

NÓDIER AGUDELO BETANCUR: *Defensa putativa (teoría y práctica)*, Medellín, Colección Nuevo Foro Penal, 1990, 170 págs.

La presente obra del profesor NÓDIER AGUDELO constituye, sin ninguna duda, un valioso aporte a la teoría y práctica del derecho penal colombiano, específicamente en lo que tiene que ver con el tema de la llamada "defensa putativa". En efecto, en un lenguaje sencillo el autor logra un coherente análisis conjunto de los aspectos teóricos y prácticos de la figura de que se trata, sin que ello afecte de modo alguno la rigurosidad de los planteamientos teóricos, ni esta su viabilidad práctica. Tal combinación es uno de los méritos más importantes de la obra, pues demuestra que la labor dogmática es una actividad esencialmente práctica y que por tanto solo tiene sentido si sus construcciones y conceptos están orientados a facilitar una decisión racional, coherente y justa de los casos que se presentan en la realidad. Lo contrario convierte la dogmática en un mero ejercicio mental de interés exclusivo para el "dogmático".

Conforme a lo anterior, la obra aparece dividida en dos partes: en la primera se analizan los aspectos teóricos (jurídicos y psicológicos) en la defensa putativa, mientras que la segunda se dedica a la aplicación práctica de la teoría.

En lo que tiene que ver con la parte teórica, el autor comienza por formular algunas precisiones terminológicas (cap. I), para continuar luego con la evolución del tratamiento de la defensa putativa en el derecho penal moderno y en Colombia (cap. II). En este capítulo, después de diferenciar la defensa putativa de la legítima defensa, analiza su tratamiento como error de hecho, como error de prohibición y como error de tipo, concluyendo que se trata de un caso de error de prohibición indirecto y, más concretamente, sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa.

En el capítulo III, dedicado a "Problemas particulares", trata el tema de la "Injusticia imaginaria" y el de la "Defensa recíproca", para llegar luego al análisis del "Problema de la vencibilidad del error que conduce al delito culposo" (págs. 34 a 54). Al respecto, después de un apretado resumen de la teoría del dolo y de la teoría de la culpabilidad, ubica la problemática frente al Código Penal colombiano, optando por la teoría del dolo. Según dice, "Parecería que el tratamiento que da la ley al dolo y su ubicación fuera un tratamiento y ubicación conforme al esquema neoclásico del delito. En estas condiciones, adoptando el Código la teoría del dolo, habría que sacar las consecuencias propias de tal teoría para decir que si el error de prohibición es vencible, la conducta se debe sancionar a título de culpa si existe el respectivo tipo culposo" (pág. 47).

Lo anterior parece sostenerlo solo de *lege data*, pues entiende que unas son las convicciones en abstracto y otras en concreto, frente a un ordenamiento legal; y respecto del Código Penal colombiano encuentra "difícil" definir el dolo prescindiendo de la conciencia de la antijuridicidad (pág. 47). Por consiguiente, sugiere distinguir para la interpretación de nuestra ley penal entre intención y dolo: la intención sería el "tender de la voluntad hacia lo que se le ha representado por el intelecto" (pág. 48), mientras que el dolo implica "la conciencia y la voluntad de la materialidad del acto y, además, la conciencia actual de la antijuridicidad" (ib.). De donde concluye entonces que si el error sobre la existencia de la agresión es vencible y el sujeto reacciona para defenderse, su obrar es intencional pero no doloso (lo que en la práctica significa trabajar con una doble posición del dolo). Luego, en estos casos solo procede la atribución culposa, si existe el respectivo tipo culposo.

El capítulo III contiene además un aparte dedicado al problema de la proporcionalidad entre "ataque" y reacción en la defensa putativa, así como otro sobre la defensa putativa de terceros. Finalmente, esta primera parte culmina con una "Explicación psicológica de la defensa putativa" (cap. IV), en la que se rescata la definición que sobre la misma hiciera VÁSQUEZ ABAD, desde una perspectiva psicológica.

La segunda parte de la obra, como ya dijimos, está dedicada a los aspectos prácticos del tema. Allí se incluye un alegato sobre un caso de homicidio, así como una recopilación de la jurisprudencia más representativa sobre la materia, terminando con una ayuda docente en la que se plantea una serie de preguntas, casos y problemas específicos relacionados con el tema de la defensa putativa.

Como puede deducirse de la mera enunciación de su contenido, la obra que se reseña resulta, pues, de gran interés para quienes de una u otra forma se dedican al derecho penal (profesores, estudiantes, jueces, abogados, etc.). Ello no significa, sin embargo, que no sean discutibles algunos aspectos, como sucede con la afirmación del autor en el sentido de que el C. P. colombiano *adopta* la teo-

ría del dolo (lo que VELÁSQUEZ denomina "teoría de la matrícula"), sobre todo porque los argumentos que lo llevan a sostener tal posición no son todo lo contundentes que parecen.

— Por ejemplo, si bien en la definición de dolo que consagra nuestro C. P. en su art. 36 puede entenderse incluida la conciencia de la antijuridicidad, nada impide que se interprete como un dolo típico, toda vez que el mismo art. 36 sostiene que *lo doloso es la conducta* y no la culpabilidad, como sería lo adecuado conforme al esquema neoclásico.

— Por otra parte, sostener que el C. P. ubica el dolo, la culpa y la preterintención en la culpabilidad, pues entiende que son "formas de culpabilidad" (pág. 47), es producto de una lectura apenas literal de la ley, pues si nos atenemos al *contenido* del art. 35, por ejemplo, encontramos que dolo, culpa y preterintención no son otra cosa que *formas de realización del hecho* (lo cual aparece ratificado en los arts. 36, 37 y 38).

— Asimismo, pareciera que la diferenciación que hace el C. P. entre error de tipo (art. 40-4) y error de prohibición (art. 40-3) solo tiene sentido si al mismo tiempo se diferencia entre dolo (típico) y conciencia de la antijuridicidad. Es más, si se acepta que el art. 30 consagra el evento del error vencible sobre los límites de una causal de justificación (como lo entienden FERNÁNDEZ CARRASQUILLA y VELÁSQUEZ, entre otros), resulta aquí ya no solo difícil sino casi que imposible sostener una teoría distinta de la de la culpabilidad, pues dicho artículo consagra una atenuación de la pena y no una remisión al tipo culposo, como sería lo correcto conforme a la teoría del dolo.

Lo anterior es suficiente para demostrar que el C. P. colombiano no se matricula en ninguna teoría en particular; antes, por el contrario, parece ser que por evitar "matricularse" en alguna teoría nuestro legislador incurrió en el error mayúsculo de tomar elementos de una y otra, mixtura cuyo resultado es una confusa e incoherente regulación del error. Por ello, en mi opinión, no es que el Código *adopte* la teoría del dolo, sino más bien que permite una interpretación conforme a dicha

teoría, así como *también* es indudablemente compatible con la teoría de la culpabilidad.

En definitiva —y en esto parece existir acuerdo—, el problema no es de carácter sistemático sino politicriminal, es decir, de las consecuencias a las que conduce el sistema. Y en esta dirección, si bien no habría nada que objetar a la solución del delito culposo en el caso del error vencible sobre los presupuestos de la legítima defensa (como tampoco podría considerarse descabellada la aplicación de la atenuante del art. 30, como lo propone VELÁSQUEZ con base en la teoría de la culpabilidad), sobre todo tratándose del delito de homicidio (que es el ejemplo con el que trabaja el profesor AGUDELO), no creo que pueda decirse lo mismo cuando se trata de otras causales de justificación, como el cumplimiento de un deber legal, el cumplimiento de orden legítima o el ejercicio de un cargo público, dado que la gran mayoría de los delitos de funcionarios no admiten la modalidad culposa. Y ello, en momentos en que el país se enfrenta a una creciente autonomía de la actuación de los organismos de seguridad del Estado y a la sistemática violación de las libertades fundamentales, no deja de ser preocupante.

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA
Medellín, Septiembre de 1990.

JOSÉ LUIS DIEZ RIPOLLÉS: *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, 347 págs.

El catedrático de derecho penal de la Universidad de Málaga, profesor JOSÉ LUIS DIEZ RIPOLLÉS, en esta investigación recientemente publicada, ha puesto el dedo sobre la llaga en relación con una temática que toca de lleno con las bases y la estructura del actual derecho penal: los elementos subjetivos del delito. Todos sabemos que esta disciplina maneja cantidad de conceptos de índole enteramente subjetiva como son los de dolo, los elementos subjetivos del injusto, el elemento subjetivo en las causales de justificación, el conocimiento

de la antijuridicidad, la imputabilidad, el error, la culpa, etc., para cuya explicación solemos acudir a nociones tomadas de las ciencias sociales, especialmente de la psicología, pero tales elementos no son objeto de mucho cuestionamiento y, todo pareciera indicarlo así, su entendimiento es pacífico, doctrinariamente hablando. Ello sin embargo no es cierto si tenemos en cuenta que nuestra disciplina sigue empecinada en ignorar la realidad, continúa de espaldas al desarrollo social y científico y, como en el caso que nos ocupa, sigue apegada a las concepciones más primigenias en el ámbito psicológico.

Razón tiene el profesor FRANCISCO MUÑOZ CONDE cuando en el prólogo a este interesante trabajo, que se torna en lectura obligatoria para cualquier penalista que se precie de serlo, afirma: "Parece, sin embargo, mentira que en el moderno derecho penal, a la hora de hacer estas valoraciones, en lo que se refiere a la constatación de los elementos subjetivos, apenas se tengan en cuenta los datos y conocimientos que nos brinda el estado actual de la psicología y la sociología, y se siga aferrando a las viejas concepciones de una psicología asociacionista o puramente mecanicista. Y lo que es peor: que en los planteamientos teóricos más modernos tampoco exista, con todas las excepciones que haya que hacer, la menor preocupación por remozar el viejo arsenal psicológico con el que durante más de un siglo han trabajado las teorías tradicionalmente dominantes en derecho penal" (pág. 11).

El autor, quien reúne al mismo tiempo las envidiables calidades de licenciado en psicología y de penalista, amén de una excelente hoja de vida, busca exponer la problemática general en torno a la normativización de los elementos subjetivos del delito acorde con la construcción dogmática imperante sentando las bases para una discusión a profundidad sobre el tema que, por cierto, no se reduce solo al derecho penal material sino que cobija el derecho procesal penal y el proceso como fenómeno social.

Como es obvio, y ya el lector lo habrá captado, el expositor se mueve dentro de las tendencias modernas del derecho penal que buscan

entender este en íntima conexión con las disciplinas sociales. De allí que afirme en la introducción: "Concibo mi trabajo en la línea con lo exigido enfáticamente por NAUCKE cuando recuerda que una auténtica colaboración entre el Derecho Penal y las ciencias sociales solo se logrará cuando exista un *corpus* investigador que utilice ambas perspectivas en el análisis de *problemas concretos* de la Administración de Justicia, prescindiendo de escritos programáticos y planteamientos generales de colaboración" (pág. 26).

La temática abordada ha sido objeto de enconados debates en la literatura penal alemana, no así en España, donde, a pesar de que muchos penalistas la manejan, una discusión amplia sobre el asunto se torna necesaria en el estado actual de cosas; ello es lo que busca tan distinguido expositor al publicar esta investigación, que data de cerca de diez años de paciente labor. Para el lector colombiano la lectura de la obra, nada fácil para quien no se mueva en círculo tan especializado y maneje unas mínimas categorías psicológicas y sociológicas, aparece como novedosa, pues, hasta donde alcanza nuestra información, apenas algún autor se ha preocupado en algo por el tema.

El estudio consta de siete capítulos: el primero de ellos dedicado a la introducción, mientras que los acápites dos, tres, cuatro y cinco, se destinan a exponer las cuatro corrientes que según el profesor español dominan la discusión actual enfrente a la temática propuesta, esto es, los enfoques propios de la psicología individual, de las perspectiva normativa, de la psicología colectiva (básicamente a partir del psicoanálisis) y la postura interaccionista. En el capítulo sexto, con absoluto rigor científico, expone la polémica entre las cuatro vertientes señalando las respuestas que cada una de ellas formula a las otras corrientes, concluyendo con el último acápite dedicado a las conclusiones.

Estamos, pues, frente a una obra importante para la literatura jurídica penal hispanoamericana que, a diferencia de muchas que se limitan a seguir las discusiones alemanas para traducirlas al idioma español sin ninguna ori-

ginalidad (y a veces olvidando las comillas), enfrenta con una postura metódica muy definida el problema abordado y que, con seriedad y rigor, formula planteamientos llamados a enriquecer la polémica. El expositor, por supuesto, se afilia a una de las cuatro perspectivas, optando por la que defiende la visión psicológico-individual aunque sin dejar fuera de consideración a las restantes: ello porque, con razón, postula que es el único enfoque que se compagina con el actual derecho penal y con la sociedad democráticamente concebida, con un derecho penal de garantías.

Sostener la perspectiva psicológico-colectiva, por ejemplo, se nos hace muy difícil si se tiene en cuenta que va de la mano de una concepción preventivo-general de la pena y en algunas de sus formulaciones, como la de OSTERMEYER expuesta por el autor, cae en un vulgar derecho penal de autor (cfr. pág. 174). Mientras que acudir a las otras dos corrientes (la normativa y la interaccionista) por sí solas tampoco brinda la claridad requerida.

Por ello parece válido el enfoque que la obra defiende a partir de una concepción psicológica individual, pero sin desconocer los aportes de las demás perspectivas metódicas.

La Revista saluda alborozada este nuevo aporte a la literatura jurídicopenal contemporánea de quien ha sido uno de sus más solícitos colaboradores e invita a sus lectores a penetrar en tan interesante y afortunada reflexión que, por supuesto, también interesa al derecho penal colombiano.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Medellín, noviembre de 1990.

FERNANDO TOCORA: *Política criminal en América Latina*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1990, 226 págs.

La presente obra, fruto de la labor investigativa del magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, FERNANDO TOCORA, examina, a la luz del derecho comparado, la historia de la política criminal latinoamericana siguiendo los dos modelos que

han enmarcado su transcurrir jurídico: el liberal autoritario y el de la seguridad nacional, los cuales son abordados, en un gran esfuerzo de síntesis, a través de sus diversas expresiones jurídicas para, finalmente, dejar a descubierto la brecha existente entre norma y realidad que, en suma, compendia nuestra política criminal. En este sentido, el trabajo reseñado se divide formalmente en dos partes: la primera referida a la llamada "política criminal liberal", y la segunda a la denominada "política criminal de seguridad nacional", cada una con un enfoque constitucional, penal y policivo.

En lo que dice relación a la política criminal liberal, el autor presenta las distorsiones del modelo liberal clásico que constituyen el autoritarismo crónico propio de las estructuras políticas de los países de América Latina, que exhiben un marcado desfase entre la proclamación teórica de la tridivisión del poder y la protección de las garantías fundamentales y la realidad práctica de un ejecutivo presidencialista que conculca esas garantías a través del estado de excepción o de los frecuentes regímenes *de facto*, lo que, en últimas, tal como lo denuncia la investigación en comentario, degenera en una política criminal autoritaria y represiva, que explica la progresión de los procesos de criminalización e inflacionismo legislativo frente a un derecho penal que es resultado de la extrapolación de las teorías europeas y de sus codificaciones penales. En este orden de ideas se destaca el énfasis que el autor le otorga al estudio del control contravencional como una de las características que han desvirtuado el modelo Estado-sociedad liberal en América Latina, particularmente si tenemos en cuenta la escasa bibliografía jurídica que existe al respecto.

En lo atinente a la política criminal de seguridad nacional, como triste contribución de América Latina a la historia de la humanidad y a la del control social, se analizan los interrogantes que le plantea a una novel ciencia politicocriminal que trata de definir sus categorías, la evidencia de una criminalidad que parte del Estado; asimismo, se estudia la "nueva institucionalidad" que exigen los regíme-

nes de seguridad nacional, cuya raigambre totalitaria se refleja, según lo expresa el profesor TOCORA, en la ausencia de control constitucional; el abuso de los estados de excepción; la paranoia criminalizadora; la creación de procedimientos securistas y, en fin, el proceso de militarización-criminalización de la sociedad civil, dentro de un modelo de disciplina social que deifica un Estado que, imponiéndose sobre el derecho, se enfrenta a la sociedad en una relación de antagonismo. Igualmente dedica un capítulo especial al examen del poder de policía, como estrategia de control social basada en el terror, señalando su creciente tendencia a la militarización, así como también la existencia de cuerpos paralelos con idénticos fines profilácticos de control de la marginalidad social.

Es importante anotar que la relevancia conferida por el autor al sistema contravencional, espacio de control soslayado tanto en la teoría como en la práctica, no obstante su considerable amplitud, parte de que, en su concepto, "el estudio de la política criminal no se ha de limitar solamente a las definiciones de comportamientos desviados proporcionados por las leyes penales, lo que sería una reducción de ella a una mera «política penal», sino que ha de abarcar toda la reacción formal que implique el sistema de sanciones que restringen derechos fundamentales, las que no son solamente dispuestas por el derecho penal, sino también por otras normas como las del derecho contravencional" (pág. 118).

De igual modo se advierte el espíritu totalmente crítico que orienta la investigación realizada, la cual no se reduce al discurso histórico sino que encierra importantes planteamientos que nos permiten descubrir la ideología que encubre los dos modelos politico-criminales más generales y característicos del subcontinente, por lo que recomendamos su lectura, cualquiera que cualquier intento de aproximación a la misma es incapaz de comprenderla en su exacta magnitud.

Como se deduce de todo lo anterior, el trabajo investigativo además de constituir un valioso aporte de la judicatura, representa, en virtud de la autonomía y claridad de sus con-

ceptos, un claro ejemplo de que al interior de la misma aún subsisten jueces y magistrados de la envergadura y calidad de aquellos que, como lo manifiesta la dedicatoria del libro, fueron sacrificados por su honestidad y su vocación democrática.

SANDRA CRISTINA MORA SOTO
Medellín, noviembre de 1990.

MAURICIO MARTÍNEZ: *¿Qué pasa en la criminología moderna?*, Bogotá, Editorial Temis, 1990, 179 págs.

El hombre se ha interrogado acerca de su desobediencia al ordenamiento jurídico, y por ello ha estudiado el crimen. Pero solo hasta el siglo pasado se logró estructurar una ciencia que pudiese asumir dicho conocimiento de una manera metódica. Esta es la criminología que a través de su tradición histórica nos permite llegar al libro escrito por MAURICIO MARTÍNEZ.

La obra en sí es un interrogante, como lo planteó el autor en el título. El responderlo implicaba circunscribirlo a un lugar determinado, que es Latinoamérica, a fin de que pudiésemos diferenciar los fenómenos estudiados. Por tanto el texto presta una especial atención a la criminología en nuestro continente, aunque se trata de una manera lo suficientemente abstracta para alcanzar la universalidad científica.

El estudio consta de cuatro capítulos, así:

En el primero nos encontramos con una ilustración acerca de las principales corrientes en la criminología contemporánea. Es por ello por lo que explica la razón histórica y los postulados del neorealismo de izquierda, del derecho penal mínimo y del abolicionismo. Termina este acápite con un breve análisis sobre la criminología en Latinoamérica, en el que se descubre que el centro de la discusión es el objeto de estudio de esta.

El segundo capítulo es mucho más dinámico, puesto que enfrenta dos posiciones, como son: el neorealismo de izquierda y el minimalismo. Analiza primeramente la génesis de am-

bas teorías; en segundo lugar estudia los diferentes puntos de enfrentamiento. Además, en el texto no existen talanqueras para leer las críticas que de ambas hace el autor. Lo sorprendente es encontrar dos concepciones diferentes que conducen a conclusiones similares, máxime si se tiene en cuenta que la finalidad de ambas es lograr una verdadera aplicación de la ley penal, pero, a diferencia del neorealismo, el minimalismo no cree en la eficacia del derecho represivo y esta es la razón por la que trata de encontrar políticas alternativas.

En la tercera parte se desarrolla más a fondo el planteamiento del derecho penal mínimo, dejando sentado que para Latinoamérica el abolicionismo no es el mejor remedio. Siendo necesario un cambio, la propuesta de reducir el derecho penal comienza a tomar fuerza puesto que se esgrime la razón de la deslegitimación del derecho penal. Por ello enuncia lo que pudiésemos denominar las normas caóticas —en oposición a las normas rectoras— que rigen el derecho penal en América Latina.

Por último, nos encontramos con las entrevistas hechas a BARATTA y BERGALLI. A este último le corresponde responder la mayoría de las incógnitas que tocan puntos álgidos en la criminología. BARATTA, por su parte, inclina la entrevista hacia un profundo análisis sobre el campo filosófico y científico de la misma. Sin embargo, ambos autores llegan a algunas conclusiones similares, como aquella según la cual el hecho de que exista heterogeneidad al interior de la criminología, no significa su destrucción; al contrario, BARATTA destaca la vitalidad que esto entraña. Mientras que para BERGALLI la diversidad doctrinaria corresponde a expresiones culturales diferentes. Además, ambos autores acuden a la sociología como fuente de la criminología; es así como sociología del control penal es para BERGALLI, lo que para BARATTA es sociología jurídica penal.

La lectura detallada del libro nos permite concebir la criminología como una ciencia que pretende internarse en el campo de la solución.

identifican en tratar de encontrar una solución idónea a los problemas que tienen relación con el crimen y el derecho penal, lo que nos lleva a pensar que la criminología es una suma de soluciones, porque nuestro derecho penal, y en general toda la raigambre histórica, proviene de Europa. Claramente es allí donde las tendencias han encontrado divergencias por los distintos fenómenos analizados. Lo que ocurre en Latinoamérica es que nuestra legislación es el compendio de todas las influencias europeas, por cuanto la violencia generalizada es la adición histórica de todos los vicios de las legislaciones foráneas;

por ello, para la criminología moderna, Latinoamérica es un escenario que proporciona una suma de problemas para los que las diversas tendencias generan una suma de soluciones.

Por lo tanto, no vacilamos en recomendarle al lector este libro. Además de las razones esgrimidas, es un texto que plantea hipótesis para su posible solución, lo que nos llevará a responder de una manera científica al interrogante ¿qué pasa en la criminología moderna?

JOHN JAIRO SÁNCHEZ
Medellín, febrero de 1991.