

Revista Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales, Octubre-Diciembre de 1986, año 9, N° 36.

El contenido de este nuevo número de tan importante publicación argentina, recibida en canje, se distribuye en siete secciones: "Doctrina", "Jurisprudencia", "Legislación Nacional", "Debates", "Bibliografía", "Informaciones" y "Revista de Revistas".

En la sección de doctrina el profesor ROBERTO BERGALLI, bajo el título "Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España", realiza una acendrada crítica al principio de la resocialización que orienta la ejecución penal, analizando, a la luz de los significados semánticos del término *ideología*, el decurso histórico y el fundamento legitimador de dicho principio. Lo que le permite plantear una premisa básica: "La resocialización traduce una ideología, pero a la vez es ideológica en sí misma" (pág. 580).

En tal afirmación BERGALLI condensa dos pretensiones: de un lado, desentrañar la falacia que encierra la resocialización como fin ejecutivo-penal, al ser su consagración el producto de una representación parcial y engañosa de la cuestión criminal. Y de otro, señalar cómo la crisis de la privación de la libertad y el fracaso de la cárcel paradójicamente han privilegiado y resucitado el uso terrorista y amedrentador de la pena, enfatizando así las quimeras de la meta resocializadora; para concluir, finalmente, que "seguir alimentando el sistema penitenciario en la perspectiva criticada, significa trabajar en el vacío, seguir un callejón sin salida" (pág. 595). Igualmente, la sección de doctrina contiene un amplio trabajo de investigación intitulado "La inculpabilidad provocada, aspectos de política criminal", donde se desarrolla el tratamiento jurídico penal de los delitos cometidos en situación de inimputabilidad, provocada por la ingestión de alcohol o de estupefacientes.

El estudio en mención, a cargo de JULIO VIRGOLINI y MARÍA CRISTINA CAMIÑA, empieza reseñando los tres enfoques que se han contemplado para la solución de este problema: desde el tradicional, que califica como dolosa toda conducta típica ejecutada en una situación de inimputabilidad procurada en forma voluntaria, pasando por la *actio liberae in causa*, que, al reconocer grados a la imputación delictiva de acuerdo con las distintas formas de relación entre el hecho y su autor, supone un avance respecto a la tesis anterior al atenuar sus rigurosas consecuencias; hasta desembocar ulteriormente en la teoría del tipo culposo, la cual es, a juicio de los autores, la solución jurídica más indicada. Esto, porque las dos primeras posiciones esbozadas, consagran una suerte de responsabilidad objetiva, pero, sobre todo, permiten un tratamiento diferencial de los delitos cometidos en estado de inculpabilidad provocada, con respecto al tratamiento dispensado a la generalidad de los supuestos delictivos, en las cuales es exigida la total concurrencia de las condiciones *sine qua non* de la punibilidad.

Se detienen, luego, en una pormenorizada explicación acerca de los motivos que dan pie a esta discriminación destacando, entre otros, la actitud de la comunidad frente a ciertos grupos o personas que reúnen las características comúnmente adjudicadas a los alcohólicos o los drogadictos. Actitud que degenera en un proceso de etiquetamiento y categorización, que traslada a un segundo plano la consideración estricta del hecho, para formular el juicio de reproche sobre la personalidad de su autor, propugnando por un manejo más igualitario del fenómeno de la ebriedad y de la toxicomania que no vaya en desmedro de los principios de legalidad y culpabilidad.

La sección de jurisprudencia se inicia con los comentarios que ALBERTO M. BINDER hace a un fallo proferido por la Cámara Nacional de Apelaciones, con base en el artículo

128 del Código Penal argentino, que sanciona la pornografía. Y si bien en Colombia dicha conducta no está tipificada penalmente, este trabajo reviste importancia pues aborda el tema desde un punto de vista político criminal lo cual denota el verdadero carácter instrumental del derecho, al establecer la íntima conexión existente entre las diversas concepciones de la sociedad y del Estado con la determinación del bien jurídico protegido. En consecuencia, y ante el costo social grave que implica la represión de la pornografía al posibilitar la prohibición de manifestaciones culturales y artísticas válidas, propone la entrega del juzgamiento de los conflictos suscitados en este ámbito a tribunales conformados por simples ciudadanos, interesante mecanismo de participación que cobra aplicación práctica en todas aquellas materias que, como la pornografía, están sujetas en última instancia a las valoraciones e intereses de un sector de la sociedad.

Integra así mismo esta sección, la providencia emanada de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, fechada el 25 de mayo de 1986, comentada por FERNANDO MOLINAS, en su artículo "El deber de cuidado del automovilista y del peatón: el problema del riesgo"; donde se plasma un exhaustivo análisis de la estructuración de los delitos culposos en los accidentes de tránsito.

El autor comienza cuestionando el enfoque causalista que define el concepto de culpa como la infracción de normas reglamentarias y la mera producción de un resultado, afirmando que "pretender asimilar la infracción al deber de cuidado de la infracción de normas administrativas, es responsabilizar objetivamente al autor por el resultado que produjo prescindiendo del valor o desvalor de su conducta y de su concreta culpabilidad" (pág. 635). De ahí que acoja plenamente el esquema finalista de la acción en los tipos culposos.

Pero, sin duda alguna, el mayor acierto del fallo, según MOLINAS, lo constituye "La valoración del riesgo creado por el lanzamiento de un artículo al tránsito urbano y el riesgo

asumido por los integrantes de la sociedad como consecuencia de aquel" (pág. 638).

Por consiguiente, en cuestiones de tránsito automotor, "también el peatón tiene que cumplir con el deber objetivo de cuidado de no crear con su conducta imprudente riesgos que puedan derivar en acontecimientos dañosos" (pág. 640).

En la *sección de legislación nacional* se incluye el proyecto de Código de Procedimiento Penal para la República de Argentina, como resultado del propósito estatal de efectuar un cambio global en la administración de justicia penal, y ante la necesidad creada en virtud del regreso al ejercicio constitucional del poder.

Comprende además la revista, en su *sección de debates*, la polémica suscitada entre los profesores EDUARDO NOVOA MÓNREAL y LOLITA ANIYAR DE CASTRO en torno al futuro de la criminología crítica, discusión esta en la que también interviene ROBERTO BERGALLI.

En la *sección de informaciones* se rinde un homenaje a ALFONSO REYES ECHANDÍA con la publicación del prólogo del libro colectivo que ha impreso la Editorial Temis en su memoria.

Finalmente, y a través de las *secciones de bibliografía y revista de revistas*, se nos ofrece un panorama de los libros y publicaciones de mayor actualidad.

SANDRA CRISTINA MORA SOTO
Abogada egresada de la Fac. de Derecho U. de Medellín.

Revista Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales. Enero - Marzo de 1987, Año 10, N° 37.

Este número de tan prestigiosa publicación argentina comienza con la *sección de doctrina*, encabezada por un artículo titulado "El fenómeno de la droga en España. Aspectos penales", escrito por el profesor MARINO BARBERO SANTOS, quien destaca la gravedad del problema de la droga, que traduce su costo social en el creciente aumento de los delitos

hasta llegar, incluso, a convertirse en un problema nacional. El autor hace luego un recuento histórico de la evolución del asunto hasta llegar a los años setentas, época en la cual, por primera vez, se plantea la reforma del artículo 344 del Código Penal español.

Señala el catedrático español cómo encuestas recientes de organismos nacionales e internacionales, revelan resultados alarmantes sobre la gravedad del problema de la droga en España. Es justamente en este punto donde el autor analiza el concepto de droga en el C. P. español, y en especial se refiere a la reforma de 1983 y su relación con el Convenio de Viena de 1971.

Afirma, así mismo, que por falta de precisión de la norma acerca del concepto legal de droga en el C.P., puede suceder que sean consideradas como drogas otras sustancias que tengan características similares; por ello es necesario que se haga una clara precisión sobre esta problemática, enumerando taxativamente las sustancias que tengan la calidad de droga, sin olvidar la entidad del fenómeno y las experiencias de otros países: "es de esperar que en la preparación del nuevo Código Penal se tenga conciencia de la magnitud y complejidad del fenómeno de la droga y se tomen en cuenta las experiencias de otros países y las enseñanzas del derecho comparado" (pág. 18).

Actualmente, precisa, en el ámbito represivo el fenómeno de la droga en España se prevé en tres cuerpos legales distintos: el Código Penal, la ley del contrabando y la ley de peligrosidad y rehabilitación social. Al respecto, el autor hace un breve análisis del contenido de cada uno de estos preceptos, destacando aspectos importantes como la despenalización del consumo de droga y el concepto de tráfico.

Para finalizar su aporte, el expositor español se refiere a conclusiones a las que han llegado algunas investigaciones, según las cuales debe procurarse que las sanciones penales —en lo posible medidas alternativas— sean asociadas a medidas terapéuticas aptas para modificar la adicción del sujeto.

La criminóloga venezolana ROSA DEL OLMO, por su parte, publica un interesante trabajo intitulado *Criminología y derecho penal*, que corresponde a una conferencia dictada por ella en la Universidad de Santo Tomás de Bogotá (Colombia), en febrero de 1987; advirtiendo, en principio, que siempre le ha importado más el ser de la criminología que el estudio del deber ser. Las disertaciones se circunscriben a plantear las relaciones entre criminología y derecho penal, partiendo del debate NOVOA-ANIYAR-BERGALLI, publicado en números anteriores de la revista reseñada. Después de hacer un corto resumen de las diferentes posiciones de los autores en debate, la autora concluye su balance afirmando que entre ellos no hay una plataforma común debido a los diferentes puntos de partida de cada uno.

A manera de conclusión, plantea la destacada criminóloga que la criminalidad no puede quedarse solo en lo jurídico normativo, sino también meterse en lo social y plantearse respuestas concretas.

Una criminología crítica, bien entendida, debe ocuparse de todas las formas de control social y de la criminalidad como trasunto de la realidad. Concluye su aporte proponiendo una síntesis entre derecho penal y criminología, tanto en lo teórico como en la búsqueda de respuestas, de modo que penalistas criminólogos y criminólogos penalistas, cada uno desde su campo, hagan un análisis necesario del problema de la criminalidad.

"Perfil y testamento juspenalístico de Giuseppe Bettiol", es la contribución del profesor LUCIANO PETTOELLO MANTOVANI. Este escrito aparece como prefacio para la obra *Los últimos escritos y la lección de despedida*, de BETTIOL. Destaca el prologuista italiano que el carácter peculiar de la ciencia penalística de tan insigne jurista se cimenta en que a través de los caminos de su derecho penal, en contacto con las cuatro partes que lo componen, es decir, norma, delito, delinquentes y pena, se descubre cada vez más el reflejo, no ya de las restricciones sistemáticas que in-

forman la dogmática jurídica, sino de principios llamados a resolver jurídicamente el problema de la colectividad. En breve análisis de la obra y carrera del maestro, MANTOVANI afirma que BETTIOL era un jurista de la política y un político del derecho, figura que se plasmaba tanto en sus discursos como en sus enseñanzas universitarias. Por último, sostiene que la clave para entender los escritos del fenecido jurista está en las conclusiones filosóficas agustinianas, pues todo el sentido que inspira el marco de su obra depende de aquello que se piensa en relación con el hombre.

La sección de jurisprudencia comienza con un importantísimo trabajo titulado "La posición de garante del médico", escrito por HERNÁN VÍCTOR GULLCO. En él se analiza una sentencia mediante la cual la Cámara Criminal y Correccional de Buenos Aires revocó decisión de primera instancia en la que se condenaba a un médico cirujano como autor del delito de homicidio culposo.

Para su análisis el autor sienta como premisa lo afirmado por ambas instancias, en el sentido de que el médico tiene a su cargo una obligación genérica de atender a los pacientes, y la omisión puede ser equiparada a una acción de las previstas en el C. P. Al respecto afirma que suponer una obligación genérica de evitar los hechos lesivos para terceros implica un enorme peligro para un derecho penal liberal, a más de violar el principio de legalidad. Es necesario, entonces, especificar las obligaciones de las personas y poder deducir así la posición de garante frente a un determinado peligro, como se desprende del recuento que hace de las diferentes teorías sobre las fuentes de la posición de garante, analizando, con base en la teoría material, si en el caso existía o no una específica posición de garante.

Al efecto, en primer lugar, descarta la existencia de un contrato entre médico y paciente; no acepta que haya habido asunción voluntaria de tal posición (el médico desde el principio se negó a hacer la intervención), y concluye

que el galeno del caso no tenía posición de garante. Tampoco su conducta es susceptible de ubicarla en el tipo contenido en el artículo 108 del C. P., pues faltan requisitos para la tipificación.

Un excelente trabajo constituye el aporte hecho por el profesor MARCELO A. SANCINETTI, con el texto de la conferencia de Salamanca (España), en la cual hace un *Análisis crítico del juicio a los excomandantes en Argentina*.

Para iniciar, el autor nos ubica en el contexto de lo sucedido, afirmando que en el mismo momento en que se dieron los hechos materia del juicio, en las facultades de derecho se enseñaban las garantías y libertades inherentes a una sociedad civilizada, mientras afuera el régimen dictatorial violaba todas y cada una de ellas, basado en una hipotética defensa de la seguridad nacional. La justificación del juicio a los excomandantes no radicaba en la mayor prevención especial, ni en una futura disuasión, sino en que con la aplicación de las penas correspondientes se autoconstataran los valores protegidos por las normas violadas. Según SANCINETTI, el gobierno desde el principio adoptó frente al juicio una estrategia de "autodepuración" que comportaba dos escalones: juzgarían los propios militares y, si esto fracasaba, lo harían los jueces civiles de la dictadura.

Al pasar el proceso a manos de los jueces civiles, se observa que hubo una inexcusable aceleración de todos los actos procesales de mayor trascendencia, y una reducción de los casos materia de juicio a una ínfima parte (menos del 8%), no obstante que el mismo C. P. argentino le impone al fiscal perseguir todos los delitos. Otra grave omisión del proceso la constituye el hecho de no haber ninguna imputación por el delito de rebelión, y más tratándose de un régimen constitucional; es reprochable que este delito no haya sido objeto de juicios, y que a la vez se haya aumentado la pena para su comisión futura. Demuestra todo esto un profundo desinterés por parte del gobierno con respecto a lo que ocurrió.

En un aparte diferente el autor analiza la sentencia, y para ello comienza descubriendo el plan de acción de las juntas militares durante la mal llamada "lucha antisubversiva", que consistía en la mutua colaboración y ayuda entre los comandos del Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada. Este último punto plantea la existencia de tres problemas frente a la imputación de responsabilidad de cada jefe: la responsabilidad vertical (frente a los hechos, de los subalternos) implica una autoría mediata, aunque el tribunal lo trató como participación necesaria; la responsabilidad horizontal (frente a los hechos de los otros jefes), entraña una coautoría o complicidad necesaria descartada por el tribunal, y la responsabilidad temporal (frente a los hechos anteriores a la comandancia), implicó fijar el límite inicial y final, coautoría sucesiva. Igualmente, analiza otras cuestiones particulares como la prueba de la muerte, la tentativa y los criterios del tribunal al fijar la pena (en síntesis solo se aplicó el criterio comparativo, partiendo de la mayor pena impuesta en el juicio, para fijar las otras). Para concluir, SANCINETTI se muestra en contra de la opinión oficial, según la cual "se podría estar orgulloso del juicio", máxime cuando las estrategias conducían a la fijación de un "punto final" que evitara el juzgamiento futuro de militares.

La sección de legislación comienza con un artículo escrito también por MARCELO A. SANCINETTI, como complemento del anterior trabajo. El texto lleva como título "Validez y alcance del proyecto de Punto Final", y tiene como objeto analizar con criterios jurídicos frente al proyecto de la ley de "Punto Final", su legitimidad constitucional. El punto prioritario consiste en precisar qué clase de extinción de la acción penal es la que prevé el proyecto, al vincular el beneficio a la no concurrencia de un hecho en cierto plazo. ¿Opera la reducción retroactiva del plazo de "prescripción", o una "amnistía" condicionada? Para el autor el instituto planteado en el proyecto es una amnistía, que establece un

perdón de la acción vigente, condicionado y diferido al futuro. Con ella se requiere establecer la concordia social evitando que sobre un grupo de personas se mantenga un estado general de sospecha. La falla del proyecto sancionado por el Senado radica en que siempre sería necesario un análisis judicial para determinar si el hecho concreto está o no cobijado por la ley de amnistía.

Con respecto a la inconstitucionalidad del proyecto, SANCINETTI dice que los vicios son dos: 1) el hecho de querer amnistiar un acto no amnistiable (art. 29 de la Constitución — Terrorismo del Estado—), y 2) hace diferencia entre los sujetos beneficiados, basándose en circunstancias ajenas a la naturaleza de los hechos (arts. 16 y 67).

Culmina la sección de legislación, con un artículo del profesor JULIO B. J. MAIER, también referido al Proyecto de "Punto Final". El autor confiesa que el dictamen proferido por MARCELO SANCINETTI influyó mucho al momento de hacer su trabajo; por ello las apreciaciones de ambos con respecto a la institución que se consagra en el proyecto y a los vicios que la afectan, son prácticamente iguales, a excepción de algunas opiniones generales, como la de MAIER, según la cual la ley no va a lograr ningún efecto debido a su nexos con respecto a los hechos que ampara. Además de los defectos que presenta y el hecho de que pretende proteger solo a un grupo de personas, aparentemente por la presión que ejerce sobre el gobierno.

Para concluir, afirma que frente al proyecto los jueces tienen la posición más desagradable, pues deben enfrentar el dilema de procesar sin los elementos de prueba suficientes, o provocar la impunidad al tomarse el tiempo necesario para reunirlos, de modo que ya sea demasiado tarde para la persecución penal.

Contiene también la Revista, una sección de "debates", en la que se ventilan las diferentes posiciones de los profesores RICARDO C. NÚÑEZ y JAIME MALAMUD GOTI, frente a la aplicación del artículo 19 de la Constitución argentina.

En la sección de "bibliografía" se hace el comentario a algunas obras publicadas entre 1985 y 1986 (doctrina nacional e internacional).

Por último en la sección de "informaciones", se ilustra al lector acerca del desarrollo de las "IV Jornadas Científicas de la Magistratura", llevadas a cabo el año pasado en Paraná, Entre Ríos.

MARIO ALBERTO ARENAS A.
Estudiante Facultad de Derecho
Universidad de Medellín.

Revista Iusta. *Módulo de Derecho Penal*. Bogotá, Editorial Universidad Santo Tomás, Colección Iusta, núm. 7, 1987, pág. 188.

"Solo pensando se respeta al pensador" decía HEIDEGGER. Por eso nos parece trascendental que reflexionemos sobre el contenido de esta importante publicación, que traduce el afán de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, de extender a todos los estudiosos las conclusiones del Módulo Penal realizado por dicha institución.

Es, justamente, la universalidad de los temas la que descubre al lector la esencia crítica de lo expuesto en el contenido de cada uno de los trabajos aquí presentados: temas de derecho penal, política criminal, pruebas penales y criminología, son mirados y definidos con una inalienable formulación crítica.

Resultaría imposible ofrecer una visión completa de todo el contenido de este número, pero podemos destacar brevemente algunas ideas básicas siguiendo el orden de la exposición.

Esta entrega, en su sección de *Doctrina*, se inicia con un artículo del Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL denominado "Consideraciones en torno a la relación dogmática-política criminal", en el cual se plantea la necesidad de ampliar el aporte de la política criminal a la estructura del derecho penal, y el compromiso de aquella disciplina en la contención del poder político en relación con la pena y

al hecho de ser esta la consecuencia política de una errónea interpretación y desarrollo de la política criminal.

En torno al "poder y los jueces latinoamericanos; modelos contradictorios: los argentinos sumisos, los colombianos dignos hasta el heroísmo", discurre el profesor argentino ROBERTO BERGALLI, desenmascarando a los jueces y fiscales que actuaron durante el régimen militar argentino. Con nombres propios y un relato histórico de los hechos, cuestiona la legitimación que se dio a ese régimen del terror, cuando la postura que debió asumirse era la lucha contra la represión en el campo jurídico; tal modelo de conducta, según sus palabras, contradice el de nuestros jueces, centrado en la dignidad, como se evidenció con el sacrificio de los magistrados en la toma del Palacio de Justicia.

"Comentarios al Anteproyecto de Ley por medio del cual se adoptan medidas para la represión de los delitos vinculados con drogas" es el trabajo del profesor panameño CAMPO GÓZALEZ FERRER, el cual descubre la realidad política de la represión de estas conductas en toda Latinoamérica. La esencia de la legislación contra los delitos de drogas es, según el autor, el mecanismo jurídico multilateral propiciado y financiado por Norteamérica, que considera tales ilícitos de "seguridad nacional", propugnando la creación y aplicación de normas penales que los regulen. Esto es importante señalarlo, pues el autor manifiesta que su aplicación o creación debe estar mediatizada por un principio de soberanía nacional. A su turno, el catedrático español FRANCISCO MUÑOZ CONDE presenta un estudio intitulado "Don Luis Jiménez de Asúa y las modernas tendencias de la ciencia del derecho penal", en el cual hace una retrospectiva histórica de la influencia del citado profesor en la elaboración de las construcciones dogmáticas que irradian el derecho penal moderno. Precisa, del mismo modo, la tendencia de la labor conciliadora de la "nueva defensa social" en la lucha científica entre el causalismo y el finalismo, punto en

el cual hace un análisis de la función de la pena y del acercamiento del derecho penal a la sociedad, a la realidad social y a la democracia. Para finalizar, explica el proceso de criminalización primaria y la crítica de la criminología crítica a la criminología secundaria, y a los mecanismos de control.

Por su parte, el profesor tolimense ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN nos presenta "Algunas notas sobre el principio de legalidad", en las cuales aborda tal postulado desde los puntos de vista constitucional, jurisprudencial y doctrinario, realizando una estructuración lógica que les sirve de marco de referencia a sus conclusiones, entre las cuales se destaca su posición enfrente a la función garantista de la tipicidad, que debe ser inequívoca, determinada y definida (principio de tipicidad).

Con especial atención enuncia las formas juridicopenaes que violan tales apotegmas: los tipos abiertos, los tipos contentivos de elementos normativos, y los tipos abiertos necesitados de complementación tan acostumbrados por el legislador colombiano.

Termina haciendo un llamado al respeto de tales principios, los cuales son desconocidos por las normas abiertas, planteando como solución la excepción de inconstitucionalidad ejercida por el juez, en el caso concreto.

Un estudio de mucho interés es el que realiza el magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, Dr. CARLOS ERNESTO VALENCIA, intitulado "Un derecho penal deshumanizante". El solo título comienza expresando una de las verdades más caras a nuestro derecho penal: la aplicación de la ley penal no está desprotegida de una práctica política por parte del juez, y es por esto por lo que existe una ruptura del diálogo humanizado entre el legislador, el juez y el procesado.

Esto nos lleva a pensar que la comunicación debe ser restablecida y que compete al intérprete penal, después de comprometerse con su función legal, hacerlo.

Por último, se ocupa del sistema de persuasión racional y expresa, siguiendo a LUIS AL-

ZATE NOREÑA, que este debe centrarse en todos los medios legales posibles, siempre que la prueba sea conducente, apropiada y produzca convicción al juez. Es en este aparte del trabajo donde enfatiza la importancia del principio *in dubio pro reo*.

"Las necesidades del saber penal latinoamericano", es el tema sobre el cual discurre el profesor argentino ZAFFARONI, quien destaca la ausencia de una auténtica elaboración doctrinaria en materia penal. Tenemos, expresa, una buena cantidad de obras de autores nuestros pero basadas en sistemas jurídicos europeos; aprovecha, a su vez, para darle una función realista al Finalismo, fundamentándolo en su postura jurídica de las estructuras lógico-objetivas.

Más adelante hace un profundo análisis en torno a la realidad de la aplicación de la norma penal, y concluye: "No debemos engañarnos sobre el origen de las fallas de nuestro derecho penal, monstruoso en su orientación política, inadecuado en su lenguaje, mutilado en su estructura y divorciado de nuestra realidad. Si bien el juez encuentra las normas ya creadas, él se encarga de llevar a su máxima expresión, los fines implícitos no confesados de ese derecho" (pág. 100).

"Inconvenientes del actual sistema probatorio penal colombiano" es el trabajo del profesor bogotano JULIO E. ROZO ROZO, quien amplía los criterios de interpretación de las normas sobre pruebas que consigna nuestro nuevo Código de Procedimiento Penal.

Hace hincapié en los diferentes conceptos de pruebas y desplaza por aspectos diversos la ciencia y el arte, analizando con una secuencia lógica las diferencias fundamentales entre certeza, verdad y convicción. Esto le permite afirmar que en la división del proceso penal en sumario y juicio, la averiguación es la esencia de la primera, y la verificación es conatural a la segunda. También realiza una sucinta explicación de los diversos sistemas de apreciación de las pruebas: el sistema del íntimo convencimiento y el de la tarifa legal. Plantea, finalmente, que la gran cuestión es

saber si somos capaces de formular una elaboración crítica propia y traducirla jurídicamente.

El profesor alemán JOHANNES WESSELS, por su parte, se ocupa de la "Delimitación de los conceptos de homicidio punible, por solicitud de la víctima y participación punible en un acto de suicidio, de acuerdo al derecho penal alemán". Se plantea aquí el problema de la libertad del individuo al momento de la comisión del hecho punible, para lo cual se basa en un caso ocurrido en Alemania: un médico decide —respetando la decisión de no vivir tomada por su paciente y después de que este ingiere una dosis de tranquilizantes muy fuertes—, que si intenta salvarla es más grave desde el punto de vista clínico que si no lo hace, por las consecuencias que produce la intoxicación. El caso fue ventilado ante los tribunales alemanes, y el juez de primera instancia dictó sentencia absolutoria, contra la cual interpuso apelación el Ministerio Fiscal, conociendo la Corte Federal Suprema, la cual ratificó la decisión absolutoria, arguyendo que no es exigible actuar conforme a derecho cuando no existe la posibilidad ontológica de hacerlo de otra manera.

El Dr. ABELARDO RIVERA LLANO, de otro lado, alude a las "Posiciones actuales en torno al concepto de derecho penal", en un análisis de corte crítico y referido a un marco social determinado; lo cual le permite hacer un planteamiento sobre la función motivadora de la ley penal y de la pena; es decir, su incidencia en el conjunto de disposiciones que regulan la conducta social. Hace también hincapié en que el gran logro de la política criminal, es que las personas respeten los bienes jurídicos tutelados por la ley penal después de entronizados en su conciencia, en forma no solo libre sino por consenso.

Finalmente, el "Hurto sobre equipaje de viajero", es el tema que remata esta sección, y del cual se ha ocupado el magistrado vallecaucano JORGE ENRIQUE VALENCIA, quien, luego de un recuento histórico de la institución en nuestro derecho penal, hace un sistemático aná-

lisis que va desde la naturaleza de la agravante hasta las consideraciones sobre el sujeto activo, el sujeto pasivo, la conducta, la culpabilidad, etc.

Se ocupa también de los dispositivos amplificadores del tipo y de la punibilidad.

En la sección de *Jurisprudencia*, que se divide en penal y disciplinaria, aparecen diversas sentencias tanto de la Corte Suprema de Justicia como de algunos tribunales superiores del país, al lado de las del Tribunal Disciplinario, todas mostrando gran calidad jurídica y un alto valor pedagógico para el estudiante y el profesional.

Esperamos que la lectura de esta entrega de IUSTA por parte de aquellas personas que han decidido orientar su capacidad intelectual hacia el derecho penal, les sea totalmente fructífera y encuentren en sus páginas motivos suficientes para plantear una crítica desde la criminología, la política criminal y la filosofía, a ese derecho penal que materializa las relaciones de desigualdad social existente.

No nos queda más, ya para terminar, que dar nuestra voz de aliento a la Universidad Santo Tomás para que continúe por las sendas que ahora transita.

BERNARDO DAVID QUINTERO HERRERA
Estudiante de la Fac. de Derecho
Universidad de Medellín
Noviembre de 1987.

Estudios Penales y Criminológicos.
Vol. X, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, Imprenta Universitaria, 1987.

Nos es muy grato reseñar este volumen que fuera dedicado al profesor JOSÉ A. SAINZ CANTERO recientemente fallecido, por los profesores que han participado en los simposios del Instituto Universitario de Criminología y del Departamento de Derecho Penal de tan prestigiosa Universidad española. Tal complacencia se debe no solo a la categoría de los escritos allí expuestos, sino también a que fue precisamente el profesor AGUSTÍN FER-

NÁNDEZ ALBOR quien, con un gesto de especial deferencia para con nuestra Revista, nos envió la obra en comentario.

Se inicia la publicación con un trabajo del profesor ANTONIO BERISTAIN IPIÑA, intitulado "Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón". Es este un derecho que probablemente existe desde hace siglos pero que no ha encontrado el reconocimiento que merece a la luz de su esencia y de la naturaleza humana. El autor parte de una premisa fundamental: el control judicial penal es necesario en la sociedad de personas; la historia sociológica y la filosofía jurídica enseñan que, actualmente, sin sanciones penales resulta imposible la convivencia. Pero, advierte, esa necesidad de defendernos sancionando no indica que los criterios punitivos deban aplicarse siempre al pie de la letra, deben admitirse excepciones a título de gracia, porque una política criminal exclusivamente represiva está abocada al fracaso y se traduce en la injusticia.

El derecho penal y la criminología no deben ser instrumento unidimensional para juzgar y acusar, deben tenerse como la magna carta de la libertad y el arte de comprender, de perdonar, de mutua creación. BERISTAIN clama por un humanismo generoso, y en cuanto sea posible, por el perdón. Así mismo, propone como fórmula para hacer más viable el derecho al perdón la de dar mayor acogida al arbitrio judicial con posibilidades de ejercer el derecho de gracia, por medio del cual el juez perdona al sujeto después de declararlo culpable o le amonora la rigurosa aplicación de la ley penal, o se procura una eficaz reinserción del delincuente en la sociedad. Así se avanza en la necesaria y reclamada descriminalización.

"La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español", es el artículo que publica el profesor de la Universidad de Zaragoza JOSÉ CEREZO MIR y que, en realidad, corresponde al acápite correspondiente al volumen segundo de su *Curso de derecho penal español*, en vías de publicación. En él empieza por referirse a las clases de estado de nece-

sidad (justificante y exculpante), precisando que no es la igualdad o desigualdad de los bienes, sino el conflicto de males el criterio que debe primar para hacer tal distinción. A continuación hace un recorrido histórico de la regulación española, para pasar luego al fundamento y naturaleza del fenómeno en estudio, donde aborda las diversas posiciones que se sostienen en la doctrina española, empezando por la teoría dualista otrora sostenida por ANTÓN ONECA y que es la dominante, y continuando con la teoría monista de GIMBERNAT que lo entiende como causal de justificación. Es en este punto donde aprovecha para hacer una revisión crítica de toda la doctrina hispana sobre el tema, fijando su posición personal, y examinando finalmente los que considera son los requisitos que debe reunir la figura.

Por su parte, el catedrático de la Universidad de Barcelona, JUAN CÓRDOBA RODA, expone sobre "Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes de sociedades mercantiles en derecho español", trabajo que divide en dos acápites: uno dedicado a las principales infracciones a las que suele acudir el legislador español para sancionar la delincuencia económica: estafa y falsedad, delitos contra la hacienda pública o delitos fiscales, y los delitos de control de cambios o delitos monetarios; el otro, referido a la responsabilidad penal de los representantes de las sociedades mercantiles ante la lógica irresponsabilidad de la persona jurídica y la dificultad de probar la intervención de aquellos en la comisión del hecho criminal.

"Llaves falsas y delincuencia patrimonial" es la temática que aborda MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ, profesora titular de la Universidad de Murcia, ocupándose de una variedad de aspectos técnicos y politicocriminales de notable interés en cuanto al robo con fuerza en las cosas, con utilización de llaves falsas como medio para eliminar el obstáculo protector interpuesto por el propietario del objeto, de acuerdo con la actual situación legal y jurisprudencial en España.

Además, discurre sobre lo que debe entenderse por llave falsa o ganzúa, y los casos en que la llave verdadera es sustraída, obtenida mediante engaño o retenida ilícitamente. Hipótesis estas en las cuales se configura también el robo con fuerza, ampliando así el concepto de fuerza cuando en realidad debería restringirse, según la moderna política criminal.

A su turno, el catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, se ocupa del espinoso tema de la causalidad, en un artículo en el cual se pregunta: "¿Qué es la imputación objetiva?". Según él, aunque la ley no lo mencione expresamente, debe considerarse que la imputación objetiva es un elemento normativo del tipo, que concurre con los elementos ontológicos y axiológicos del mismo para que pueda hablarse de conducta típica. Ello se deduce del sentido y fin de las prohibiciones penales y de los principios que las inspiran.

Realmente nos parece importante y novedoso este concepto de imputación objetiva como elemento de la tipicidad, problemática que debería empezarse a discutir en nuestro país y que ofrece un muy interesante complemento con el artículo del profesor ÁNGEL TORIO LÓPEZ, que aparece en esta misma publicación, intitulado "Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma". Este autor afirma que cuando el resultado no está en el fin de protección de la norma, hay que negar la imputación objetiva aunque exista el nexo causal. Se plantean así nuevas salidas al antiguo problema de la producción de un resultado por desviación o interrupción del curso causal, afirmando que se presenta una coexistencia de riesgos, no concurriendo el originario que es el que regula la ley penal, por lo cual no habrá lugar a la imputación objetiva.

Según TORIO, la tipicidad no se agota en la concordancia lógicoformal, sino que debe integrarse con la perspectiva material, buscando dar cabida al método teleológico y valorativo, restándole formalismo a la jurisprudencia y vinculándola más con la realidad.

"La tímida despenalización del aborto en España", es el trabajo del catedrático de la Universidad de Murcia, GERARDO LANDROVE DÍAZ, quien inicialmente identifica 5 posturas ideológicas ante el aborto (desde la conservadora extrema hasta la liberal más radical), para luego denunciar cómo el tema ha llegado a ser politizado y manipulado tendenciosamente, formulando una conclusión evidente: enviar a prisión a una mujer que se ha visto forzada a tomar tan dramática decisión nada resuelve.

Finalmente, expone otros aspectos como los riesgos que implica el aborto clandestino realizado en deficientes condiciones sanitarias, la existencia de un creciente turismo abortivo, la altísima cifra negra de criminalidad, su difícil comprobación y la mayor despenalización en el plano europeo.

Publica también el conocido criminólogo español MANUEL LÓPEZ REY Y ARROJO, recientemente fallecido, un trabajo sobre "Las dimensiones de la criminalidad". La criminalidad es hoy un gravísimo problema socioeconómico y político, que afecta prácticamente a toda la población mundial. Los datos existentes, que el trabajo aporta, demuestran un rápido aumento de la tasa de criminalidad en todo el mundo, especialmente la "no convencional" que relaciona diversas modalidades de poder. Muestran también el aumento en el número de delincuentes y el crecimiento de la delincuencia en las altas esferas: política, económica, laboral, religiosa, y la delincuencia organizada de la sociedad posindustrial. Estos datos cuestionan la validez de la rehabilitación como meta de la justicia penal, cuando su verdadera finalidad debe ser la justicia social.

El autor termina por hacer un llamado a cada país para que estudie el monto de criminalidad que puede soportar sin perturbar su desarrollo, pues si no tiene una idea razonable de la extensión de su criminalidad, las políticas criminales serán infructuosas y facilitarán el aumento de determinadas modalidades.

"La creencia errónea de estar actuando ilícitamente", es el trabajo del catedrático de

la Universidad de Sevilla FRANCISCO MUÑOZ CONDE. Con la claridad expositiva que lo caracteriza discurre ahora sobre el error de prohibición, su relación con las teorías del dolo y de la culpabilidad, sus consecuencias punitivas, la vencibilidad o no del error, las discusiones sobre las relaciones con el error de tipo, así como su ubicación legislativa. Discusiones estas que si bien obedecen a la práctica legislativa española, bien pueden contribuir al debate que la doctrina colombiana ha suscitado en relación con los incs. 3 y 4 del art. 40 del C. P.

Por nuestra parte queremos resaltar como un gran mérito de este estudio, el no haberse quedado en el problema meramente dogmático planteando paralelamente una posición política crítica en frente al derecho penal, evitando que este se convierta, como el mismo autor lo afirma, en un mecanismo de poder que perpetúe unos determinados valores e intereses al admitir un cierto grado de discrepancia y aun de "creencia diferente".

El catedrático GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO escribe sobre "La relación concursal parricidio-asesinato, después de la reforma de 1983". La legislación penal española distingue el parricidio del homicidio agravado, y la reforma de 1983 consagró para este último una pena considerablemente mayor, la cual es contraria a su tradición legislativa que suele considerar ambos hechos por lo menos de igual gravedad.

El autor hace todo un análisis de la legislación y la jurisprudencia al respecto, para concluir que tal reforma no pasa de ser un absurdo al sostener que la muerte alevosa de un pariente es menos grave que la muerte alevosa de un extraño.

Finalmente, RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES, catedrático de Oviedo, publica un estudio sobre la "Concurrencia del cheque en descubierto y estafa", para lo cual expone el marco dentro del cual gira el problema, dando especial atención al interés tutelado por cada tipo penal para, con base en él, decidir si entre estos dos delitos hay una relación de especialidad, alternatividad o concurso de delitos.

Cuando ya teníamos en prensa el presente número de nuestra publicación, nos ha llegado la triste noticia de la sorpresiva muerte del profesor AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR, quien se caracterizó por su desinteresada colaboración para con nosotros, así como por su estímulo permanente. Sea esta la oportunidad para unirnos al dolor que embarga al mundo juridicopenal español, y solidarizarnos con quienes sienten tan grande vacío.

JORGE ENRIQUE VALLEJO JARAMILLO
Abogado egresado de la Fac. de Derecho de la U. de Medellín
Octubre de 1987.