

GÓMEZ LÓPEZ, ORLANDO. *Teoría Del delito*, 1 ed , Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003

Dos virtudes por lo menos pueden señalarse en la obra del profesor GÓMEZ LÓPEZ que hacen recomendable su lectura y utilización como fuente de consulta. La primera, es la claridad y sencillez con la cual aborda los temas y la segunda, la actualidad y pertinencia de sus contenidos.

En cuanto a lo primero es una obra que le permite a los estudiantes que apenas comienzan el estudio de estas disciplinas acercarse a los conceptos básicos de la teoría del delito a través de un texto, que sin dejar de ser riguroso en el tratamiento de los temas, los presenta de manera bastante comprensible; a su vez, es un buen manual de consulta para todos aquellos que desde diferentes perspectivas se ocupan de estos temas. Respecto de lo segundo, el texto aborda el estudio de la teoría del delito tomando como punto de referencia permanente el código penal colombiano de 2000 sobre cuyos contenidos el autor compara, analiza y discute con gran propiedad. Contrastan las virtudes anteriores con los errores formales del libro en el cual abundan los “diablillos” y gazapos que por momentos distraen la atención del lector.

La obra se divide en tres partes, cada una de las cuales se ocupa, en su orden, de los *Fundamentos de la teoría del delito*, *el delito como acto*

típico, antijurídico y culpable y de las formas de ejecución del delito. Con excepción de lo relativo de las consecuencias jurídicas del delito (la pena, la tasación judicial de la misma etc.) el libro abarca la casi totalidad de los temas que se suelen incluir en un curso académico sobre la teoría del hecho punible.

En el tratamiento de los temas el autor explica y compara las diferentes tendencias doctrinales, jurisprudenciales y legislativas y finalmente toma posición sobre cada uno de los aspectos debatidos. No se advierte un discurso legitimador –hasta donde ello es posible en una obra de esta naturaleza– del poder punitivo; por el contrario, desde el principio fija el autor su postura al afirmar que “el delito es un concepto impuesto desde el poder” (p.65) como quien dice: nadie se llame a engaño. No obstante y al mismo tiempo, afirma que “tampoco la teoría del delito puede escapar al fin último del sistema: la búsqueda de la igualdad real y de la justicia material” (p. 67), aspiración llena de buenas intenciones pero que deja de lado la enorme dificultad señalada por FERRAJOLI¹ en el sentido de que al

¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1995, p.6

derecho penal aunque rodeado de garantías y límites se le hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. No hay que olvidar que a la teoría del delito se le asigna como una de sus funciones "conformar un saber y unas reglas que..limiten el poder punitivo del Estado" (p.66).

La extensión de la obra y la consecuente imposibilidad de hacer, en el corto espacio de una reseña una mención de cada uno de los aspectos allí tratados, hace necesaria una selección –sin duda arbitraria– de algunos tópicos sobre los cuales llamar la atención o discutir con el autor:

Un aspecto de carácter general que merece ser destacado es la profunda crítica que hace del funcionalismo sistémico de JAKOBS que no duda en calificar como una "teoría de la defensa social con otro nombre" (p.112) También hace una presentación más o menos completa del pensamiento de ROXIN. No obstante la acertada crítica al funcionalismo radical por su pretensión de funcionalizar los conceptos del delito a partir de ideas exclusivamente preventivo-generales, el autor pasa al extremo opuesto y aboga por un exagerado ontologismo al plantear, por ejemplo, que la dignidad humana es una categoría ontológica que condiciona "los contenidos y la eficacia de las definiciones normativas"

(p.5). El concepto de dignidad pertenece, según creo, al mundo de las valoraciones, es un concepto histórico condicionado por el devenir social.

Ya en el campo del análisis concreto de la estructura del delito el autor hace algunos planteamientos que vale la pena destacar en relación con el bien jurídico, la teoría de los elementos negativos del tipo, la imputación objetiva, los elementos subjetivos de las causales de justificación, la omisión y por último sobre la culpabilidad como exigibilidad.

GÓMEZ LÓPEZ discrepa de la opinión de un amplio sector de la doctrina que considera que "el aspecto básico o estructural del delito no es la conducta sino el bien jurídico, siendo el primer aspecto a considerar el tipo penal" (p. 118) pues "en nuestra opinión no obstante ser cierto que el bien jurídico y el tipo son elementos fundamentales en la estructura del tipo...la figura punible se estructura sobre la conducta humana; para que pueda hablarse de afectación al bien, primero debe existir un comportamiento humano." (p. 118) No obstante, cabe anotar que los bienes jurídicos también pueden ser afectados por hechos de la naturaleza y por tanto no siempre su lesión está precedida de una conducta humana, como lo sugiere el autor del texto que ahora se comenta.

En relación con la teoría de los elementos negativos del tipo se afirma que "en tanto en la codificación derogada era claro que el injusto se

conformaba con posterioridad a la adecuación típica, en la legislación vigente se posibilita comprender la antijuridicidad como parte integrante del tipo" (p. 68-69). El autor no entra en detalles sobre el asunto, pero su tesis deja abierta la posibilidad de "matricular" el código penal con la teoría de los elementos negativos del tipo, con lo cual los defensores de esta teoría reclamarán la aplicación de las diversas consecuencias que de ella se derivan en materia de error invencible sobre una causa de justificación o en la aplicación de causales de justificación supraleales, entre otras. No obstante, el autor deja clara su posición al señalar que "si bien en nuestra opinión el carácter injusto del acto hace parte de la antijuridicidad abstracta, en el caso concreto la existencia de la norma de justificación informa la existencia de una autorización para realizar el tipo" (p.194) con lo cual descarta la aplicación de la teoría de los elementos negativos del tipo, al ser las causales de justificación, según su criterio, normas de tipo permisivo.

De otro lado, se hace una exposición más o menos completa que da cuenta del concepto y de los aspectos más relevantes de la teoría de la imputación objetiva "línea conceptual hacia la cual se orientó la ley penal colombiana" (p. 234). Es significativa la siguiente crítica que hace el autor a la teoría de la imputación objetiva: "si bien tiene aspectos acertados, llega al

absurdo de imputarle al autor de un disparo de fusil sobre la cabeza de su enemigo, la muerte por "creación de un riesgo" (!) antijurídico, cuando en verdad se observa que en este evento hay algo más que la simple creación de un peligro" (p.234), lo cual lo lleva a concluir que la teoría de la imputación objetiva denota un importante avance doctrinal pero que aún es "insuficiente e incompleta" (p. 234)

La afirmación anterior merece un comentario en el siguiente sentido: que la teoría de la imputación objetiva sea incompleta no ofrece duda, pero es evidente que el disparo contra la cabeza de la víctima sí crea un peligro antijurídico, lo que ocurre es que la imputación del resultado pasa por la constatación de la existencia del riesgo, la verificación del nexo causal y la verificación de si el riesgo creado fue el mismo que se concretó en el resultado, para lo cual se requiere, además, que dicho resultado se encuentre dentro del fin o ámbito de protección de la norma. Por tal razón, no parece tan absurdo plantear que el resultado muerte se imputa debido a que el riesgo creado con el disparo se tradujo en un resultado previsto dentro del fin o ámbito de protección de la norma.

Ya en el ámbito de la antijuridicidad y más específicamente en lo relacionado con la discusión acerca

de si se requiere la presencia del aspecto subjetivo a efectos de poder aceptar la concurrencia de una causal de justificación en un caso determinado, el profesor GÓMEZ LÓPEZ manifiesta que “los elementos subjetivos de las causas de justificación (voluntad de defensa, ánimo de salvar el bien de un peligro, etc.) deben acompañar la acción del agente para que la acción pueda considerarse legítima o justificada. Los elementos subjetivos de las causas de justificación son condiciones exigidas por la ley, pues ellas permiten dar dirección al comportamiento en el sentido de los fines propios del derecho” (p. 303). Es posible que las causales de justificación requieran del elemento subjetivo, aspecto de todos modos discutible, lo que si no parece tan obvio es que sea una exigencia legal.

En relación con los delitos de omisión se afirma que “ya no puede darse en nuestro derecho ninguna duda sobre la legalidad del delito de omisión impropia, pues todos ellos se infieren de una norma típica concreta” (p.338), el anterior planteamiento también es susceptible de ser objetado por cuanto las dudas sobre la legalidad en la omisión, no se fundan en la inexistencia de una norma típica concreta a la cual referir dicha omisión, sino a la dificultad que implica hacer equivalente el omitir y el hacer en cada caso

concreto, dificultad, a mi juicio irreducible, que hará siempre frágil la legalidad de los delitos de omisión.

En relación con la culpabilidad, tal vez sea conveniente resaltar que el autor deja de lado la vieja discusión acerca del libre albedrío como fundamento de la culpabilidad y plantea un concepto de culpabilidad quizás más “aterrizado” y que por tanto, desde el punto de vista político-criminal, puede resultar más adecuado y si se quiere más democrático: “Por nuestra parte no pretendemos fundamentar la culpabilidad en el hecho de la existencia de un poder absoluto de autodeterminación, sino más concretamente en la existencia en el individuo de posibilidad de decidirse por el derecho, lo cual involucra el análisis y valoración de las condiciones de su decisión, en cuanto ellas pudieron posibilitar o suprimir la oportunidad de obrar conforme a las exigencias del derecho.” (p. 832)

En fin, la anterior selección de tópicos que como ya se dijo, es arbitraria y un tanto caótica, sólo tenía la pretensión de mostrar que se trata de un texto que cumple con la promesa de su título: ser un texto de teoría del delito.

Juan Carlos Álvarez Álvarez

Profesor de cátedra de
Derecho Penal Especial
Facultad de Derecho-
Universidad de Antioquia

RODRÍGUEZ, ORLANDO ALFONSO. *Prueba ilícita penal*, 1 ed., Bogotá, Eds. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003

Lejos de considerarse una recensión, pretendo formular en estas líneas una muy breve crítica de la obra en referencia, movido quizás por la oportunidad de investigar en épocas recientes el tema de que trata la obra.

Publicada apenas el año anterior, *Prueba ilícita penal* pertenece a una serie de publicaciones que recientemente han venido apareciendo en nuestro país sobre la llamada regla de exclusión probatoria, que en nuestro ordenamiento jurídico se consagra en el artículo 29 de la Constitución de 1991. Debe decirse sobre ella, para comenzar, que su aparición casi simultánea con la obra *Debido proceso y pruebas ilícitas* (Echeverry Salazar, Orlando, *Doctrina y Ley*, 2003) y a pocos meses de la sentencia SU-259 de 2002, proferida por la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda, marca un hito en el espectro del derecho probatorio, pues se comienza a llenar un vacío existente en nuestro medio, fruto de la despreocupada importación de doctrinas foráneas al margen del ordenamiento jurídico nacional.

Dividida en cinco partes, la obra de RODRÍGUEZ tiene la virtud de ubicar de entrada el concepto de prueba ilícita dentro del marco del debido proceso, en tanto que hace una necesaria precisión terminológica según la cual

deben diferenciarse las pruebas ilícitas de las ilegales, aunque sin analizar con la profundidad de la doctrina extranjera –y aún de la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional– la variedad de acepciones con que se conoce la institución en diversos ordenamientos jurídicos. En este sentido, su aporte a la doctrina es plausible pero insuficiente.

En la segunda parte de la obra, RODRÍGUEZ plantea el principio de dignidad como piedra angular del sistema jurídico, concepto a partir del cual desarrolla tres problemas con los que el derecho probatorio se encuentra a menudo: la tortura, el polígrafo y la prohibición de auto-incriminación. Tres problemas íntimamente relacionados con la validez de la prueba, que son analizados por el autor tanto desde el *qué* –su funcionamiento intrínseco– como desde el *por qué* –la razón por la cual deben ser estudiados en sede de prueba ilícita–.

Sobre la tortura, llama la atención el intento de definición polifacético del fenómeno –a un mismo tiempo delito, fenómeno histórico y medio de prueba– a la luz de lo que autorizadas plumas han dicho al respecto. Sobre el polígrafo –tan en boga en nuestro medio, como quiera

que ha sido incluso propuesto para evaluar a los funcionarios judiciales-, cabe resaltar la conclusión según la cual su utilización hace que la valoración de la prueba se desplace del juez a los auxiliares de la justicia que operen la máquina, lo cual sin duda abre una perspectiva al problema, no ya desde la validez de la prueba sino sobre la naturaleza como medio de prueba de un testimonio así practicado.

Quizás otros medios coactivos pudieron ser analizados, no por extravagantes menos frecuentes o importantes. Narcosis e hipnosis, entre otros fenómenos, podrán ser objeto de estudio en ediciones posteriores de la obra. Sin duda el gran aporte de RODRÍGUEZ es abrir la puerta por la que cruzarán doctrina y jurisprudencia en los años venideros, incluso a la luz de la próxima legislación procesal penal.

Una tercera parte de la obra está dedicada a las fuentes de ilicitud por violación al derecho a la intimidad. Tras una definición del concepto, RODRÍGUEZ analiza las hipótesis del domicilio y su allanamiento, del secreto de las comunicaciones y de las interceptaciones telefónica y de correspondencia, así como el no pocas veces problemático asunto de la validez de la prueba obtenida mediante grabación realizada directamente por la víctima del hecho punible investigado.

Cabe resaltar entre otros aspectos de igual valía, la vinculación del

debido proceso con otros derechos fundamentales, de suerte que se entienda que hay irregularidades—como la vulneración al secreto, por ejemplo—con las que dos derechos se conculcan: el debido proceso y la intimidad.

En una cuarta sección, de entrada el autor llama la atención sobre la definición de prueba ilícita en virtud de la cual la ilicitud puede provenir del Estado-jurisdicción pero también del Estado-legislador. En este último caso, habrá prueba ilícita, aunque tenga consagración legal, cuando se vulnera el sistema jurídico superior “conformado por tratados y convenios internacionales contentivos de Derechos Humanos” y la propia Constitución.

Desde esta última perspectiva, se analizan los aspectos de las pruebas practicadas por la justicia penal militar, las pruebas secretas—otro permitidas y declaradas constitucionales entre nosotros— y la prueba practicada por quienes cumplen funciones de policía judicial, tema que seguramente dará mucho de qué hablar en virtud del estatuto que confiere facultades de policía judicial a las fuerzas militares. Será entonces a la luz de dichas normas que se deba analizar con más detalle el tema propuesto, pues la existencia de tales disposiciones determinará en gran medida el enfoque que deba darse a la ilicitud. Por lo pronto, estamos apenas frente a una incipiente aproximación al tema que requerirá, entre otros complementos, el de la regulación específica sobre la cadena de custodia, reciente-

mente expedida mediante resolución de la Fiscalía General de la Nación.

La última sección de la obra, quizás la llamada a ser la protagonista de la misma, plantea los efectos de la prueba ilícita: su rechazo, el efecto indirecto (teoría de los efectos reflejos de la prueba ilícita), los efectos de la prueba ilícita en casación y, finalmente, una caracterización de la prueba ilícita como violación al derecho fundamental al debido proceso, que en cuanto tal permite su defensa mediante la acción de tutela.

Finalmente se debe destacar, aún al margen de las posiciones personales que se puedan tener sobre los temas tratados, la especial importancia de la obra referenciada por el camino que marca pues, como el propio autor lo señala en la introducción, el fin mediato de la obra es “iniciar la construcción de una teoría sobre la ilicitud probatoria en el ámbito represivo”.

Maximiliano Alberto Aramburo

Abogado U.P.B.

REVISTA PENAL. Número 11. Enero 2003

En este número la Revista Penal desarrolla las secciones de Doctrina, Sistemas Penales comparados, Revistas y Monografías y Noticias-Bibliografía. No se incluye en esta ocasión la sección de Jurisprudencia.

La sección de Doctrina consta de diez artículos, apareciendo en primer lugar “Delitos contra la intimidad, control de las comunicaciones y secreto profesional del abogado”, en el cual el autor, Emilio Cortés Bechiarelli, profesor titular de derecho penal de la Universidad de Extremadura, parte de la idea de que en la legislación este delito se fundamenta en el mandato que el ordenamiento le impone al abogado para que respete el secreto profesional, pues involucra directa-

mente cuestiones atinentes al derecho de todo ciudadano de ser juzgado por un proceso justo, en el cual se le garantice el derecho a la defensa y la presunción de inocencia. Los abogados no pueden declarar en el contexto de la confidencialidad profesional, puesto que ésta está al servicio del buen orden procesal y de las garantías fundamentales mencionadas. De poder hacerlo, el justiciable sería acusado en vez de ser asistido por quien debe constituir su defensa y garantizar el pleno ejercicio del derecho de contradicción. Por esta razón el bien jurídico que se protege realmente en este tipo es la confianza que deposita el cliente en su defensor,

que es la que radica en cabeza del profesional del derecho: la manifestación procesal del derecho fundamental a la defensa. Así, el autor propone una reubicación sistemática de este delito, acorde con el bien jurídico, pasándolo del título de los delitos contra la Intimidad al de los delitos contra la Administración de Justicia. Se presentan también los problemas del tipo objeto de estudio frente a la condición especial del abogado como profesional, pues la consagración remite necesariamente a normas de complementación del tipo, lo que lo hace una verdadera norma penal en blanco.

En segundo lugar Nicolás García Rivas, catedrático de derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha desarrolla en su artículo "Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente" la idea de que debe buscarse un modelo normativo en la Unión Europea que permita implementar la despenalización de la eutanasia respondiendo al "único parámetro legítimo del Estado de Derecho: las normas constitucionales", en vista de la disparidad que presenta el tratamiento de la figura en países como Holanda y Bélgica, que recientemente despenalizaron algunas modalidades de eutanasia, frente a países como España, en donde, al mismo tiempo proliferan muchas propuestas de ley tendientes a una legalización de la

misma, pero imperando aún el corte prohibicionista del derecho penal.

El autor transita por la valoración que religiosamente se le da a la vida, la cual trasciende al derecho penal y a la idea del legislador para penalizar las intervenciones frente al suicidio, por lo cual demanda la necesidad de reiterar el carácter laico del derecho penal español, en el cual esta clase de valoraciones que "divinizan" la vida debieran carecer de relevancia. Así se demuestra cómo, despenalizando el delito de cooperación al suicidio quedarían despenalizados todos los casos de eutanasia bajo consentimiento expreso del paciente mayor de edad, que posea la capacidad psíquica necesaria para darle sentido a su decisión, y que involucra el principio de autonomía propuesto desde la bioética. Pero se presenta una enorme discusión en los casos en los que el afectado no pueda expresar su voluntad, para lo cual viene aquí otra visión desde la bioética, disciplina que se circunscribe en el terreno de la ética médica, que explica que en estos eventos no es posible hablar del principio anteriormente mencionado, sino que se habla del interés que le es atribuible al enfermo, de acuerdo con una ponderación razonable y que responde al llamado principio de beneficencia. Aún en los casos de pérdida irreversible de la conciencia esta ponderación es viable si se tiene en cuenta el criterio de adecuación de medios y fines terapéuticos que aconseja prescindir de un

tratamiento manifiestamente ineficaz. Así las cosas, la pregunta acerca de los eventos en los cuales un tercero puede intervenir para proporcionar la buena muerte se soluciona mediante el recurso al principio de beneficencia y de no maleficencia cuando no es posible tener la voluntad del paciente.

El autor concluye considerando que se ha avanzado en la discusión acerca del tema en países prohibicionistas de la Unión Europea como España, pero que aún la despenalización se queda corta en los eventos en los que el paciente no puede acreditar su voluntad de morir. Sin embargo, la cuestión principal es que la práctica de la eutanasia puede quedar legalizada siempre que se actúe en interés del paciente, lo que constituye un juicio objetivo sobre la posibilidad de decidir si seguir viviendo o morir dignamente.

En tercer lugar aparece el artículo "Contra el abolicionismo: acerca del por qué no se debe suprimir el derecho penal" cuyo autor es el profesor Winfried Hassemer, Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal alemán y que fue traducido por Miguel Ontiveros Alonso. El autor parte de la pregunta acerca de si debe existir la pena y la función del control social como delimitador del marco de lo punible y lo aceptable.

Hassemer comprende el rol que juega el derecho penal mediante el conocimiento de las ciencias sociales. Así explicará la dinámica de las normas como lazos que unen a la sociedad,

cuya trasgresión genera una amenaza en contra de la unión del grupo. De esta infracción surge la sanción, que constituye algo más que una simple respuesta a la infracción de la norma, pues ésta actuará también frente a los que están en el entorno al enviar el mensaje de que la lesión es rechazada y que no perdurará. Y esto no refleja cosa distinta que el carácter normativo de la prohibición, que constituye su forma de validez. La lesión de la norma es la que fundamenta la imposición de la sanción, y esto expresa una concepción de la pena en la cual se conecta la misma con las experiencias de la vida cotidiana de las personas, y a la vez ésta se justifica y se sientan sus límites. Esa concepción de la pena es una variante de la teoría de la prevención general positiva. Se busca evitar con la pena que en la comunidad sea recurrente la lesión del orden jurídico y no la importancia de hacerlo prevalecer.

El derecho penal es también un sistema de control social, pero es especial en la medida en que implica injerencias en la sociedad que, a más de ser autorizadas son limitadas. Como consecuencia de la idea de limitar las injerencias de este tipo de control social surge la formalización del mismo, que permite la construcción de garantías en torno al Estado y las garantías a los ciudadanos, que someten indefectiblemente al legislador

y al juez. Por ser un control social refinado a través de la formalización, que se irradia en la ley y en su aplicación, éste no debe desaparecer, pues se le dejaría vía libre a los intereses sociales para imponer cualquier tipo de sanciones, que no requerirían ni siquiera de una forma determinada.

En cuarto lugar se encuentra la conferencia dictada por la Profesora Barbara Huber con ocasión de las jornadas del Congreso de alumnos de derecho penal, celebrado en marzo de 2002 en la Universidad de Salamanca, cuya traducción estuvo a cargo de Miguel Ontiveros Alonso y que se titula "La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional". Este artículo apunta a la visualización de la corrupción como problema con efectos en lo económico, lo político y lo social, que pone en peligro la democracia y el Estado de derecho y que adquiere relevancia a nivel nacional e internacional. Frente a éste último aspecto se aúna la globalización y con ella el nacimiento de organizaciones criminales en este nivel, por lo cual la lucha anticorrupción requiere un esfuerzo colectivo que implica el análisis de los instrumentos internacionales que buscan combatir este fenómeno, así como otros esfuerzos supranacionales para luchar contra la corrupción. Estos instrumentos comparten referencias

directas al delito de cohecho, aunque con algunas diferencias, para lo cual será necesario un consenso político-criminal a escala mundial, que a su vez aumentará las demandas de extradición y cooperación jurídica para descubrir las ganancias obtenidas por el delito de cohecho y así proceder a su decomiso y que desafía el papel del jurista frente a la defensa de un acusado de cometer este delito a nivel internacional.

En quinto lugar se encuentra el artículo "Cuestiones fundamentales de la coautoría" del profesor de la Universidad de Bonn, Urs Kindhäuser, traducido por Manuel Cancio Meliá. En éste se plantea un análisis de la coautoría desde la teoría de la acción y de la teoría de la norma, entendiéndola como la imputación de un único hecho a todos los intervinientes, resultado de englobar las diferentes aportaciones que han realizado, por lo cual responden como si hubieran cometido el delito en su totalidad. Además, el autor diferencia la coautoría de eventos como el "comportamiento colectivo uniforme" o de la producción de un resultado por la multiplicidad de contribuciones individuales. Se descartan los criterios que fundamentan la coautoría en la voluntad de querer la conducta del otro como propia, la acción desarrollada por un "sujeto global" y el sustento en la teoría del dominio del hecho, de la cual parte la doctrina dominante. Para reorientar las bases de esta modalidad de imputación hacia las teorías de la

acción y de la norma, cuyo fundamento individualista no es incompatible con la coautoría, pues cada interviniente debe ser penado según su propia culpabilidad, Kindhäuser señala que el verdadero fundamento de la figura es que sólo el autor tiene el deber de evitar el riesgo frente al bien jurídico, por lo cual serán coautores todos aquellos a quienes incumba la evitación de ese riesgo específico del tipo, pues "han unido su organización en función de un riesgo no permitido concreto que reconocen recíprocamente como vinculante, así actúan simultáneamente por sí mismos y por los otros".

En sexto lugar Elena Marín de Espinosa Ceballos, profesora titular de la Universidad de Granada presenta su artículo "El delito de maltrato en el ámbito familiar: un análisis de derecho comparado del código penal español, alemán, italiano, portugués y sueco" en el que sostiene que aún con las reformas realizadas al tipo de violencia doméstica, que fueron sugeridas por la doctrina en España, éste no ofrece aún una respuesta eficaz frente al agresor y a las víctimas. Por ello la autora sostiene que una posible propuesta de lege ferenda para reformar el código penal en materia de malos tratos puede nutrirse de la regulación de otros sistemas jurídicos que comparten una base cultural con España, para lo cual se analizan comparativamente las legislaciones mencionadas en el título, con lo cual se termina el artículo

presentando una propuesta de reforma, de cara al análisis precedente, con la cual se podrá hacer más operativo este delito en la realidad española.

En séptimo lugar Francisco Muñoz Conde, catedrático de derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide escribe sobre "Las visitas de Edmund Mezger al campo de concentración de Dachau en 1944" para confirmar una vez más la estrecha vinculación que tenía el penalista alemán con el régimen nazi y las prácticas más aberrantes del mismo -como la esterilización de asociales, la castración de homosexuales y el internamiento de los "extraños a la comunidad", denominación que él mismo acuñó-, lo que ha venido demostrando a lo largo de varios años de estudio.

Mezger contribuyó a la redacción de una ley que implementaba todas las prácticas anteriormente mencionadas y que fue aprobada en 1944 y con ocasión de la aplicación de la misma en sujetos recluidos en campos de concentración como el de Dachau, decide visitar este lugar para observar a quienes él mismo, a la mejor manera de un Lombroso en la biología criminal alemana, había clasificado como "extraños a la comunidad", como delincuentes por tendencia y por clasificación, además de los incorregibles. La insistencia en este pasado de la

intervención de Mezger en el régimen nazi le ha valido al autor del presente relato una fuerte oposición, frente a la cual responde con una redacción muy sugerente e interesante que pone en el debate el papel de los penalistas y los intelectuales en aquel período y la cuestión de la responsabilidad en la enseñanza a la que está llamado todo profesor de derecho penal.

En octavo lugar aparece el artículo titulado "El "desprecio" como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho" en el cual José Manuel Paredes Castañón, de la Universidad de León expone las figuras delictivas del código español que contienen esa expresión. Por ser un elemento con una carga altamente valorativa, éste debe ser interpretado desde cada uno de los tipos penales en cuestión, con base en los principios fundadores y limitadores de la intervención penal para no caer en selecciones casuísticas para entenderlo ni tampoco en valoraciones de selección propias de un derecho penal de autor.

El problema central a trabajar es el de la discusión que supone este tipo de elementos subjetivos del injusto acerca del principio de responsabilidad por el hecho, así como la cuestión misma de la vinculación de los elementos típicos y los fundamentos materiales de la Anti-

juridicidad penalmente relevante. Al ser analizadas estas cuestiones a través de los tipos que tienen como elemento el desprecio, el autor concluye que ningún elemento que comparta el fundamento de este elemento subjetivo, el cual es una especial capacidad de enfrentamiento del orden jurídico que manifiesta la persona en la que concurre, puede predicarse como legítimo, pues se vulnera con ellos el principio de responsabilidad por el hecho en el sentido de que la antinormatividad del comportamiento en el plano subjetivo se refleja siempre en la personalidad del autor y no en el hecho por él cometido.

En noveno lugar nos encontramos "La mediación penal: entre el orden legal y la voluntad de mejorar" escrito por Horacio Roldán Barbero, profesor de la Universidad de Córdoba, y en el cual se busca reconstruir el significado social de la mediación, que es un proceso de interacción en el cual el procesado y la víctima llegan a la consecución de una solución no punitiva del conflicto, facilitada por un tercero, y que tiene la conciliación y la reparación -no necesariamente económica- como elementos esenciales. El autor estudia la situación legal de la figura en España, delimita los contenidos y cuestiones atinentes a la naturaleza de la figura y revisa algunas objeciones que se le plantean a la misma.

En el décimo y último espacio de la sección de doctrina encontramos el

artículo "Política criminal y dogmática penal europeas" escrito por el profesor Dr. Joachim Vogel de la universidad de Tübingen, traducido por Adán Nieto Marín, en el que cual se parte de la idea de que la realidad del derecho europeo, por la forma de organización política y económica que sostienen los países de la región, ha desbordado la ciencia penal, por lo cual, desde hace algún tiempo se elabora una política criminal europea que afecta a la parte general, la armonización de las penas y aún a la parte especial.

Además las naciones comparten organizaciones supranacionales de tipo policivo y penal como la Europol, la Eurojust y la orden de detención europea, lo que hace muy actual el debate acerca de la unificación en materia judicial y policial en el TCE, y abren la posibilidad de que dicte normas penales que rijan a todos los países.

Frente a este panorama el autor sugiere un estudio de las cuestiones fácticas para después elaborar sistemáticamente unas categorías que permitan integrar la pluralidad de sistemas que coexisten en la unión europea para que conciban un equilibrio de la ciencia penal europea y piensen tanto en la política criminal como en la dogmática, pues sólo así puede formarse democráticamente un derecho penal unificado. La influencia del ordenamiento penal norteamericano también será una discusión latente en este marco.

La sección de Sistemas penales comparados trata el tema de la corrupción en el sector privado, es desarrollado por colaboradores de esta parte de la revista en Alemania, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Grecia, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Polonia y Venezuela.

En Revistas y monografías el presente número contiene 116 temas frente a los cuales se incluyen en el índice temático las últimas obras internacionales y españolas que los desarrollan, además de incluir las abreviaturas de las publicaciones periódicas.

Este número cierra con la sección de Noticias-Bibliografía, en la cual el profesor Carlos Ferré Olivé, director del Consejo de redacción de la revista, reseña la tercera edición del libro "Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el Nacional-socialismo", en el cual Muñoz Conde, su autor, incluye el artículo que escribió en esta oportunidad en la revista. Por su parte Rainer Huhle, del Centro de derechos humanos de Nuremberg reseña la última publicación de Kai Ambos: "La parte general del derecho penal internacional. Elementos para su dogmatización".

Sandra Milena Gómez Santamaría

Estudiante Facultad de Derecho

Universidad de Antioquia

Medellín, Abril de 2004

REVISTA PENAL. Número 12. Julio 2003

La revista, editada semestralmente en España por LA LEY S.A., en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, y cuyo Director del Consejo de Redacción es el profesor Juan Carlos Ferré Olivé, trae en este número diversos artículos divididos en cinco secciones, a saber: Doctrina, Jurisprudencia Constitucional, Sistemas Penales comparados, Revistas y Monografías, y, finalmente, Bibliografía.

En la sección de Doctrina pueden encontrarse los siguientes títulos: Adán Nieto Martín. "La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)", pp. 3 a 26; Kai Ambos y Christoph Grammer. "Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann", pp. 27 a 42; Alessandro Bernardi. "Breves notas acerca de la línea evolutiva de la despenalización en Italia", pp. 43 a 60; Luigi Foffani. "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y el derecho comparado", pp. 61 a 71; Juan Luis Gómez Colomer. "La investigación del crimen en el proceso penal ante el Tribunal Penal Internacional", pp. 72 a 97; Enzo Musco: "Perfiles

penales de la publicidad engañosa", pp. 98 a 108; Peter J.P. Takc. "La nueva Ley sobre Eutanasia en Holanda, y sus precedentes", pp. 109 a 125; y, Gerhard Werle y Florian Jessberger. "La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán. El Código Penal internacional alemán", pp. 126 a 142.

Por otra parte, en la sección de Jurisprudencia Constitucional, el profesor Luis Arroyo Zapatero y la profesora Cristina Rodríguez Yagüe, presentan una relación de Sentencias del Tribunal Constitucional Español, cuya reseña puede encontrarse en las páginas 143 a 168. A renglón seguido se encuentra, adicionalmente, comprendido ya dentro la sección denominada como Sistemas Penales comparados, un estudio comparativo sobre el derecho positivo de diferentes países en materia de Delitos contra la libertad sexual.

Para finalizar, la revista trae dos secciones; una, la llamada Revistas y Monografías, y otra que es la de Bibliografía, donde se encuentra un artículo del Profesor Francisco Muñoz Conde, y que lleva como título "Algunas notas bibliográficas sobre Edmund Mezger, su vida y su obra", pp. 269- 285.

De los anteriores títulos, pueden extraerse interesantes y profundos contenidos, pero hay uno en especial que quisiera destacar que es el escrito por el maestro italiano Luigi Foffani, y

que lleva como título "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado" (pp. 61 a 71), en el que se analiza el tipo delictivo correspondiente a la corrupción en el sector privado.

Este escrito lleva como comienzo una frase que marca el estilo y el contenido crítico del estudio, según la cual: "La corrupción en el "sector privado" está empezando a convertirse en un término de moda en el léxico jurídico internacional". Esta frase le sirve al profesor italiano como punto de partida para hacer un profundo, pero no por eso extenso, análisis del tipo, en el cual efectúa algunas reflexiones dogmáticas y político-criminales, que le proporcionan sustento suficiente para que posteriormente pueda cotejar la regulación italiana con la de otras legislaciones europeas como las de Suecia, Francia, Alemania y Austria, y todo ello sin dejar de lado, claro está, la evaluación de si dicho tipo se corresponde con las exigencias hechas por instancias supranacionales

en el sentido de penalizar la corrupción en el sector privado. En este sentido, una de las tantas reflexiones del autor, y ello puede colegirse claramente de la lectura de su estudio, encuentra particularmente problemático el tratamiento que se le ha venido dando al fenómeno de la corrupción en el sector privado en la legislación italiana, como quiera que a su juicio adolece de serias y determinantes deficiencias político-criminales, reflejadas naturalmente en el aspecto dogmático, que el autor llama "aporías", adscribibles de alguna u otra manera al modelo patrimonialista adoptado en ese país, consistente, en palabras del autor, en castigar "la corrupción privada como lesión de la relación de lealtad patrimonial entre mandatario y mandante".

Juan Sebastián Ceballos Bedoya
Escuela de Derecho
Universidad EAFIT

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA. Número 11,
2a. época, Madrid, UNED, enero 2003

En esta oportunidad, dentro de la sección de Derecho penal, la revista presenta los siguientes artículos:

"La responsabilidad de los profesionales sanitarios en el marco del asesoramiento genético", por Aitziber Emaldi-Cirión. La autora explica en

qué consiste el consejo genético y las diferentes etapas que lo componen; además, realiza un análisis de las responsabilidades médicas que pueden surgir en dichas etapas.

"Algunas reflexiones sobre el error de los terceros en relación con actos

de disposición de la propia vida”, por Fátima Flores Mendoza. Para el análisis de las consecuencias jurídicas atribuibles a los terceros que no impiden al titular del bien jurídico la realización de actos de disposición sobre el mismo, la autora se sirve de dos supuestos de hecho diferentes: el primero, la suspensión del tratamiento por parte del médico a un paciente adulto y capaz, que finalmente desemboca en su muerte, desconociendo que éste ha solicitado por escrito y de manera consciente dicha interrupción. El segundo supuesto, consiste en que un tercero no auxilia a quien se está suicidando, en el sentido de ejecutar acciones salvadoras, sin conocer aquel si el acto de disposición es libre y responsable.

“Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político criminales”, por José Manuel Paredes Castañón. En este artículo, el autor describe los rasgos más significativos de la realidad económica contemporánea para determinar —a través de una justificación política, moral e instrumental— los objetos susceptibles de protección jurídica y los alcances de tal protección. Luego expone las pautas para establecer la relevancia penal de los bienes jurídicos, finalizando con el análisis de problemas específicos en sede del derecho penal económico, que condicionan la

tendencia al abuso de los delitos de peligro como técnica de incriminación.

“La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo”, por Enrique Peñaranda Ramos. Tomando como presupuesto de análisis el Código Penal español de 1995, el autor esgrime varias tesis, entre las cuales se destaca la necesidad de protección continua y progresiva de la vida humana, con la consecuente ampliación del concepto de aborto, y la consideración del aborto no consentido como tipo básico de los delitos contra la vida humana dependiente.

“Legislación penal y ciencia del Derecho penal”, por Joachim Vogel. Frente al cuestionamiento de si puede haber una legislación penal sin ciencia del Derecho penal, el autor responde negativamente, fundamentando su tesis desde la necesidad de una “política criminal científicamente asesorada”, y presentando el “modelo procesal de construcción racional de la voluntad política” desarrollado por Habermas.

Dentro de la sección de Criminología se encuentra el artículo titulado “Sobre el concepto de delito”, elaborado por Klaus Sessar.

La revista cuenta también con sus habituales secciones de Comentarios de jurisprudencia, Recensiones de libros, Información bibliográfica y Estadística.

Susana Escobar Vélez

Escuela de Derecho
Universidad EAFIT

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA. Número 12, 2a. época, Madrid, UNED, julio 2003

Esta decimosegunda entrega de la Revista de Derecho Penal y Criminología, dirigida por el profesor José Cerezo Mir, y editada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) de Madrid - España, conserva la siguiente estructura organizativa en lo que hace referencia a su contenido: en primer lugar, encontramos una sección dedicada al área de Derecho penal (doctrina), la cual se compone por siete (7) artículos, que se identificarán a continuación por el nombre del autor y del texto:

Carolina Bolea Bardón. “La autoría mediata en algunos supuestos de error”, pp. 11 a 44. En este artículo, en un primer momento, la autora empieza describiendo el concepto, el fundamento y la estructura de la autoría mediata; acto seguido, y con fundamento en el marco teórico señalado, analiza la incidencia de dicha categoría dogmática en algunos supuestos de error, tales como el de tipo, el que recae sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación, el de prohibición, así como sobre la identidad de la víctima sobre la cual recae la conducta típica.

José Cerezo Mir. “Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta”, pp. 45 a 61. En el artículo de la referencia, el profesor Cerezo Mir,

en primer lugar, realiza una descripción de los fundamentos teóricos de la escuela finalista y el análisis sobre la repercusión de las estructuras lógico - ónticas en la configuración de la teoría del delito. A continuación, el autor señala que la relación entre lo ontológico y lo normativo, dentro del finalismo, se percibe interpretando aquellas estructuras lógico - objetivas, precisamente a partir de la concepción del *ser humano como persona*.

Patricia Laurenzo Copello. “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, pp. 63 a 93. En este artículo, la autora entra a analizar la estructura típica y algunos elementos esenciales del delito de tráfico de personas (y otras figuras afines) en la legislación penal española, así como una valoración crítica del Proyecto de Ley Orgánica “de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros”, que modifica el artículo 318 bis del Código Penal español.

Ana María Prieto del Pino. “Una contribución al estudio de la delincuencia económica: el sistema económico diseñado por la constitución española”, pp. 96 a 139. En el artículo de la referencia, la profesora de Málaga, en primer lugar, trata de

circunscribir el objeto de estudio, al análisis sobre la adecuación de la metodología teleológica - funcionalista para el estudio de la delincuencia económica; y en segundo término, describe el alcance de la interpretación de la constitución económica española en la determinación del sistema económico, desde luego teniendo en cuenta también el marco de integración de la economía europea. Finalmente, realiza una interpretación sobre la constitución económica española y del sistema económico diseñado a partir de la misma.

Pablo Rando. "La evolución de la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador en la España del siglo XIX y principios del XX", pp. 141 a 190. En este artículo, el profesor Rando, se propone realizar un análisis histórico exhaustivo sobre la evolución jurídica del derecho administrativo sancionador en España, a partir de principios del siglo XIX.

Kai Ambos, con la colaboración de Christian Steiner. "Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional", pp. 191 a 211. En este interesante artículo, el profesor Ambos (y Steiner), indaga sobre la función que debe cumplir la pena en el contexto del Derecho penal internacional, "sobre la base de las teorías nacionales acerca de los fines de la pena"

Joachim Hruschka. "La imputación ordinaria y extraordinaria en

Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre actio libera in se y actio libera in sua causa", pp. 213 a 252.

De otra parte, en segundo lugar, encontramos la sección dedicada al área de Criminología, dirigida por el profesor Antonio García-Pablos de Molina y coordinada por el profesor Per Stangeland, la cual se compone por dos (2) artículos, que son los siguientes:

José Calvo González. "Naturalismo y direcciones criminológicas a finales del siglo XIX en España", pp. 255 a 270. El artículo de la referencia tiene por objeto, en palabras del mismo autor, "contribuir con algunas reflexiones al tema de la utilización que la forma y variante de novela conocida como *naturalista* hizo de ciertas categorías jurídico - penales de la antropología y psicología criminales, procedentes en origen en la Escuela positivista italiana".

Elena Larrauri. "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias", pp. 271 a 289. En este artículo, la autora, intenta "explicar las razones por las cuales las mujeres maltratadas denuncian y posteriormente en numerosas ocasiones intentan retirar la denuncia".

En tercer lugar, encontramos la sección dedicada a los Comentarios de Jurisprudencia, dirigida por el profesor Luis Gracia Martín, en la cual se analizan dos sentencias:

Patricia Faraldo Cabana. "¿Un delito continuado de defraudación tributaria?" Comentario a la SAP de Barcelona (Sección 9.a) de 20 de abril de 2002,

de la que fue ponente el Sr. Jordi Palomer.

Y por Raquel Roso Cañadillas. "Autoría Mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro". A propósito de la STS 26-2-2000 (A 1149), con ponencia del Sr. Bacigalupo Zapater.

En cuarto lugar, encontramos la sección dedicada a la Recensión de Libros, entre los cuáles se reseñan las obras "Derecho penal económico", de Carlos Martínez-Buján Pérez; "El crimen de la calle de Fuencarral", de Benito Pérez Galdós; "La ausencia del elemento subjetivo de justificación", de Alicia Gil Gil; y "La expansión del derecho penal", 2ª edición, de Jesús María Silva Sánchez.

Finalmente, el lector podrá observar la sección atinente a la Información Bibliográfica, la cual se compone por Bibliografía española, sección a cargo del profesor Juan Felipe Higuera Quimera y Bibliografía Iberoamericana, a cargo de los profesores Alicia Gil Gil y Mariano Melendo Pardos. Finalmente, la revista ofrece al lector la sección de Estadística, dirigida por el profesor Alfonso Serrano Maíllo.

Sebastián Naranjo Serna

Estudiante de Derecho
Universidad EAFIT

DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO- REVISTA INTERNACIONAL. No. 2, Bogotá, Legis, Enero-marzo 2003

Nos ha tocado casi en suerte reseñar el número dos de Derecho Penal Contemporáneo - Revista Internacional - en adelante DPC-, correspondiente al período Enero - Marzo de 2003, revista que nació mayor de edad por la calidad de los autores que en ella han publicado hasta hoy y por virtud de la sombra protectora de la prestigiosa editorial que la publica.

Dividida en cuatro secciones, el número dos de DPC ofrece al público artículos doctrinales, extractos de jurisprudencia de varios países, una corta reseña de páginas en Internet relacionadas con el derecho penal y

unas breves referencias a recientes publicaciones jurídico penales. Nos ocuparemos en las apretadas líneas que siguen, al contenido de cada una de ellas:

1. Doctrina

"Apuntes sobre el concepto de delito", de Rafael Alcácer Guirao es un artículo que compendia una presentación de la muy actual discusión sobre el concepto de delito, según se entienda que el objeto de protección del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos o la

preservación la vigencia de la norma, a partir de las teorías sostenidas fundamentalmente por Jakobs. El autor, profesor de la Universidad Complutense de Madrid, se decanta finalmente por una concepción que defiende las ventajas que confiere adoptar una concepción del bien jurídico en la teoría del delito.

En "*Criterios normativos y nuevos problemas dogmáticos*", Carmen Gómez Rivero resalta la importancia de la teoría de la imputación objetiva para el derecho penal, como herramienta que permite hacer efectivos sus principios; pues, como señala la misma autora, el derecho penal actual se nutre de las posibilidades teóricas que ofrecen los criterios normativos que antes alimentaron las teorías de la imputación. Advierte la autora, sin embargo, que la evolución de la teoría ha llegado al extremo de expandir los alcances del derecho penal, en lugar de restringirlos.

Por su parte, bajo el título "*Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría*", los profesores Diego Manuel Luzón Peña y Miguel Díaz y García Conlledo abordan el siempre polémico tema de la autoría en derecho penal y defienden la idea según la cual un concepto restrictivo de autor es el más acorde con el mandato de concreción de los tipos penales y con el Estado de Derecho, tanto para los tipos dolosos como para los imprudentes.

El profesor Santiago Mir Puig destaca en "*Sociedad, norma y persona en Jakobs*", el criticable rol que juega el ser humano en el sistema funcionalista pues termina olvidando que las exigencias del derecho se fundamentan hoy en las necesidades del ser humano como protagonista y no como accesorio del sistema social.

Buscando una aplicación humanitaria de la ley penal, en "*Principios orientadores de la imposición de sanciones penales en el Nuevo Código Penal Colombiano*", José Fernando Reyes Cuartas propone los pilares fundamentales que orientan la determinación de la pena como mecanismo que, pese a ser poco eficiente en el cumplimiento de los cometidos asignados, permanece como socialmente necesario. Para ello, parte del ejercicio del *ius puniendi* desde la Constitución y de criterios como la proporcionalidad y la razonabilidad.

Finalmente, en "*Sistema penal y política criminal*", Fernando E. Arboleda Ripoll explica el acercamiento que la teoría del delito y la política criminal han tenido en las épocas recientes de la evolución de los saberes penales, y subraya la importancia de que éstos no se mantengan distanciados, para lo cual se apoya en la obra de Jakobs.

2. Novedades Jurisprudenciales

Esta sección, dedicada a registrar jurisprudencia de varias cortes latino-americanas, registra extractos de varias providencias colombianas, proferidas

por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, así como unas cuantas de la Cámara de Casación Penal de la República Argentina y una más de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los extractos, que abarcan un amplio espectro de temas, ofrecen la posibilidad de conocer los textos de los pronunciamientos, aunque sujetos al criterio, no siempre afortunado, del editor.

3. Web Pen@l

De esta sección, dedicada a registrar el contenido de sitios Internet de contenido jurídico penal, podemos destacar dos: el de la revista de la

Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica (www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista), y el del Instituto Max Planck (www.iuscrim.mpg.de).

4. Obras y Autores

Se reseñan, en corta referencia, obras de Jakobs, Cancio Meliá, Carrara, Camelutti, Gloria Bernal Acevedo, Juan Carlos Forero Ramírez y Jorge Enrique Valencia Martínez.

**Maximiliano Alberto
Aramburo Calle**
Abogado UPB