiste en la importancia de reconstruir su historia para evitar que los problemas que se presentaron con esta pena resurjan con otras similares, máxime si ya se menciona una nueva pena como la de localización permanente, y sobre todo considera que este estudio es la única posibilidad para consolidar un criterio de valoración claro que permita tomar posición frente a los argumentos que han motivado la eliminación de esta figura.

En "La estructura del Dolus Eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo", escrito por el profesor italiano STEFANO CANESTRARI y traducido por CARLOS M. GONZÁLEZ GUERRA, se plantea la importancia de estructurar y delimitar los marcos propios de cada una de estas figuras frente al reto que constituye actualmente para la ciencia del Derecho penal la proliferación de la fenomenología del riesgo, que está conectada a diversidad de comportamientos que van desde la

violación de reglas de circulación, el empleo de sustancias químicas sin los debidos controles y el contagio de enfermedades de transmisión sexual, especialmente del VIH, hasta la expansión de tipificación de conductas que se abre por la vía del Derecho penal societario y económico. CANESTRARI afirma que si bien el debate doctrinario sobre los límites de estas dos figuras ha estado en pie y persiste en nuestros días, éste tiene graves falencias, situación que se agrava si se tiene en cuenta que el contexto actual del derecho penal se basa en la ideología del riesgo, con los hechos descritos anteriormente, lo que constituye un reto para la realización por parte de los penalistas de la diferenciación pertinente. Por esta razón el autor critica fuertemente la tendencia en la literatura italiana y en otras hacia las propuestas de unificación de las prescripciones y hechos atinentes a la forma de dolo eventual y culpa consciente, pues esta iniciativa no ha surgido como resultado de la demostración de su rendimiento, sino más bien como una conclusión que no presenta claramente los criterios para su elección. El artículo cuenta con un primer apartado en el que se exploran las concepciones tradicionales sobre la diferenciación estructural de estas dos figuras, la jurisprudencia alemana respecto al contagio del VIH, la nueva tipología del riesgo y la tendencia actual en la literatura alemana e

italiana al respecto; y culmina con un segundo apartado en el que se diserta acerca de la identidad propia del *dolus eventualis* y sus ámbitos objetivo y subjetivo.

"La interpretación ontológica, funcional y ético-social del principio jurídico-penal de culpabilidad", del penalista alemán ULFRIED NEUMANN, cuya traducción estuvo a cargo de CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, es un artículo en el cual se presentan y analizan tres posibilidades para la construcción de las reglas jurídico-penales, orientado hacia la búsqueda de criterios de fundamentación del concepto de culpabilidad. De estas tres posibilidades, la ontológica, que también involucra la discusión acerca de las estructuras lógico-objetivas, es descartada por el autor, mostrando las dificultades de determinar apriorísticamente el contenido de la culpabilidad, por lo cual pasa a confrontar las otras dos posibilidades: una posición funcional y una ético-social, con base en la pregunta acerca de la función dogmática de la culpabilidad y cuáles deben ser los presupuestos de la misma. Al reconocer que la interpretación funcional de este principio remite directamente a la idea de criterios de prevención y que la interpretación ético-social se refiere a los presupuestos bajo los cuales sería justo declarar penalmente responsable a una persona, estas dos posibilidades de construcción de

reglas aparecen como contrapuestas, pero en el desarrollo de las mismas NEUMANN terminará por concluir que ambas se reconcilian, puesto que "para un estado de derecho no es adecuado dotar de contenido el principio de culpabilidad solamente por las necesidades preventivas para delimitar la pena necesaria, pues no solamente se requiere proteger la confianza en las normas, sino también la expectativa de los ciudadanos de no convertirse en víctimas de la persecución penal arbitraria". Se habla de una prevención general positiva a través de la pena justa, resaltando la idea de que la reacción penal debe coincidir con las representaciones sociales de la pena justa, pero éstas, a su vez, pueden y deben someterse a un control normativo.

"Las relaciones entre Derecho penal y Derecho comunitario: Estado actual y perspectivas", es el resultado de una conferencia dictada por el profesor LORENZO PICOTTI en la Universidad de La Laguna en noviembre de 2002, traducida por ANA MARÍA PRIETO DEL PINO, en la que se estudia, en la primera parte, la "europeización" del Derecho penal de cada uno de los países miembros, ante la exigencia de tutela de nuevos intereses comunitarios o de relevancia comunitaria, junto con otros aspectos como el Derecho punitivo sancionador comunitario y elementos de armonización del Derecho penal. Con base en este análisis, impensable

en los años ochenta por quienes consideraban que el Derecho penal no formaba parte de las competencias de la comunidad europea, en la segunda parte de este trabajo el autor se dedica a establecer si actualmente se dan los presupuestos estructurales, normativos y culturales para la creación de un verdadero *Derecho penal comunitario*, con el fin de analizar el proyecto de Corpus Juris, que contiene normas de Derecho penal material y procesal dirigidas a la idea de la unificación, y en particular, la última versión de esta propuesta, el "Libro Verde sobre la tutela penal de los intereses financieros comunitarios y sobre la creación de una Fiscalía europea", realizando una exploración por algunos de sus aspectos más relevantes y exponiendo algunas valoraciones críticas sobre su aplicación.

Y para cerrar esta primera sección aparece el artículo del catedrático de Derecho penal de la Universidad de Salzburgo, KURT SCHMOLLER, "¿Participación sucesiva?", traducido por los profesores ISIDORO BLANCO CORDERO e ISABEL SÁNCHEZ GARCÍA, en el cual el autor plantea el problema de si se le puede imputar al partícipe que se incorpora tardíamente en la realización de un delito la totalidad del mismo, cuando previamente se habían desarrollado fragmentos del tipo sin su participación, o si la participación sólo puede referirse a aquellas partes típicas en las que el partícipe ha contribuido.

Para desarrollar esta pregunta por la intervención sucesiva, SCHMOLLER estudia el sistema unitario de autor austríaco y las consecuencias que del mismo se desprenden al darle solución a esta problemática y la confronta con el sistema de participación alemán y la solución que éste proporciona, para llegar a la conclusión de que el interviniente que se incorpora al hecho después de que ya han sido realizados fragmentos del tipo, tanto en el sistema unitario de autor como en el sistema de participación debe responder sólo por los hechos realizados por él mismo, y no por la *totalidad del injusto*, en el que él no tuvo participación, por lo cual se niega la admisión de la participación sucesiva, y este interviniente sólo debe responder por su colaboración si ésta es un comportamiento punible. Sostiene que el ataque al bien jurídico debe enjuiciarse no sólo desde la perspectiva del autor, sino también desde la del partícipe para determinar su responsabilidad penal.

La segunda sección de la revista es la de *Criminología*, dirigida por el Prof. Dr. ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA y coordinada por el Prof. Dr. PER STANGELAND, la cual presenta dos artículos bastante interesantes. El primero de ellos, "Posibilidades de 'Diversión' por parte del ministerio fiscal en el Derecho penal juvenil alemán", escrito por MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS, se ocupa del estudio de la "diversión", nombre bajo el

cual se conoce una "tercera vía" del Derecho penal caracterizada por ofrecer soluciones informales no estigmatizadoras para el infractor, erigiéndose como camino alternativo frente al proceso penal formal y a las sanciones estrictamente formales del mismo. El Derecho penal juvenil, al ser considerado un campo de prueba de esta tercera vía, es explorado por el autor mediante el estudio del Derecho comparado entre la legislación penal juvenil alemana y la reciente ley española que regula la responsabilidad penal de los menores, reconociendo las múltiples ventajas que este tipo de observaciones trae consigo, máxime si se tiene en cuenta que este ámbito del Derecho penal ha tenido mayor desarrollo en Alemania respecto a la reciente expedición en España de la mencionada ley. Este estudio buscará si algunos aspectos de la diversión emergentes en la legislación penal juvenil alemana podrían ser de recibo en la legislación juvenil española, teniendo en cuenta que los puntos de partida político-criminales en ambos países son totalmente distintos.

En el segundo, "Economía de la venta de droga en el último escalón", DAVID ROMERO plantea de una manera muy suspicaz la pregunta por el comercio de la droga, al incluir en el análisis de ésta la variante de la *ilegalidad*. Describe las diferentes eventualidades por las cuales pasa esta mercancía de manos de productores

a las de los distribuidores, teniendo en cuenta que éste es un mercado que no obedece a una estructura jerárquica ni a unas políticas de distribución común. Al ocuparse del nivel minorista pondrá de relieve sus características, destacándose la de que por ser un mercado ilegal, y compensar los precios los riesgos a los que se está sujeto, aquéllos serán muy altos. De acuerdo con todo lo anterior, ROMERO se concentrará en el funcionamiento de la venta de droga en una ciudad al sur de España, por medio de lo cual pretende conocer si ésta es un medio de vida atractivo al compararlo con otros medios de vida normales. Pero lo más interesante de este estudio criminológico viene con el método utilizado para obtener la información: se realizaron entrevistas a profundidad a diez vendedores, con diferentes historias de vida delictivas y laborales, ubicados en la calle y además se tuvo en cuenta un trabajo de campo de mayores magnitudes, llevado a cabo en un estudio sobre alternativas laborales a la delincuencia común, realizado por el mismo autor. Para finalizar y hacer más accesible la lectura de su texto, ROMERO añade en las últimas páginas un glosario con el vocabulario utilizado por los vendedores de droga dentro de su oficio.

Por su parte, la tercera sección, atinente a los comentarios a la *Jurisprudencia* y dirigida por el Prof. Dr.

LUÍS GRACIA MARTÍN, presenta una serie de análisis realizados sobre las siguientes providencias: "Ocultación de dinero procedente del narcotráfico en una caja de seguridad (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo N° 155 de 19 de Febrero)", por MIGUEL ABEL SOUTO; "Detenciones ilegales y robo con intimidación (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003)", por ESTRELLA ESCUCHURI AISA; y "La conspiración para delinquir. Comentarios a la STS 791/1998 de 13 de noviembre (RJ Aranzadi 8962). Recurso de casación 973/1997-P contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 1ª) de 4-2-1997", por EDUARDO RAMÓN RIBAS.

En la cuarta sección referida a las *Recensiones de Libros*, RAFAEL ALCÁZER GUIRAO presenta y analiza tres contribuciones recientes sobre la *actio libera in causa* que corresponden a los textos de EDUARDO DEMETRIO CRESPO, MARÍA DEL MAR DÍAZ PITA y PILAR GONZÁLEZ RIVERO; también se reseña el libro *Curso de Derecho penal: Parte General*, del prof. JOSÉ CEREZO MIR por parte de ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, y el texto de MARÍA ÁNGELES RUEDA MARTÍN acerca de la teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, por MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA, profesora titular de la Universidad Complutense de Madrid, entre otros.

Como antesala a su culminación, la revista ofrece su quinta sección,

la de *Información Bibliográfica*, que incluye los libros y revistas de Derecho penal de origen español desde abril hasta septiembre de 2003 y también la bibliografía iberoamericana de Derecho penal y criminología en el mismo período de tiempo, detallando las publicaciones de cada país, a cargo de un corresponsal nacional, divididas en libros, revistas y artículos.

Finalmente, se encuentra la sección de *Estadística*, comprendida por un artículo de ELISA GARCÍA ESPAÑA: "Los datos oficiales de delincuencia en España", que entremezcla cifras y porcentajes oficiales de las estadísticas judiciales, con una crítica y análisis sobre el contenido de los mismos.

SANDRA MILENA GÓMEZ SANTAMARÍA.
Estudiante de Derecho.
Universidad de Antioquia.

REVISTA PENAL. Número 13, enero, Salamanca,
La Ley S.A. - Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, 2004, 299 págs.

Revista Penal desarrolla en este número cinco secciones: Doctrina, Jurisprudencia Constitucional, Sistemas penales comparados, Revistas y monografías, y Bibliografía.

Iniciando con la sección de *Doctrina*, que consta de diez títulos, encontramos un artículo de GABRIEL I. ANITUA y ROBERTO BERGALLI, titulado "Necesidad de conocer el pasado para enfrentarse al futuro. Un relato a partir de una polémica del presente", en el cual se realiza un recuento de las obras de MUÑOZ CONDE acerca de MEZGER y las polémicas surgidas al respecto, en especial la discusión con QUINTANAR y COBO DEL ROSAL. Así mismo, se destaca la importancia de estudiar los acontecimientos del pasado

como los desarrollados alrededor del nazismo, y se hace relación, a su vez, al totalitarismo y a la situación en Argentina en esa época.

En segundo lugar encontramos el artículo de MARÍA VIVIANA CARUSO FONTÁN, titulado "La subjetivización del tipo de injusto del delito de calumnias", en donde se expone el concepto de honor en la doctrina penal, analizando el bien jurídico protegido mediante la tipificación del delito de calumnias, al cual la autora considera un delito de peligro abstracto, que implica además un conflicto con la libertad de expresión. Tras una especial referencia al Derecho anglosajón, se propone para la interpretación de este delito en el ordenamiento español, adoptar

un criterio de "verdad subjetiva" para establecer la responsabilidad en la calumnia, dando importancia al comportamiento diligente, y con la aclaración de no ser aplicable la pena cuando se presente la *exceptio veritatis*.

En tercer lugar tenemos el escrito, "Función social y tutela penal del patrimonio arqueológico", de EMILIO CORTÉS BECHIARELLI, quien luego de explicar en qué consiste el patrimonio arqueológico y su configuración como bien jurídico, indica cómo el Código penal español regula el tema con figuras de resultado y no de riesgo, al exigir "la existencia real de un bien jurídico lesionado o puesto en peligro" (p. 54). Así mismo, critica varias imprecisiones en la normatividad, y se refiere a la realidad criminal de la expoliación del patrimonio arqueológico invisible, frente a la que sostiene la aplicabilidad del tipo de hurto.

A continuación está el cuarto artículo, titulado "La relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico", realizado por MASSIMO DONINI. En éste se analiza, como lo anuncia el título, la relación tormentosa que han tenido el Derecho penal y la política, y sus razones tanto históricas como filosóficas. Se resalta la integración de saberes llevada a cabo por la "Escuela de Frankfurt", y se realizan indicaciones sobre la necesidad de desarrollar la política criminal, abrirse a la realidad, orientarse a las

consecuencias. Además, el autor, con especial referencia a la situación italiana, lamenta que no haya una más estrecha relación entre la academia y el legislador. Finalmente, se resalta la importancia, para abrir el método de la ciencia a la discursividad del método democrático, de ver como requisito de cientificidad a la comparación, no sólo como descripción, sino como "método de contraste y diálogo discursivo" (p. 82) desarrollado a través del trabajo en equipo.

El quinto, es un artículo de FERNANDO MIRÓ LLINARES, denominado "La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software", en el cual se analiza el desarrollo legislativo acerca de la protección del software, su interpretación e importancia, como objeto material de los delitos contra la propiedad intelectual.

En sexto lugar, el artículo "Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos", elaborado por FRANCISCO MUÑOZ CONDE, presenta un dictamen elaborado sobre el tema indicado en el título, el cual fue escrito por el autor en el 2001 con ocasión de algunas de las video grabaciones que realizara MONTESINOS en el Perú, durante el mandato de FUJIMORI. Su publicación se da como respuesta a una "ADDENDA" de un artículo de GIMBERNAT ORDEIG en donde se critica el mencionado dictamen.

El séptimo artículo se titula "La responsabilidad penal de las entidades colectivas", y es escrito por ENZO MUSCO. En el mismo se analiza la introducción en el ordenamiento italiano de la "responsabilidad administrativa de las personas jurídicas", que a juicio del autor constituye una responsabilidad penal, y en la que se presenta una inversión de la carga de la prueba, así como criterios diferentes de imputación subjetiva, entre otros.

En octavo lugar, tenemos el artículo denominado "Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: respuestas desde el ordenamiento punitivo", elaborado por PATRICIA LAURENZO COPELLO. En éste, tras justificar la intervención del Derecho en el campo de la investigación con células madre embrionarias, la autora analiza detalladamente la legislación existente al respecto en España, para luego proponer que se permita la investigación con embriones sobrantes "viables", con estrictos mecanismos de control. Igualmente se manifiesta a favor de la clonación terapéutica, mas no de la reproductiva.

El noveno, es un artículo de JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, titulado "Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica", en el cual describe las diferentes propuestas de un Derecho penal unificado, para luego elaborar una crítica y señalar los principios que deberían inspirarlo. En desarrollo de

lo anterior, se reflexiona acerca de la falta de legitimidad y de imparcialidad de los órganos que se proponen para realizar la mencionada labor legislativa, así como de la necesidad de la creación, antes de una regulación penal unificada, de una Constitución europea y una Carta de Derechos Fundamentales europea. Además, se recalca la importancia de que en todo este proceso prime la ciencia, las ideas penales y no las visiones políticas.

Clausurando la sección, está el décimo escrito, "La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores", de CLARA VIANA BALLESTER, quien presenta exhaustivamente la evolución histórica de la regulación en materia de menores en España (mencionando también la regulación en Alemania y la normativa internacional), hasta llegar a la actual Ley Orgánica 5 de 2000. Se hace especial referencia a la naturaleza jurídica del Derecho penal de menores, mostrando como la responsabilidad del menor mayor de 14 años es, sin duda, de carácter penal. Finalmente, se exponen y analizan los principios a tener en cuenta en el Derecho penal de menores.

En la segunda sección de la revista, la de *Jurisprudencia Constitucional*, bajo la coordinación de ADÁN NIETO y ANA CRISTINA RODRÍGUEZ, realizan LUIS ARROYO ZAPATERO y CRISTINA RODRÍGUEZ YAGÜE, la reseña de treinta y siete sentencias, dictadas entre julio y diciembre del 2002.

Luego encontramos la sección de *Sistemas penales comparados*, que ocupándose de las “Reformas en la legislación penal y procesal penal (2000/2003)”, analiza lo referente a doce países por parte de igual número de autores.

A continuación se ubica la sección de *Revistas y monografías*, organizada en cuatro índices, así: un “Índice de voces” que indica en orden alfabético los 119 temas de esta sección; un índice de “Abreviaturas” de 79 publicaciones periódicas, entre las que se encuentra *Nuevo Foro Penal*; un “Índice temático” en donde se muestran las últimas publicaciones, organizadas por temas,

no sólo de revistas sino también de nueve tratados y manuales de Derecho penal, y tres de Derecho procesal, de reciente publicación. Finalmente, se presenta un “Índice alfabético de autores”.

Termina este número con la sección *Bibliografía*, con un interesante trabajo titulado “Nuevas notas bibliográficas sobre la vida y obra de EDMUND MEZGER”, que realizan GERIT THULFAUT y EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.

DIANA RESTREPO RODRÍGUEZ.
Estudiante de Derecho.
Universidad de Antioquia