

REVISTA DOCTRINA PENAL. *Teoría y práctica en las Ciencias Penales. Julio-septiembre de 1987, año 10, núm. 39.*

Hemos recibido un nuevo ejemplar de esta publicación, la cual pasamos a reseñar para ustedes.

La sección de Doctrina comienza con el trabajo del profesor de la Universidad de Colonia, el doctor HANS JOACHIM HIRSCH, intitulado "El derecho penal y el ámbito libre de regulación jurídica", el cual pretende desentrañar los verdaderos alcances de la teoría del ámbito libre de regulación jurídica, con motivo de las quejas formuladas por ARTHUR KAUFMANN, en el sentido de que "esta doctrina siempre ha jugado un papel de cenicienta en la dogmática jurídico-penal" (pág. 398). En efecto, KAUFMANN en su artículo "Ámbito libre de regulación jurídica y decisión sujeta a la propia responsabilidad", además de lamentar el desconocimiento de que se ha cubierto a esta teoría, señala su importancia práctica en el campo penal, ya que comprende, en su concepto, todas aquellas situaciones de conflicto cuya solución siempre ha inquietado a los criminalistas, verbigracia, la tabla de carneades, el aborto indicado, el caso del guarda agujas, los eventos de eutanasia activa directa, entre otros. Esta posición representa el desarrollo y actualización del pensamiento de la neutralidad concebido por BINDING, en virtud del cual la problemática del estado de necesidad y de la colisión de deberes se resuelve con ayuda de la doctrina del ámbito libre de regulación jurídica.

Empero HIRSCH, después de examinar concienzudamente los casos de conflicto que interesan al derecho penal, infiere que dicha teoría "no aporta soluciones adecuadas para ninguna de las situaciones dudosas" (Paguzi), como quiera que dichos eventos se encuentran ya regulados en distintas categorías jurídicas, máxime cuando su calidad de "hechos humanos jurídicamente relevantes", "valorativa-

mente diferentes", acarrear la lesión de un bien jurídico y, por tanto, una "conducta típica" (pág. 405).

Por su parte, el magistrado italiano ROBERTO SCARPINATO, engloba en su artículo "La reforma del ordenamiento judicial entre dos culturas en conflicto: La cultura de la legalidad institucional y la cultura de la nueva gobernabilidad", un enjundioso estudio acerca de la influencia ejercida en Italia por el proceso de transición del Estado constitucional de derecho a Estado de los partidos, sobre los fundamentos mismos del Estado de derecho; y, por ende, sobre el poder judicial, como resultado de la privatización, personalización y clandestinización del poder político, lo que ha traído consigo no solo una caída vertical de la legalidad institucional sino que también ha revelado el antagonismo existente entre la magistratura y los componentes políticos.

Pero, sobre todo, la incidencia negativa de este conflicto histórico sobre el contenido de la reforma del ordenamiento judicial, hasta el punto de que "los servicios judiciales son dejados en el estancamiento y en condiciones de crónica y providencial ineficiencia operativa" (pág. 433).

A la luz de estos criterios, SCARPINATO critica el proyecto de ley gubernamental de reforma del sistema de la responsabilidad disciplinaria de los magistrados por sus normas y figuras abiertas, que menoscaban la autonomía e independencia judicial y reclama, en su remplazo, un verdadero código disciplinario que al prever una rigurosa tipificación de las conductas preserve estos valores supremos de todo sistema democrático.

De otro lado, el creciente descreimiento de la conciencia jurídica popular hacia el poder judicial, motiva a JORGE VÁSQUEZ ROSSI a elaborar en su artículo "Crisis de la justicia penal. Diagnóstico y propuestas" un análisis de los principales problemas que, en su opinión, afectan el funcionamiento y la estructura misma del servicio público de la justicia.

Y, aunque es prolijo al reseñar dichos males, concluye que todos se condensan en el linaje preponderantemente inquisitivo del proceso penal que reviste, especialmente en América Latina, perfiles más dramáticos al ir acompañado de una discrepancia con los mandatos constitucionales.

Así las cosas, postula como tarea primaria "La reforma hacia el logro de un sistema plenamente acusatorio, con las lógicas particularidades derivadas de la materia en juzgamiento" (pág. 452).

"La conciencia disidente y el derecho penal" es el artículo en que HERNÁN VÍCTOR GULLCO expone sus comentarios a la providencia confirmatoria de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que da inicio a la *Sección de Jurisprudencia*. Así, y ante el problema que representa la comisión de conductas típicas por parte de los denominados "autores por convicciones ético-religiosas", GULLCO aborda dicha temática con suma profundidad, criticando la tangencialidad del fallo en comento y planteando, en cambio, pautas que permitan resolver el conflicto que se presenta entre los intereses públicos y las creencias religiosas de los individuos cuando las conductas de estos últimos afectan derechos de terceros; optando, al respecto, por una operación de "balanceo" entre los valores en colisión para determinar, según las circunstancias del caso en concreto, cuál de ellos ha de prevalecer. Actitud esta que constituye el aporte de respuestas un tanto distintas de las tradicionales de la dogmática jurídico-penal para la solución de ciertos casos específicos.

Seguidamente encontramos uno de los fallos más censurables, desde el punto de vista material y formal, que pueda registrar la historia de la jurisprudencia argentina. En efecto, la declaratoria de constitucionalidad de la ley 23.521 sobre "La obediencia debida" ha despertado, con justa razón, las más encendidas polémicas, llegándose incluso a afirmar que su convalidación por parte de la Corte Suprema de Justicia de dicha nación "significa la defunción del Estado de Derecho" (pág. 491).

Y es, precisamente, el ejercicio de la crítica la finalidad del trabajo escrito por MARCELO

A. SANCINETTI, "Obediencia debida y Constitución Nacional", en el cual, después de confrontar la situación anterior y posterior a la expedición de dicha ley (bajo las directrices del derecho penal común y militar), se proclama su abierta inconstitucionalidad y la lesión misma que representa para el derecho internacional, al asumir la calidad de "sentencia judicial dictada por el Congreso", lo cual ha provocado el rechazo energético de todos los juristas independientes sobre la forma como se está resolviendo en Argentina la cuestión de los derechos fundamentales.

En el mismo sentido se pronuncia, en la *Sección de Legislación*, MANUEL DE RIVACOBBA y RIVACOBBA con su trabajo de "Incongruencia e inconstitucional de la llamada ley Argentina de obediencia debida", en el que reitera las críticas expresadas por SANCINETTI y abona otras, como la contradicción existente entre la ley y el Código de Justicia Militar respecto a lo que es la obediencia debida, producto de la presunción establecida en aquella, que al omitir uno de los requisitos esenciales de la institución, cual es la necesidad de competencia del superior, desdibuja por completo la finalidad misma de la figura de la obediencia jerárquica como eximente de responsabilidad.

No menos importante son los reparos político-criminales que formula RIVACOBBA a dicho texto legal, y que bien pueden sintetizarse en la fuerza criminógena que desatará la impunidad allí proporcionada que acarreará, como es obvio, un relajamiento en la función inhibitoria de la pena, y, lo más grave, la pérdida de la confianza en el derecho y en los órganos encargados de aplicarlo.

En su acostumbrada *Sección de Debates* continúa, a cargo de LUIS A. BRAVO DÁVILA, la controversia suscitada entre juristas y criminólogos latinoamericanos a propósito de las posibles conexiones entre la Criminología y el Derecho Penal. De igual manera, persiste la discusión sobre la posición de garante del médico, con motivo de las observaciones formuladas por HERNÁN VÍCTOR GULLCO al fallo suscrito por MARÍA CRISTINA CAMIÑA, publicado a su vez en el número 37 de esta revista.

Culminan este interesante ejemplar las habituales *secciones de Bibliografía, Informaciones y Revista de revistas*, así como un novedoso catálogo de obras recientes de gran utilidad para los estudiosos de esta disciplina.

SANDRA CRISTINA MORA SOTO
Abogada egresada de la U. de M.
Medellín, Octubre de 1988.

REVISTA DOCTRINA PENAL. *Teoría y práctica en las ciencias penales*. Octubre-diciembre de 1987, año 10, núm. 40.

A la *Sección de Doctrina* de este nuevo número la precede un homenaje que la revista, con palabras de MANUEL DE RIVACOBBA y RIVACOBBA, rinde a la egregia figura de VICTORIA KENT, penitenciaria española recientemente fallecida.

En segunda encontramos el trabajo de ALESSANDRO BARATTA, "Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)", ya publicado en el ejemplar núm. 34 de *Nuevo Foro Penal*, pero que, en razón de su importancia como articulación programática de la idea de la mínima intervención penal, bien vale la pena ampliar su difusión. En efecto, BARATTA después de analizar los resultados alcanzados por los sistemas punitivos tradicionales, formula una serie de principios como idea guía para una política penal a corto y mediano plazo, que adoptando el concepto de los derechos humanos en su doble función de objeto y límite del derecho penal, constituya el fundamento para una estrategia de la mínima intervención penal en el cuadro de una política alternativa del control social.

De otro lado, el profesor español FRANCISCO BUENO ARUS, en su artículo "La dimensión jurídica de la pena de prisión" realiza un completo estudio de dicha institución jurídica, y por tanto de su organización, coactividad y referencia a valores. En este sentido, examina, a la luz de los principios fundamentales que están en juego en la dinámica de la pena de prisión, la conminación, aplicación y ejecución de la misma por los distintos po-

deres del Estado, enfatizando en la necesidad de conciliar la legitimidad formal y sustancial de la pena, en su calidad de control formalizado forzoso.

JOSÉ I. CAFFERATA NORES hace también un interesante aporte, al discurrir sobre "La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional" como una de las herramientas precisas para el desarrollo de una política criminal estatal, que al involucrar dentro de la tarea de la persecución penal la fijación de prioridades, permita una utilización racional de los recursos humanos y técnicos afectados a ella.

RAÚL CERVINI, por su parte, suministra elementos básicos para interpretar científicamente el fenómeno del delito organizado, sin sensacionalismos o distorsiones, abordando su estudio desde un ángulo realista y latinoamericano, dada su enorme dañosidad social, particularmente en nuestros sistemas penales, que adolecen de un divorcio entre el discurso jurídico y la realidad fáctica en el tratamiento de esta forma de delincuencia no convencional.

En este orden de ideas ubica criminológicamente el crimen organizado y efectúa una aproximación conceptual al mismo para, ulteriormente, proponer un profundo replanteo del funcionamiento práctico de todos los segmentos jurídicos que, unido a una revisión normativa, conduzca a la eficaz represión de estas nocivas formas de criminalidad.

Culmina la *Sección de Doctrina* con las severas críticas que MANUEL DE RIVACOBBA y RIVACOBBA señala al Código Penal Tipo para Iberoamérica por su ostensible carácter criminalizante y criminógeno, que indudablemente influyó en las reformas penales del continente durante este tiempo, a pesar de haber significado un fracaso la iniciativa de crear un modelo estructural básico de la legislación penal iberoamericana.

En la *Sección de Jurisprudencia* se destaca, en primer lugar, la providencia de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, referente a la irrazonabilidad de la protección penal de automotores, en la que se realiza la existencia de límites a la facultad estatal de punir; pero, por sobre todo, se ejerce cabalmente la misión de tutela de la supremacía de la Constitu-

ción, reivindicándose así la función primaria y esencial del poder judicial de controlar la constitucionalidad de la labor de los otros poderes del Estado.

A continuación, JORGE D. LÓPEZ MOFI GUERRERO, a propósito de una sentencia sobre el tipo penal del ultraje a los símbolos nacionales, realiza toda una disertación acerca de la especial naturaleza de esta figura delictiva, cuya comisión poco frecuente ha propiciado el abandono doctrinario en desmedro de la seguridad jurídica.

Así mismo, MARCELO A. SANCINETTI llama la atención sobre la necesidad de racionalizar la manera de ponderar las circunstancias de hecho, particularmente en relación con el contenido del dolo del autor, si se quiere superar el mito del resultado que restringe la prueba del dolo a la producción de un resultado definitivo, haciendo caso omiso de la existencia de criterios positivos, como la valoración del modo de conducción de la acción, para acreditar la presencia del dolo.

Finalmente, cierran la revista las habituales secciones de "Debates", "Bibliografía" y "Revista de Revistas".

SANDRA CRISTINA MORA SOTO
Abogada egresada de la U. de M.
Medellín, noviembre de 1987.

GABRIEL RICARDO NEMOGÁ SOTO: *El Estado y la administración de la justicia en Colombia*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1988, 186 págs.

La escuela judicial "Rodrigo Lara Bonilla", en cumplimiento de su política de fomentar la reflexión crítica sobre la problemática de la rama jurisdiccional, ha publicado recientemente el trabajo en comentario. En él, con base en el método de la Sociología Comprensiva, el sociólogo y abogado GABRIEL RICARDO NEMOGÁ SOTO presenta un paradigma de asociación política con tridivisión del poder público para el equilibrio funcional de su ejercicio. En tal estructura, en la que finca un régimen de dominación legal, destaca la función jurisdiccional. Esta, para que cumpla su fin de resolver objetiva, imparcial y eficaz-

mente los conflictos de intereses que caen en el ámbito de su competencia presupone, de una parte, la sistematización lógica del derecho en sus elementos de generalización, diferenciación y plenitud; y, de otra, de una organización burocrática racional, realmente independiente de las otras ramas, que cuente con la eficaz colaboración de organismos técnicos y científicos en el desarrollo de su actividad. Exige, además, su fiscalización en la correcta aplicación de las normas y en el ámbito disciplinario, entre otros aspectos.

Presentando el tipo ideal de organización jurisdiccional, el autor efectúa un excelente estudio de la formación del sistema judicial colombiano, dependiente del desarrollo socioeconómico y político del país, desde la Constitución de 1886 hasta el momento de la última reforma judicial. En el curso de este recorrido histórico, demuestra cómo las valoraciones e intereses de los partidos políticos y de los grupos económicos en el manejo del poder, han determinado la configuración de un sistema judicial anacrónico y por tanto inoperante para responder a las necesidades de los cambios demográficos, a la dinámica de los conflictos sociales, a las diferencias culturales y a los desequilibrios económicos y sociales en los cuales radica la etiología de la delincuencia.

Así mismo, basándose en investigaciones anteriores y en el tipo ideal de organización burocrática para el sector justicia, delinea la perspectiva modernizante de un Sistema Nacional de Justicia estructurado en función "de los valores o principios señalados por las normas jurídicas".

Así, *El Estado y la administración de la justicia en Colombia* es uno de los mejores trabajos que se han concebido en lo que tiene que ver con la crisis de la rama jurisdiccional en cuanto órgano funcional del Estado. En verdad, en él es posible hallar respuestas de profundo significado a preguntas tales como las siguientes entre otras: ¿Cuál es la importancia específica de la función jurisdiccional en la organización estatal? ¿Cuál es su relación con el ejercicio monopólico de la coacción en una asociación política fundada en los principios demoliberales? ¿Cómo se halla articulada en el andamiaje estatal bajo un ré-

gimen de dominación legitimado por la legalidad de las ordenaciones y mandatos? ¿Cómo se ha configurado la organización jurisdiccional del Estado colombiano y cuáles han sido los momentos más significativos para dicha configuración durante el proceso institucional sufrido por el país, en el paso de la sociedad hacendaria y rural, existente al momento de la expedición de la Carta constitucional de 1886, a una economía basada predominantemente en relaciones capitalistas de producción y mercado? ¿Cómo se han expresado las exigencias racionalizantes sobre la actividad jurisdiccional, emanadas de la economía

de mercado y la lógica capitalista, y cuál ha sido la capacidad de adecuación de la organización jurisdiccional?

Estas y otras importantes cuestiones son tratadas en el estudio. Pero, como lo anota su autor, consciente del alcance del mismo, un conocimiento acabado de la problemática de la justicia solo se alcanzará mediante un proceso acumulativo de investigación interdisciplinaria.

ÁLVARO JOSÉ MEDINA GUTIÉRREZ
Abogado Colectivo Ruptura
Bogotá, D. E., octubre de 1988.