

FRANCISCO BUENO ARÚS, JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI, CARLOS GARCÍA VALDÉS, LUIS GARRIDO GUZMÁN, JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO y BORJA MAPELLI CAFFARENA: *Lecciones de derecho penitenciario*. Alcalá de Henares, Ed. Universidad Alcalá de Henares, 1985, 206 págs.

El libro que hoy reseñamos corresponde a la compilación de las ponencias presentadas en las I Jornadas de Derecho Penitenciario, realizadas en la ciudad de Alcalá de Henares en mayo de 1984, que abarca los diversos tópicos sobre la materia, tal como veremos en seguida.

La primera, escrita por FRANCISCO BUENO ARÚS, está dedicada a la *Historia del derecho penitenciario español*, autor que no se limita a la mera exposición de los diversos textos normativos, sino que explica el desarrollo de la pena privativa de la libertad a partir "de su entorno y sus cambios, así como de las teorías que han contribuido a su justificación y a su crítica" (pág. 10).

El *Derecho penitenciario español* [notas sistemáticas], es el tema desarrollado por CARLOS GARCÍA VALDÉS en la segunda ponencia, quien nos introduce inicialmente, en la naturaleza del derecho penitenciario como disciplina autónoma del ordenamiento jurídico-penal, entendida como "el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de la pena y las medidas preventivas de libertad" (pág. 37). Su marco de referencia es la Ley General Penitenciaria del 26 de septiembre de 1979, reglamentada el 8 de mayo de 1981, desde el cual enfoca diversas instituciones como los instrumentos de régimen, los métodos de tratamiento, el juez de vigilancia, el fin de la ejecución penal, etc., así como una serie de aspectos que conforman el derecho penitenciario y que permiten al lector comprender su esquema básico, buscando la humaniza-

ción y la liberación interior del internamiento, al fin y al cabo un "mal necesario".

La tercera ponencia, intitulada *Régimen penitenciario*, a cargo de LUIS GARRIDO GUZMÁN, aborda básicamente dos temas fundamentales: el régimen penitenciario y los establecimientos penitenciarios. El primero se entiende como "el conjunto de normas que regulan la convivencia y orden de los establecimientos penitenciarios determinando los derechos y prestaciones que corresponden al recluso como ciudadano que es del Estado" (pág. 61); para su mejor comprensión el autor expone el conocimiento de sus límites como institución, su organización y su carácter de medio para el tratamiento, que es el fin; y, por ende, sus notas de subordinación y coordinación al ser el marco externo y preciso para el tratamiento y custodia de los internos.

En torno a los establecimientos penitenciarios expone su clasificación (atendiendo a criterios de seguridad, libertad o finalidad), su ubicación, su construcción y arquitectura, destacando que "de nada sirve una legislación avanzada y progresista si no se cuenta con los medios materiales suficientes para poderla llevar a buen término" (pág. 90).

Al *Trabajo penitenciario, un deber (no obligación) y un derecho de los privados de libertad*, dedica JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI, la cuarta ponencia de la obra que se comenta. Luego de señalarnos la importancia capital que tiene el trabajo como elemento del régimen penitenciario para los fines resocializadores, recalca insistentemente "en la necesidad de que haya una asimilación total, en todos los aspectos, económico social y jurídico entre el trabajo penitenciario y el trabajo libre, porque solo así el interno se sentirá integrado a la comunidad y participando con su esfuerzo en el desarrollo económico y social" (pág. 105). Pone de manifiesto la discriminación legal entre los internos condenados y los preventivos, al establecer solo respecto

de los primeros una auténtica obligación reglamentaria: el trabajo obligatorio, mientras que para los segundos es voluntario.

Lo anterior hace que "la obligatoriedad del trabajo sea barrera fundamental para la estructuración de un trabajo penitenciario re-socializador" (pág. 130), conclusión que el autor explica de manera prolija, propugnando la abolición del trabajo penitenciario obligatorio y clamando porque para todos los reclusos, sea cual fuere su condición, el trabajo se constituya en un derecho y en un deber ideal jurídicamente inexigible.

El profesor de la Universidad de Cádiz, BORJA MAPELLI CAFFARENA, se ocupa del *Sistema progresivo y el tratamiento*, en la quinta ponencia, dividiéndola en dos temas esenciales: de un lado los límites dentro de los cuales se mueve la institución del tratamiento penitenciario; y, del otro, las alternativas jurídico-positivas que existen para los internos que, por una y otra razón, no están dependiendo de ningún tratamiento y para los cuales la legislación tiene diseñado un régimen penitenciario muy deficiente.

Como alternativa plantea el sistema progresivo clásico como el más adecuado para tales internos, en contraposición al sistema semirrígido, de orientación manifiestamente subjetivista que solo cobija a quienes mostraron su deseo de colaborar con el tratamiento. El progresivo es más viable, por fincarse en criterios objetivos.

Finalmente, es JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO quien culmina la obra realizando un detallado análisis de la institución del juez de vigilancia, operante en algunos países (España, Francia, Italia, Portugal, etc.), el cual "no solo se ocupa de la ejecución y aplicación de las penas entendido como desarrollo del fallo sino que también se extiende al control de la normativa penitenciaria en relación con un penado concreto, llegando aún a la posibilidad de cursar instrucciones de órdenes generales a los responsables de la administración" (pág. 176).

El juez de vigilancia se torna así en garante del correcto funcionamiento de los establecimientos penitenciarios y del sujeto de las garantías penitenciarias emanadas del princi-

pio de legalidad, evitando de ese modo que el cumplimiento de la sentencia (contenido mismo de la pena) sea ejecutado extramuros de dicho principio rector con base en simples reglamentos, órdenes, circulares, llegando hasta las "penas en blanco".

Después de haber enunciado someramente los lineamientos generales que informan el libro, considero que si aspiramos a alcanzar un verdadero Estado de Derecho y a propugnar una ideología liberal en el campo penal, no podemos perder de vista la ejecución en el plano fáctico de una pena privativa de la libertad humanitaria, judicializando su cumplimiento, reforzando las garantías de su ejecución. De ahí la importancia de libros como este, que nos permiten conocer lo que se propone y se lleva a cabo en otros países y que nos pueden servir de guía para superar el caótico panorama que ofrecen las cárceles colombianas, verdaderas escuelas de crimen y de corrupción, carentes de un verdadero derecho penitenciario.

Sandra Cristina Mora Soto
Estudiante de la Fac. de Derecho de la Universidad de Medellín.
Febrero de 1986

JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS: *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1985, 219 págs.

Indiscutiblemente, el libro que ahora nos presenta el dr. DÍEZ RIPOLLÉS, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Málaga (España), confirma su especial aptitud para el estudio de la tipificación penal de las conductas sexuales, así como su fervoroso interés por obtener una sistemática y justa regulación de ellas para su país; orientado siempre por unos muy liberales principios filosóficos y políticos, y acogiendo una moderna concepción sociológica del sexo.

El trabajo en mención estudia aquellos aspectos problemáticos que se presentan en relación con los comportamientos sexuales susceptibles de punición, haciendo algunas refe-

rencias a consideraciones que, según el autor, deben inspirar la legislación penal sexual. En tal sentido, parte de un detenido análisis científico de cada uno de los tipos penales sexuales, escudriñando aun sus aspectos más nimios y planteando todo tipo de cuestionamientos que podrían llevar a una mejor estructuración de los mismos, así como a una mayor coherencia de los tipos entre sí y con la demás codificación.

De acuerdo con la constante y estricta sistematización que se propone a lo largo del texto, el estudio de los tipos se ordena según un *continuum* valorativo que en orden decreciente transita desde la violación hasta las conductas sexuales provocadoras, siempre en torno a la libertad sexual del individuo. Este *quantum* valorativo se mantiene a través de los nueve capítulos de que consta el libro, en aras de la coherencia sistemática y la claridad expositiva, y puede ser: ya las formas en que se incide en la libertad de decisión de la víctima, ya la entidad de la conducta sexual objetiva con la que se incide en la libertad sexual del sujeto pasivo. Este interés científico en lograr una correcta organización de los tipos penales nos sugiere que la pretensión de este libro es la de constituirse en una especie de manual que compendie unitariamente las modernas y vastas reflexiones referentes a las conductas sexuales punibles; es así como permanentemente se confrontan diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales, llegando eventualmente el autor a realizar propuestas personales que son ampliadas y complementadas por una descripción sistemática de la regulación legal existente en determinados países, que se consideran de interés en virtud del elevado nivel de sus aportes al derecho penal como son Alemania, Austria, Portugal e Italia.

Por otro, lado, ya más específicamente, en esta obra se abordan problemas tan interesantes como los de violación conyugal; violación de prostitutas; autoría de propia mano, cuestionando la posibilidad de coautoría o autoría mediata; la identidad del bien jurídico tutelado; el concepto de actividad sexual; el carácter público o privado de estos delitos, y otras muchas facetas de este tema.

De acuerdo con lo anterior y siendo consecuente con sus planteamientos filosóficos y sociológicos, DÍEZ RIPOLLÉS manifiesta su inconformidad con el hecho de que aún se sostenga el concepto de honestidad como bien jurídico tutelado por el Código Penal español y trata de desvirtuarlo alegando que la honestidad es un factor individual que hace parte de la personalidad del ser humano, y que en tal virtud solo puede ser destruido por los propios actos y no por eventuales agresiones sexuales de que puede ser víctima su poseedor. Propone, en cambio, la adopción del concepto de libertad sexual individual como bien jurídico que se ha de tutelar, respaldándose ampliamente en pronunciamientos de *lege data* y *lege ferenda*, así como en principios que deben orientar una sociedad pluralista y que deben recalcar el carácter fragmentario del derecho penal que como tal debe ocuparse de los injustos más graves atenuando las concepciones puramente moralistas. Señala que el ejercicio de la sexualidad es una de las esferas más prometedoras para la autorrealización personal y en el que la libertad sexual adquiere plena expresión y significado con una configuración individual; por lo tanto debe promoverse la diversidad de opciones en el ámbito sexual, evitando reprimir tales conductas alegando simplemente la protección de sentimientos sociales. Dicha represión solo será posible cuando la conducta del agente viole, menosprecie o insulte la opción personal que sobre el comportamiento sexual ha tomado otra persona.

El derecho penal sexual ha de limitarse a penar aquellas conductas que imposibiliten el libre ejercicio de la sexualidad, a tenor de la concepción global que de ella cada individuo sustente (pág. 21). Lo que un derecho penal sexual moderno verdaderamente pretende es posibilitar las diversas opciones personales en el campo sexual; o sea, garantizar un ejercicio de la sexualidad en libertad.

Queda así planteada de una manera sintética y modesta, parte del pensamiento que inspira esta obra. En relación con ella consideramos, por último, que si bien es cierto que se constituye en un compendio de la actual problemática doctrinal en España y promulga

el pensamiento liberal que la cultura europea adopta frente al sexo (difícilmente comprensible por nosotros), también es cierto que entra a enriquecer el estudio de esta materia en nuestro medio, ya que los planteamientos que propone el autor con similares a los acogidos por el decreto 100 de 1980.

Jorge Enrique Vallejo Jaramillo
Estudiante Facultad de Derecho Universidad
de Medellín.
Medellín, febrero de 1986.

FEDERICO ESTRADA VÉLEZ: *Derecho penal*.
Parte general, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986, XII + 432 págs.

El Dr. FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, ex magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, senador de la República en ejercicio, director del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Medellín, entidad en la cual regentó la cátedra de Derecho Penal, es suficientemente conocido en el ámbito del derecho penal colombiano, no solo por su participación en la redacción del actual Código Penal, sino por ser autor de diversas obras y ensayos sobre la materia, además de reconocido conferencista.

El texto que hoy pone a disposición de los estudiosos, con la intención de contribuir al desarrollo de las disciplinas penales y al debate doctrinario y jurisprudencial, es el fruto de sus experiencias en el campo docente, de la magistratura y del ejercicio profesional. Con él aspira a dar un enfoque demoliberal de nuestro derecho represivo, a partir de la concepción neoclásica de la dogmática jurídico-penal, aunque sin beber directamente de las fuentes alemanas e influido notablemente por su otrora profesor en la Universidad de Roma FILIPPO GRISPIONI.

De entrada, el *Derecho penal* en reseña aparece como un libro bien documentado, gracias a la profusión de largas citas textuales que se hacen directamente del italiano o de las traducciones alemanas, complementadas con la doctrina colombiana. Sin embargo, una

atenta lectura nos muestra una obra desactualizada bibliográficamente, en la que la mayor parte de los capítulos está conformada por verdaderos ficheros, más o menos organizados, perdiéndose por ello el imprescindible aporte personal y terminando el lector interesado inmerso en un farragoso mar de acrílicas transcripciones.

A lo anterior, sùmense los frecuentes yerros metodológicos y las falencias sistemáticas que le restan profundidad y claridad al esquema del delito que se quiere levantar y el tono no académico que se emplea a veces en el lenguaje, eludiendo el debate serio y ponderado, para colgarle al contradictor el cliché de moda. Tras estos vacíos, aparecen versátiles párrafos incrustados más o menos calculadamente, con los cuales se quiere convencer al lector de que el enfoque propuesto es "liberal", "humanista" y respetuoso del Estado de Derecho.

La obra de ESTRADA no es en verdad un texto elaborado, llamado a sentar posiciones que posibiliten el avance de nuestro derecho penal, sino que su cometido es meramente recopilador, sin que pueda llegar profusamente a sus destinatarios normales (estudiantes, catedráticos, administradores de justicia), alejándose aún más del lector no especializado.

El trabajo en comentario consta de cuatro partes, precedidas de unas "Nociones Preliminares", donde se ocupa de las disciplinas que estudian las normas penales, los reos y los delitos, así como las auxiliares del derecho penal.

La *Parte primera*, dedicada al derecho penal, está dividida en varios capítulos en los cuales sucesivamente expone las generalidades (cap. I), la reseña histórica del derecho penal (cap. II) y las fuentes (cap. III).

De la teoría de las normas se ocupa en la *Parte segunda*, estudiando la norma penal (cap. I) y la extradición, el asilo y el concurso de normas penales (cap. II).

En la *Parte tercera* encontramos la exposición de la teoría del delito, comenzando con unas nociones generales (cap. I), pasando luego al estudio de la conducta humana (cap. II), el resultado (cap. III), el problema causal

(cap. IV), el injusto típico (cap. V), la tentativa (cap. VI), la participación criminal (cap. VII), el concurso de delitos (cap. VIII), la antijuricidad (cap. IX), las causas de justificación o de exclusión de la antijuricidad (cap. X), la imputabilidad (cap. XI), la culpabilidad (cap. XII) y la inculpabilidad (cap. XIII).

Finalmente, la punibilidad es expuesta en la *Parte cuarta*, empezando con las penas (cap. I), las circunstancias (cap. II), los sustitutos penales (cap. III), la extensión de la punibilidad (cap. IV) y la responsabilidad civil derivada del hecho punible (cap. V).

El plan de exposición es bastante coherente y coincide a plenitud con la temática que se desarrolla dentro de la cátedra de Penal General; sin embargo, examinando el contenido tratado y sus ideas directrices, se comprueba que no se logra su cabal exposición. A continuación trataré de abordar en líneas generales la problemática expuesta.

Centrando la atención en la *Parte primera*, quiero destacar dos aspectos: de un lado el cuestionamiento al juzgamiento de civiles por la justicia penal militar (pág. 9), que acertadamente considera inconstitucional (pág. 50); y, del otro, la inelegante crítica que hace a la Comisión redactora del Código de Procedimiento Penal, de la que es miembro inactivo, y al decreto 1853 de 1985, redactado por aquella. Que el gobierno nacional al expedir tal estatuto haya excedido la ley de facultades, no permite afirmar que las labores de tal organismo "se rigen por el desorden por preocupaciones extrajurídicas inmediatistas, de las cuales es producto el decreto 1853 de 1985 verdadero engendro sin justificación práctica o jurídica" (pág. 12).

La *Parte segunda* es la misma que ya conoce el lector en anterior edición, salvo leves cambios en materia de extradición sin mayor interés.

Donde se expone a fondo la sistemática causalista que preside el andamiaje del libro, es en la *Parte tercera*, que el autor parece sostener por considerarla la más actualizada, pues, según dice, otras concepciones como la *finalista*, a pesar de ser "prometedoras", no se pueden aún acoger; de esta última dice que "se encuentra en plena evolución" y se

debate hoy "ardorosamente" en medio "de la más vivaz controversia" (págs. 83, 95, 100). ¡Como si la polémica que generó el Finalismo hace ya cuarenta años no hubiera terminado en la década del sesenta, y hoy en Alemania, e incluso en otros países, no primara el estudio de las cuestiones político-criminales!

Las dificultades de la exposición empiezan, justamente, al abordar el concepto de acción (conducta humana), pues, mostrándose partidario del concepto social de acción, según la extensa cita que hace de BETTIOL (pág. 84), termina sosteniendo uno bien distinto: "es un comportamiento humano voluntario dirigido a la obtención de un resultado" (pág. 84). Luego vendrá el muy confuso capítulo dedicado a la omisión, en el cual el desastre sistemático lo puede advertir el lector, a título de ejemplo, con la manera como concibe la causalidad en la omisión: "en la omisión no hay causalidad... ni siquiera existe una «supuesta causalidad hipotética»" (pág. 93); la causalidad en la omisión "es jurídica" (pág. 115); "se requiere que exista una relación de causalidad entre la omisión y el evento producido" (pág. 87).

Después de un plumazo despacha la muy bien fundamentada crítica que BUSTOS-VALENZUELA formulan a la *cláusula de equiparación* acogida por el art. 21-2 del C. P. en esta materia, en la que con sobrada razón consideran peligrosa para la seguridad jurídica; como si aduciendo que "carece de precisión y consistencia" tal afirmación, se lograra salvar el obstáculo (pág. 95). Una confusión entre el concepto de causalidad y el de posición de garante se ve nitidamente, cuando se afirma que la causalidad siendo jurídica dimana de la posición de garante (pág. 115).

La *tipicidad* aparece ahora bajo la denominación de "injusto típico", con lo cual se cambia el rótulo pero no el contenido. Obviamente, dada la sistemática causalista que se acoge, el tipo penal se concibe objetivamente, pues el dolo y la culpa se tornan en problemas a estudiar en la culpabilidad.

Dentro de este elemento ubica también los dispositivos amplificadores del tipo (tentativa y participación), lo cual me parece metodológicamente correcto. Lo que sí es un

desacuerdo es la defensa que hace de la fórmula del art. 22 del C. P., que recoge el criterio de la "univocidad del acto", otrora sostenido por CARRARA y del cual renegó, y que BETTIOL califica como muy peligroso para la seguridad jurídica (*Istituzioni di diritto e procedura penale*, 3ª ed., 1980, págs. 87, 88).

A lo anterior añádase la propuesta de adoptar —apoyado en ENRICO FERRI— un concepto subjetivo-objetivo en este campo, con lo cual cree obviar todas las dificultades que se presentan para distinguir actos preparatorios-actos de ejecución (pág. 130). Una interpretación del art. 22 —que a pesar de ESTRADA introduce la distinción—, respetuosa del principio del acto, tiene necesariamente que prescindir del criterio en mención. Ya dentro de la *participación*, el mejor capítulo del libro por la claridad lograda, dirá que "la complicidad con persona inimputable no es posible en nuestro derecho, por cuanto la inimputabilidad (sic) es presupuesto de la culpabilidad" (pág. 146). Creo que si la participación es un dispositivo amplificador del tipo y la imputabilidad presupuesto de la culpabilidad, la conclusión, metodológicamente hablando, tiene que ser la opuesta, de lo contrario sería asumir un yerro de proporciones.

También, a esta altura, incurriendo en flagrante vicio metodológico afirma que "sin culpabilidad no puede existir tipo penal" (pág. 146), lo cual reitera más adelante: "las causales de inculpabilidad conducen hacia la falta de adecuación típica, en cuanto desaparece un elemento fundamental de la descripción legal" (pág. 263).

La primera afirmación se justificaría si el autor mencionara siquiera por asomo la *concepción del tipo de delito (Deliktstatbestand)* y no la del *tipo sistemático* o tipo de injusto (*Unrechtstatbestand*), de la cual, como vimos, dice partir; la segunda, es totalmente esquiva aun frente al primer enfoque ¡Adiós a la dogmática juridicopenal!

En cuanto a la tesis de la eliminación del delito continuado del actual estatuto penal y la solución de estos casos a título de concurso material (pág. 171), creo que es un planteamiento equivocado y peligroso; lo primero porque nadie ha demostrado que en la

fórmula del art. 26 no haya quedado ubicada la hipótesis, y mal se puede tornar una figura de delito único en un concurso material. Lo segundo, porque se olvida la finalidad con la cual se introdujo el delito, también denominado concurso continuado, en las codificaciones.

En la *antijuricidad* encontramos algunos complementos nuevos con respecto a la anterior edición: se habla ahora del bien jurídico, de la teoría de los elementos negativos del tipo que "no debe admitirse" (pág. 181) y del desvalor de acción-desvalor de resultado. El examen de las causales de justificación, así resulte discutible en algunos tópicos, es bueno. Después, extrañamente, dirá el autor que la defensa putativa —verdadero caso de error de prohibición indirecto— descarta el tipo penal (pág. 213), lo cual es absurdo no solo por lo que anotamos más arriba sino porque, como acabamos de ver, rechaza la concepción de los elementos negativos del tipo que de pronto podría abrirle las puertas para hacer tal afirmación.

La *imputabilidad* es tal vez el único capítulo en el cual se observa una más o menos actualizada bibliografía, posibilitada por el estudio del tema extendido en los últimos años y que dio origen a la polémica FERNÁNDEZ-ESTRADA, con mediación de AGUDELO.

Las contradicciones empiezan a aparecer cuando se encuentran párrafos como este: "no creemos que la imputabilidad pueda ser un estado, ni tampoco un proceso, aunque puede serlo" (pág. 228).

La milenaria discusión en torno al libre albedrío, para sorpresa, recibirá por primera vez en la historia de la humanidad una "explicación satisfactoria": "empíricamente es fácilmente comprobable la existencia de una capacidad de autodeterminación del ser humano, inferida desde luego por una serie de factores de todo tipo..." (pág. 286) y, "... es la visión empírica del hombre y del mundo la que nos suministra pruebas de la libertad humana, entendida como capacidad de autodeterminación" (pág. 236).

Gracias al mencionado "logro" podrá decir, cuando sostengo que el derecho penal con el que trabajamos está en crisis porque

parte de un presupuesto *científicamente* demostrado, que tengo una 'visión apocalíptica' del derecho penal (pág. 237) que no he extraído, ciertamente, de los escritos del evangelista, pero sí de obras que, como la presente, están lejos de brindarnos un derecho penal más humano y racional.

La sorpresa aumenta cuando el autor —cansado de combatir la escuela ferriana— termina haciendo profesión de fe positivista, al definir la Criminología como "una ciencia empírica que busca la explicación de los factores causales del delito" (pág. 231). ¡Bueno es recordar que RAFFAELE GAROFALO formuló sus planteamientos hace cien años!

A FERNÁNDEZ, su aventajado discípulo y el mayor dogmático del derecho penal colombiano actual, sin adivinarse el por qué, lo tilda de "efectista" y de acientífico: "la concepción de este autor retorna a los viejos postulados positivistas, y es contraria a todas las posiciones científicas y normativas conocidas" (pág. 237). Detenta, pues, el autor todo el monopolio del saber juridicopenal contemporáneo.

La *culpabilidad* que "finalmente es jurídica se tiene que basar en presupuestos ético-sociales, pues de no ser así no se sabe cual sería el motivo para que un determinado comportamiento humano pudiera ser reprochado. Se trata, pues, de la *consciente* y *voluntaria* violación de un deber legal (deber de actuar o de abstenerse de hacerlo), establecido precisamente como medio de tutela para unos intereses ético-sociales que el Estado considera fundamentales para la subsistencia de la comunidad nacional (?)" (pág. 238). O sea, la culpabilidad es puro y llano reproche moral, es una culpabilidad moral, al estilo de cualquier teórico serio de un derecho penal de ánimo (DAHM, SCHAFFSTEIN, o E. MEZGER antes de las "rectificaciones" de postguerra).

Pese a lo anterior, de un derecho penal encaminado a asegurar la "subsistencia de la comunidad nacional" (faltó el "sano sentimiento del pueblo"), ESTRADA dirá que "es esta la máxima expresión humanista del derecho penal liberal" (pág. 239).

En cuanto a las *medidas de seguridad*, un panorama "artificial y caprichosamente ensombrecido" por sus contradictores (pág.

239), insiste en que por "definición legal" son medidas administrativas, fincadas en el art. 12 que, hasta donde llega mi entendimiento habla de los "fines" de la medida y en ningún momento de su "naturaleza jurídica" y mucho menos las define. En cambio, el Código de Procedimiento Penal actual las ubica como "sanciones penales" (libro IV, tit. II) y el art. 1º del C. P., consagrador del principio de legalidad de la medida de seguridad, dice que nadie será *condenado ni sometido* a pena o *medida de seguridad*.

En conexión con las ideas anteriores sostiene que "el Código es lógico, pues considera que el inimputable que lesiona un bien jurídico es igual al enajenado que no lo ha hecho; o que el daño causado equivale, en su materialidad, a cualquier fuerza natural desencadenada, al daño que puede ocasionar un perro rabioso, un toro bravo, un edificio que amenaza ruina" (pág. 240). Con lo cual los inimputables terminan siendo poco menos que animales o "pedazos de naturaleza tarada" como afirma BETTIOL.

Ello le permite sostener que "la medida de seguridad indeterminada era una aspiración perfectamente lógica desde el punto de vista científico" (pág. 267) y que las críticas formuladas por FERNÁNDEZ, AGUDELO, GAVIRIA TRESPALACIOS y por mí al art. 94, las cuales transcribe, son meros "desbordamientos emocionales" (págs. 245 y 266).

Para el distinguido senador es muy normal, pues, la situación del inimputable, así no existan los establecimientos psiquiátricos y las clínicas adecuadas de que habla la ley. Que a los inimputables se los envíe al Anexo Psiquiátrico de La Picota donde son depositados como animales, muriendo de física inanición, parece coherente con la lógica que maneja ESTRADA y con el bienestar social que él clama:

"En los establecimientos psiquiátricos oficiales (?) habitan (?) numerosos enfermos mentales que tendrán que permanecer allí, y es deseable que así suceda (?), pues deben recibir tratamiento científico adecuado (?) hasta su muerte (?), sin que esto signifique nada distinto del cumplimiento de los deberes sociales del Estado..." (pág. 268).

Es esta la manera como alguien que se dice "liberal", "humanista", legitima el crimen de lesa humanidad que contra estos seres humanos se viene cometiendo en Colombia. ¿Cómo no recordar aquí la "Súplica por los locos" de ESCOBAR MEJÍA!

Por ello, no se me hace descabellado que pocas líneas más atrás haya dicho: "El sistema adoptado por el Código es liberal: tutela la dignidad humana" (pág. 267). Esta manera de enfocar los problemas desde un plano "jurídico" olvidando la cruda realidad social, me hace recordar lo que decía PRIMO DE RIVERA a sus partidarios fascistas, sobre la misión del jurista: "El jurista tiene por única misión manejar el aparato jurídico positivo con el rigor con que se maneja un aparato de relojería y sin invocación alguna —que solo la pereza puede disculpar— a principios y verdades pertenecientes a disciplinas ajenas" (JOSÉ ANTONIO PRIMO DE RIVERA, *Obras completas*, Madrid, Afrodisio Aguado, MCMXLV, pág. 511).

Los tropiezos del autor continúan cuando, sin argumentos de ninguna índole, afirma que la consideración de la inimputabilidad como "fenómeno residual" que hace AGUDELO es "un contrasentido" (pág. 243); o cuando, discutiendo el problema de la inimputabilidad del indígena y de los sujetos embriagados, tergiversa uno de mis artículos acomodando citas (pág. 246); o cuando, finalmente, ubica la inimputabilidad en el finalismo como "presupuesto" del juicio de reproche (pág. 247).

Al finalizar, arremete de nuevo contra FERNÁNDEZ y contra AGUDELO, quienes sostienen la tesis —que considero correcta— de la responsabilidad penal del inimputable; el primero, dice "salta sobre todo el pensamiento contemporáneo" (pág. 262) y sus tesis significan solo "confusión, impropiedad y planteamientos contradictorios" (pág. 263).

Estudiando la culpabilidad concebida como ya vimos, pretendo acomodar sus tesis a las coherentemente expuestas por ROXIN, para quien la culpabilidad es límite y medida de la pena (pág. 286). ¿Como si el problema de la culpabilidad se resolviera mezclando tesis totalmente contrapuestas política, filosófica y metodológicamente!

Al tratar las causales de inculpabilidad, y concretamente el error de prohibición, prefiero sacrificar el principio de culpabilidad para

darle cabida al del conocimiento de la ley (arts. 5° y 10), así crea que los planteamientos en sentido contrario (por ejemplo LONDOÑO BERRÍO) "merecen tenerse en cuenta", pero dando por sentado que el Código no da cabida al error directo de prohibición (págs. 333 y 334).

En la parte dedicada a la punibilidad se muestra como un furibundo retribucionista: "Es, pues, la retribución basada en la culpabilidad la que legitima el derecho de castigar" (pág. 357), relegando las otras funciones de la pena a segundo plano y agregando que esta tiene una "justificación ética y jurídica" (pág. 357). Para terminar destaca como "notable mejoría" que el C. P. haya fijado el límite máximo de la pena privativa de libertad en treinta años (pág. 365).

Debo poner aquí punto final a esta reseña crítica de la obra del profesor ESTRADA. Creo que se hace indispensable emprender su revisión a fondo poniendo especial atención en los presupuestos filosóficos y políticos en los cuales se quiere fundar y evitar que en el plano metodológico se sostengan concepciones contrapuestas como he demostrado con su estudio. Pienso que solo la crítica orientada dentro de precisos marcos académicos posibilitará una evolución del derecho penal colombiano que nos lleve más allá de los "criterios de autoridad", posibilitando un diálogo constructivo y creador.

Los senderos abiertos por nuestros maestros, entre ellos ESTRADA, deben ser cuidadosamente evaluados formulando la crítica y fomentando el progreso académico; ello requiere un cambio de mentalidad en los cultores de esta disciplina, que afortunadamente se viene observando.

Fernando Velásquez V.

Prof. Facultad de Derecho U. de M.
cátedra de Derecho Penal

CARLOS MEJÍA ROMEO CASABONA: *El médico ante el derecho*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Servicio de publicaciones, 1985, 201 págs.

Es una realidad palpable que al profesional médico —tanto de nuestro medio como de otras latitudes— le surgen muchas inquietudes referentes a sus actuaciones y a las con-

secuencias jurídicas que de ellas se derivan; la obra que presentamos trata de esclarecer algunos de esos interrogantes a la luz de la legislación española.

Estructuralmente, el libro está dividido en cinco capítulos y un anexo de las normas jurídicas españolas que hacen relación al tema que se trata. El primer capítulo trae una breve introducción que hace alusión al estado de la medicina en nuestros días.

En el capítulo segundo, el jurista español, trata pormenorizadamente las variantes de la responsabilidad penal del médico en el ejercicio de su profesión. Las actividades de un galeno se dividen en médico-quirúrgicas curativas y médico-quirúrgicas no curativas. En relación a las primeras, el autor hace notar que en "el ejercicio de la profesión médica, se afecta frecuentemente a determinados intereses o derechos públicos o privados" (pág. 15); dichos bienes o intereses que en este caso son la vida, la integridad corporal y la salud son a su vez bienes jurídicos tutelados y el médico "en su actividad profesional incide necesariamente en esos bienes jurídicos con conductas que los pone en mayor o menor riesgo de lesión" (pág. 16).

En cuanto a las actividades médico-quirúrgicas no curativas, ROMEO CASABONA hace un estudio detallado de cada una de ellas y señala cuándo y en qué circunstancias se estaría ante un ilícito; tenemos, que cuando por ejemplo se extrae un órgano de una persona sana para trasplante, cuando se hace una esterilización, una cirugía de cambio de sexo, una cirugía estética, etc., y se siguen los procedimientos indicados en las leyes que se refieren al caso, se estaría actuando lícitamente, en caso contrario se estaría violando la norma y el médico respondería penalmente.

Es de resaltar que en este capítulo el expositor aborda temas que en nuestro medio aún están por discutirse o se han discutido muy someramente, como son la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la eutanasia, la ortonasia, la determinación del momento de la muerte, la muerte cerebral y la prueba de la muerte.

La profesión médica como todas las profesiones tiene ciertos deberes específicos que

cumplir, pues "la infracción de los mismos o la omisión de su cumplimiento puede acarrearle también responsabilidad penal al galeno" (pág. 41). El médico tiene, pues, el deber de no afectar con su actuación ni bienes o intereses colectivos, ni bienes o intereses particulares.

El tercer acápite del libro trata de la responsabilidad penal del médico en los tratamientos médico-quirúrgicos. Refiriéndose el autor a las conductas intencionales o dolosas aclara: "evidentemente esta clase de responsabilidad penal se le presenta al médico en la misma medida y condiciones que a cualquier otro ciudadano" (pág. 61). Las conductas imprudentes o culposas acompañan cualquier profesión pero "particularmente a los médicos" (pág. 63), por lo cual ROMEO CASABONA trae especificados los elementos que integran los delitos culposos, a saber: "inobservancia por el médico de los deberes de ciudadano, producción de la muerte o lesión del paciente, relación de causalidad entre la acción del médico y el resultado producido y relación de antijuricidad entre ambos" (pág. 64).

En el cuarto capítulo se hace una especial consideración a la producción de un resultado imprevisible, aquí el autor opina que en el caso fortuito "no hay conducta relevante para el derecho penal" (pág. 90), luego lo relevante es la conducta previsible. ¿Pero cuándo una conducta es previsible para un galeno? Según el penalista español, "un resultado perjudicial para el paciente será objetivamente previsible si lo hubiera sido para cualquier otro médico puesto en la situación del actuante" (pág. 91).

La responsabilidad civil del médico es el título del quinto y último capítulo; allí, ROMEO CASABONA, después de diferenciar la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, concluye: "las causales de justificación que exoneran de culpa penal, no exoneran de la culpa civil a excepción del estado de necesidad, que además de eliminar la responsabilidad penal, elimina igualmente la responsabilidad civil" (pág. 101).

Existen dos clases de responsabilidad civil: la extracontractual y la contractual, "pre-

cisamente la relación que se establece normalmente entre el médico y su paciente tiene este carácter contractual" (pág. 101).

La responsabilidad civil de un médico y por lo tanto la indemnización de los perjuicios a su paciente deviene casi siempre de la comisión de un ilícito; sin embargo, la responsabilidad civil puede también derivarse del incumplimiento de la relación contractual entre médico y paciente o cuando exista un hecho ilícito pero no delictivo, fenómeno que el autor denomina "responsabilidad por culpa" (pág. 111) o responsabilidad extracontractual.

Esperamos que la lectura de esta interesante obra sirva para que en nuestro medio se le preste más importancia al problema que vive el médico al no estar seguro de si su actuar se ajusta o no al derecho y al correlativo problema del jurista de no poder ofrecer al médico —en ciertas circunstancias— ni siquiera una pauta de conducta clara ajustada al derecho.

Lina Adarve Calle
Estudiante. Facultad de Derecho.
Universidad de Antioquia
Enero de 1986

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN
LOS TALLERES LITOGRAFICOS DE NOMOS IMPRESORES, EL DÍA 19 DE JUNIO DE 1986.

LABORE ET CONSTANTIA