

ENRIQUE BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*. Parte general. Exposición referida a los derechos penales vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela, Bogotá, Edit. Temis, 1984.

Casi veinte años han transcurrido desde que, por primera vez, el autor de esta obra empezara a figurar en el panorama jurídico penal latinoamericano, con la publicación de una monografía intitulada *La noción de autor en el Código Penal*, con elogioso prólogo del imperecedero LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. Hoy, después de la desaparición del ilustre profesor español, refugiado en la Argentina huyendo de la dictadura franquista, BACIGALUPO, uno de sus más connotados discípulos, en idénticas circunstancias políticas que su maestro, paradójicamente desde la "Madre Patria", nos ofrece este extraordinario *Manual*, que refleja no solo el grado de madurez alcanzado, sino la sistematización que de la teoría del delito ha logrado su autor, lo que nos permite manifestar, sin temor a equivocarnos, que nos encontramos en frente a una de las obras más importantes que sobre la materia se haya publicado en lengua española.

Dos son las novedades que encontrará el lector: de un lado, la exposición está referida a la legislación penal de varios países hispanoparlantes, entre ellos Colombia; y del otro, se trata de una peculiar y ortodoxa sistematización de la materia, que mucho habrá de contribuir a la polémica en círculos especializados.

La obra consta de tres partes, de las cuales pasamos a ocuparnos seguidamente:

En la *primera parte*, referida a las cuestiones básicas del derecho penal, analiza esta disciplina, expone sus conceptos fundamen-

tales (delito, pena y medida de seguridad) y la deslinda de la criminología y de la política criminal.

Lo primero que aborda en esta parte es *la función del derecho penal*, que no puede ser otra que la de ser *instrumento de control social*, cumpliendo así una función reparadora del equilibrio en el sistema social. Este enfoque es el que permite al autor concebir el delito como "una forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro del sistema social y que es calificado de tal por órganos legislativos con competencia para ello" (pág. 2); al paso que, desde el plano estrictamente jurídico, concibe el derecho penal como "un conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas" (pág. 3).

En cuanto al *objeto del derecho penal*, hace una diferenciación atendiendo al interés que guíe el estudio del mismo: si se atiende a la descripción del comportamiento de los órganos de control social frente a determinados hechos sociales, el objeto será *la jurisprudencia de los tribunales*; en cambio, si se atiende al conjunto de disposiciones legales que estos órganos invocan en la fundamentación de sus decisiones, el objeto será *el Código Penal*. Es, justamente, este segundo objeto el que se desarrolla en la obra, advirtiendo que se parte de un derecho penal enmarcado dentro de una doble función: la protección de los bienes jurídicos y de los valores ético-sociales, de un derecho penal que busca los puntos intermedios y la síntesis de ambos extremos.

Al abordar *la definición del delito*, dice BACIGALUPO que se hace indispensable optar entre un derecho penal de acto y un derecho penal de autor. Si partimos de un *derecho penal de acto*, la definición de delito

puede encararse desde una doble perspectiva: si lo que interesa es saber qué considera el derecho positivo como delito —problema del juez—, la definición se obtiene a partir de la consecuencia jurídica, delito “es todo comportamiento cuya realización tiene prevista una pena en la ley” (pág. 8); por el contrario, si lo que interesa es saber si determinado hecho debe prohibirse bajo la amenaza de una pena —problema del legislador—, la definición del delito debe partir del contenido de la conducta. En otras palabras, si lo que se quiere caracterizar son los comportamientos punibles, nos enfrentamos a un concepto formal de delito; en cambio, si queremos caracterizar los comportamientos merecedores de pena, se tratará de un concepto material, que puede entenderse bien como “hecho socialmente dañoso”, o bien como “hecho consistente en la violación de deberes éticos sociales”, sea que los comportamientos merecedores de pena atenten contra los valores éticosociales o contra los bienes jurídicos (pág. 8). Ahora bien, si el punto de partida es un *derecho penal de autor*, el delito habrá de entenderse como la expresión de un sentimiento depravado. La anterior diferenciación derecho penal de acto-derecho penal de autor, permite a BACIGALUPO hacer una precisión de tipo político:

“Cabe señalar que los puntos de vista del *derecho penal de hecho* —aquellos que ven en el delito la infracción de deberes éticosociales representado por la lesión de un bien jurídico—, no garantizan, pero permiten desarrollar los principios del derecho penal liberal. Por el contrario, el *derecho penal de autor*, sobre todo en la forma en que fue concebido por ERIK WOLF y otros autores, pone seriamente en peligro los principios del Derecho penal liberal, cuando no los anula” (pág. 11).

Para poder definir *la pena*, dice el autor, hay que hacer una consideración previa, optando bien por los puntos de vista que conciben el derecho penal como un instrumento al servicio de *la justicia*, vinculado con la moral, bien por los que lo conciben como un instrumento que debe servir prioritariamente al valor *utilidad*, vinculado con la

política social. Justamente, la lucha de escuelas es el producto del enfrentamiento de estos dos criterios: las teorías absolutas hacen énfasis en el valor justicia (Escuela clásica), las relativas en el valor utilidad (Escuela positiva), y las mixtas que pretenden ser una síntesis (prevención más retribución, utilidad más idea de justicia).

En cuanto a *las medidas de seguridad*, considera que solo pueden explicarse al lado de las penas (sistema dualista), si se parte de un derecho penal fundado en las teorías absolutas; en cambio, si se parte de uno fundado en las teorías relativas o de unión, la distinción pena y medida de seguridad no se puede hacer nítidamente, a no ser que se diga que la pena supone culpabilidad y la medida de seguridad proporcionalidad. El hecho de que primen en el actual derecho penal las teorías de la unión, dice BACIGALUPO, hace que las diferencias entre unas y otras se tornen más difíciles, retornándose ineluctablemente al sistema monista.

En la *segunda parte*, se ocupa de la teoría de la ley penal, empezando por exponer cuál es la estructura de la norma jurídicopenal, para distinguir luego el derecho penal objetivo del subjetivo y bosquejar el esquema histórico de los fundamentos políticocriminales de las legislaciones penales modernas, desde el Iluminismo hasta los recientes movimientos de reforma, para, finalmente, aludir a los ámbitos de validez de la ley penal.

Advierte BACIGALUPO que gran parte de los problemas que se discuten en la actualidad en la teoría del delito, dependen de la estructura de la norma jurídica, de la que se parte, sea que se defienda la teoría de las normas de BINDING, o la teoría de las normas objetivas de valoración de MEZGER; caracterizándose el actual debate por la búsqueda de una síntesis, la cual se refleja en la concepción del ilícito penal.

Al desarrollar los hitos históricos de las modernas legislaciones penales, es bueno destacarlo, el autor sostiene que el movimiento de reforma penal de la década del sesenta, nos trajo un Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica con base en un “modelo anticuado”, que dejó inalterado el sistema penal, al paso que la década siguiente, caracterizada por ser la reforma de la reforma,

inspirada en el temor a la liberalización del derecho penal, de inspiración hondamente conservadora, impidió verdaderas reformas penales en el continente. Estas reformas, entre ellas la de Colombia “no introducen una verdadera reforma penal, sino que, como el Código Penal Tipo, codifican una serie de conceptos elaborados sobre leyes anteriores y que no siempre son teóricamente correctos” (pág. 45).

La *tercera parte* del *Manual*, dedicada a la teoría del delito consta de cinco capítulos, el primero de los cuales dedicado a la introducción, en la que conceptúa del delito, analiza los aportes del causalismo y del finalismo a la teoría del delito mismo, estudia las categorías fundamentales de la teoría del delito y se extiende sobre la problemática del ilícito penal. En segundo lugar, estudia el delito doloso de comisión, empezando por la nota de la tipicidad, la que concibe objetivo-subjetivamente, pasando por la antijuridicidad, la atribuibilidad y la culpabilidad, hasta llegar a la preparación, la tentativa y la consumación del delito doloso, y la autoría y participación en el mismo. En tercera instancia, expone el delito culposo de comisión, precedido de una introducción a esta temática, para pasar luego a las notas de tipicidad, antijuridicidad, atribuibilidad, y culpabilidad, a las especies de culpa y a los casos mixtos de dolo y culpa. En cuarto lugar, se ocupa de los delitos de omisión, diferenciando acción y omisión, clasificando esta última en propia e impropia, distinguiendo la tipicidad dolosa de la culpa, para pasar luego a la exposición de las restantes notas de delito. Finalmente, se ocupa de la autoría, la participación y la tentativa y del interesante tema de la “omisión por comisión”. El último capítulo lo consagra al estudio de los problemas que suscita la concurrencia de leyes penales y de delitos, para rematar con la concurrencia y el llamado “delito complejo” en el caso del Código Penal español.

De esta tercera parte queremos destacar algunos tópicos:

En la *Introducción*, sostiene que el delito es “un instrumento conceptual” que nos permite determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal prevista en la ley, lo cual le lleva a

concebir la ciencia del derecho penal como “una ciencia práctica”. Ahora bien, la teoría del delito tiene como cometido “establecer un orden racional y, por lo tanto fundamentado, de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal a un caso dado” (pág. 67).

La teoría del delito, según BACIGALUPO, es una *propuesta apoyada en un método científicamente aceptado, de cómo fundamentar las resoluciones de los tribunales en materia de aplicación de la ley*, estructurándose a través de un *sistema de conceptos*, relacionados entre sí a través de unas ideas generales ordenadoras, que permiten una aplicación racional de la ley.

La construcción del sistema de la teoría del delito requiere, obviamente, un punto de partida, que no puede ser otro que un concepto total o sintético del delito; la teoría jurídica del delito se ha debatido siempre entre dos ideas básicas, que a su turno han generado sistemas de delito distintos en cuanto a sus elementos particulares, sea que se lo conciba como la infracción a un valor ético social, o como lesión o puesta en peligro del bien jurídico. La situación actual del derecho penal, precisa el autor, dista mucho de la planteada por los dos extremos mencionados, como que el contenido de cada uno de los elementos del delito “está determinado por los conceptos totales del delito de los que se parte y eventualmente por la articulación de esos conceptos puros (infracción del deber-lesión del bien jurídico) en función de las necesidades de las respectivas ‘teorías’ de la unión” (pág. 71).

Como *categorías fundamentales de la teoría del delito*, concibe el autor el *ilícito* y la *responsabilidad*. Sobre la primera de ellas, hace resaltar, dos posiciones siguen disputándose la primacía, dependiendo de la concepción de la norma que se asuma, tal como ya habíamos visto lo planteaba.

Clasifica el ilícito en *personal* (que requiere, a más de la comprobación de la causalidad de la lesión del bien jurídico, que se tomen en cuenta elementos que pertenecen a la persona que realiza la acción, esto es disvalor de resultado más disvalor de acción) y en *causal* (consistente en la lesión del bien jurídico causada por un comportamiento, sin que entren a jugar ningún papel

los elementos personales del comportamiento), optando, como es de suponerse, por el ilícito personal.

En cuanto a la responsabilidad, la segunda categoría del delito, hace de ella un análisis independiente como luego se verá.

Cuando se adentra en el estudio de la *tipicidad*, conceptúa el tipo penal como "una expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común. Es el conjunto de elementos que caracteriza un comportamiento como contrario a la norma" (pág. 80). Los tipos pueden ser de comisión o de omisión (dolosos o culposos), encontrando en todo tipo tres elementos básicos: el autor, la acción y la situación de hecho. Al estudiar el tipo en el delito doloso de comisión expone el autor la problemática de la acción en la parte objetiva, partiendo del concepto final de acción, con lo cual desecha su tratamiento antes del tipo como categoría independiente, pues la función de tal concepto "no es otra que la de establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal" (pág. 91). Por lo demás, el estudio que hace del tipo penal en nada dista del enfoque finalista; lo mismo podríamos decir de la antijuridicidad, en la que, partiendo de un ilícito personal, da honda trascendencia a los elementos subjetivos y objetivos de la justificante.

En la categoría que la dogmática tradicional ha denominado culpabilidad, encontramos una de las innovaciones del esquema bacigalupiano, como quiera que siguiendo los pasos de MAURACH y JIMÉNEZ DE ASÚA, distingue la *atribuibilidad* (responsabilidad por el hecho) de la *culpabilidad* (responsabilidad), asignándole a cada una de estas categorías un acápite distinto para su estudio. Esta distinción tiene el efecto práctico de que la atribuibilidad elimina bien la aplicación de la pena o bien la de la medida de seguridad con respecto al autor, y la exclusión de la misma puede extenderse, si su naturaleza lo permite, a los partícipes; ahora bien, los casos en los cuales se excluye esta categoría son los eventos de estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, el exceso en los límites de la causal de justificación y el miedo insuperable, este último en realidad una forma de estado de necesidad.

La nota de la *culpabilidad*, esto es "el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma" (pág. 147), debe ser conceptualizada también a partir de la teoría de la pena. Si se parte de las tesis absolutas, el conjunto de condiciones de la responsabilidad, estará dado por elementos que permiten fundamentar una responsabilidad ético-jurídica del autor; si se acude a la prevención especial, se reclaman elementos que permiten un pronóstico sobre la asocialidad futura del autor; si se acude a la prevención general, no se reclama en principio un concepto específico de culpabilidad, pero se requiere una pena de carácter intimidatorio general.

Como hoy priman las teorías de la unión, dice el autor, el concepto de culpabilidad está muy ligado al concepto clásico. En la culpabilidad estudia, entonces, los siguientes elementos: la posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídicopenal del acto y la posibilidad de motivación en sentido estricto. En ambos elementos se ve ya un cambio de terminología, como que el primero es algo más que el conocimiento potencial de la antijuridicidad material que se excluye a través del error sobre la antijuridicidad, para comprender también el conocimiento de la punibilidad, descartable a través del error sobre la punibilidad; el segundo, es la tradicional imputabilidad cuyo término, por anticuado, debe desaparecer del lenguaje jurídicopenal según estima el autor.

En cuanto al *delito culposo de comisión*, su estructura al igual que el doloso, consta de dos aspectos: el ilícito y la culpabilidad (responsabilidad), debiéndose distinguir entre disvalor de acción y disvalor de resultado en el primero de ellos.

En cuanto al *tipo*, al igual que el de los delitos dolosos, consta de tres elementos básicos: el autor, la acción y el supuesto o situación de hecho; sin embargo, los elementos del tipo en particular son diferentes. En efecto, no tiene sentido distinguir entre aspecto objetivo y subjetivo, pues en el delito culposo "lo esencial es la discrepancia entre lo querido y lo hecho por el autor" (pág. 212); esto no significa que no se puedan concebir elementos subjetivos en el deli-

to culposo en el elemento de la tipicidad: la previsibilidad individual o la cognoscibilidad de la lesión negligente del bien jurídico.

La tipicidad del delito culposo requiere, entonces, que *el autor haya infringido un deber de cuidado*, y si se trata de un delito de resultado, deberá constatar *el resultado*, y este deberá ser imputable a la acción. En lo tocante a la *antijuridicidad*, su tratamiento es básicamente el mismo que en el delito doloso, aunque con la diferencia de que no hay lugar a elementos subjetivos en la justificante, y la configuración de las diversas causas de justificación presenta variaciones en concreto que han de tenerse en cuenta.

La *atribuibilidad*, tampoco presenta diferencias esenciales con el tipo doloso; sin embargo los estados de cansancio y excitación que dificultan en el autor cuidadoso el mantenimiento del cuidado objetivo, deben ser tenidos en cuenta a efectos de excluir tal categoría del delito.

En cuanto a la *culpabilidad* (responsabilidad), no encuentra el autor notas diferenciales que merezcan ser mencionadas.

Novedoso es también el tratamiento que da BACIGALUPO al *delito de omisión*, sobre todo teniendo en cuenta que hace profundizaciones poco usuales, dado el poco desarrollo dogmático de dicha problemática.

Al clasificar la omisión, distingue: a) delitos que solo pueden cometerse omitiendo la realización de una acción, b) delitos que equiparan en su texto la realización de un hecho con la omisión de otro, c) omisiones que no están tipificadas expresamente en la ley (omisión impropia).

La tipicidad objetiva del *delito de omisión propia dolosa*, está configurado por los siguientes elementos: la situación típica generadora del deber, la no realización de la acción mandada y el poder de ejecutar la acción mandada. Si se trata de un delito de resultado, habrá que agregar la imputación objetiva del resultado.

En cuanto al *delito de omisión impropia dolosa*, incluirá en su tipicidad, a más de los elementos anteriores, la producción del resultado de un delito de comisión, y la definición en el caso concreto de la posición de garante.

Tanto los tipos dolosos en la omisión propia como en la impropia, exigen un dolo de omisión, que el autor prefriere denominar "cuasidolo", como quiera que tiene una estructura propia conformada por dos elementos: a) el conocimiento de la situación generadora del deber, y b) conocimiento de la posibilidad de realizar la acción.

El *delito de omisión culposo* coincide en cuanto a su tipicidad con el de comisión culposo, aunque se diferencia en que aquí se viola el deber de cuidado mediante una omisión. En lo atinente a las restantes notas, se presentan algunas particularidades que la obra destaca claramente, lo mismo puede decirse sobre la tentativa y la participación.

Queremos poner fin a la reseña de esta obra, en la que hemos tratado de hacer una apretada síntesis de los aspectos más salientes de la misma. Se trata de una obra sumamente bien documentada; en la exposición aparecen muy bien hilvanados todos y cada uno de los problemas que preocupan al actual derecho penal. Unido a lo anterior, la estructura de la misma está montada sobre bibliografía original, la mayor parte de la cual es citada por el autor fluidamente en lengua alemana. No dudamos en recomendar el estudio de este *Manual*; libros como este enriquecen el pensamiento jurídicopenal y sirven como toque de alerta a los estudiosos, para que no se anclen en textos revaluados, y digo esto pensando en la doctrina colombiana, muy prolífica últimamente pero exhibiendo una calidad que deja mucho que desear, como que el copismo se ha impuesto por encima de la reflexión seria, para dar cabida a obras mediocres que se editan aceleradamente, o se reimprimen todos los años cada que se quiere llenar un espacio en la biblioteca, contribuyendo así al estancamiento del derecho penal y no a su desarrollo, alejando al lector interesado de obras que, como la presente, aportan algo novedoso y pueden jalonar la doctrina y la jurisprudencia.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
diciembre de 1984.

Tribuna Penal, núm. 3. Revista del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia. Medellín, Ed. Lealón, 1984, 143 páginas.

De hondo contenido humanista aparece en el ámbito jurídico la revista *Tribuna Penal* núm. 3. En cada una de sus secciones podemos vislumbrar la pluma preocupada de los colaboradores, quienes procuran desarrollar con ayuda de su herramienta de trabajo, el derecho, una labor que trascienda el campo del exégeta o mecánico-aplicador.

Lo anterior se hace notorio desde el *editorial* de la revista, en el cual el Dr. JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO se pronuncia sobre algunos tópicos que son de necesario tratamiento por la Comisión redactora del nuevo estatuto procesal penal. Se destacan, entre otras, la necesidad de una radical reforma en la etapa de la indagación preliminar; la consignación de la libertad provisional como norma general y la detención preventiva como excepción; la reestructuración del ministerio público, para que pueda intervenir como verdadera parte en el proceso penal; la eliminación de un procedimiento policivo para aplicar penas privativas de la libertad; la eliminación de las jurisdicciones especiales; la regulación taxativa de las causas de nulidad en el proceso penal; etc., poniendo de presente en cada una de ellos la necesidad de que sean garantía de la libertad individual, ya que "si las leyes penales sustantivas reflejan la fisonomía moral de un pueblo, las leyes procesales son un buen retrato de un régimen democrático o de un régimen autoritario" (pág. 10).

La *primera sección, dedicada al derecho procesal penal*, "tiene como objetivo fomentar la discusión y el análisis de los diversos tópicos a los que da cubrimiento la reforma" al Código procesal penal (pág. 11). Comienza con la transcripción de la resolución 1683 de 1984, por la cual se crean comisio-

nes asesoras para la reforma de la administración de justicia, encontrando a continuación, los derroteros que seguramente servirán de guía a los comisionados, a cargo de los Drs. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, JAIME BERNAL CUÉLLAR y MIGUEL A. SÁNCHEZ MÉNDEZ, quienes hacen una exposición general en cada una de las propuestas presentadas, sobre los principales puntos que debe tocar tal reforma.

El Dr. BERNAL CUÉLLAR destaca entre otras cosas, la necesidad de que en la etapa de indagación preliminar intervengan funcionarios diferentes de aquel que tenga la competencia para el juzgamiento, criterio que sostiene igualmente frente a la etapa de instrucción del proceso; la cual, según su estimación, debe terminar con una de estas providencias: formulación de acusación, resolución o providencia de no acusación o auto de sustanciación mediante el cual se reabre la investigación, lo cual implica eliminar el auto de proceder, el sobreseimiento temporal y el segundo emplazamiento y declaratoria de reo ausente cuando no es posible notificar el auto de proceder. "La etapa de juzgamiento debe corresponder a un funcionario diferente de quien hizo la investigación y formuló la resolución de acusación o solicitud de juzgamiento" (pág. 22).

El Dr. SÁNCHEZ MÉNDEZ resalta la necesidad de que los despachos judiciales conozcan solo en primera o segunda instancia, caso en el cual le ofrece serias críticas el sistema de los juzgados del circuito. Clama porque se "delimiten claramente dos justicias, si se me permite tal expresión, una de mayor entidad a cargo de los jueces de distrito o superiores, con intervención del jurado de conciencia y con la segunda instancia ante los tribunales superiores de distrito o de departamento, y una rama de delitos menores con un procedimiento más breve ante los jueces municipales, con la segunda instancia ante los tribunales del circuito" (pág. 27).

Por su parte, el Dr. LONDOÑO JIMÉNEZ, en sus propuestas, aboga por limitar las facultades de la policía judicial en relación con el sindicado; la actividad de la parte civil reducida a la defensa de sus propios intereses y no con carácter vindicativo; la necesidad de que el ministerio público cumpla de una manera permanente una función fiscalizadora en los centros de reclusión; el derecho del sindicado a entrevistarse con su abogado desde el momento de su captura, siendo ello una manifestación del derecho de defensa, el cual "debe respetarse y considerarse inviolable en todas las etapas del proceso" (pág. 30), etc., siendo imposible reseñarlas todas en esta recensión.

Nos resta, respecto a esta sección, invitar a una cuidadosa lectura de las propuestas, con miras a sentar con sentido crítico nuestra posición frente a ellas; lo mismo que del proyecto de ley 11 de 1984 presentado por el Dr. FEDERICO ESTRADA VÉLEZ; al igual que la ponencia para primer debate de dicho proyecto a cargo del Dr. JOSÉ MANUEL ARIAS CARRIZOSA.

La *sección de Criminología y Política Criminal* está compuesta por los artículos "Aspectos sociopolíticos y económicos de las drogas" escrito por la doctora ROSA DEL OLMO; "Liberación religiosa en las cloacas carcelarias" del criminólogo Dr. ANTONIO BERISTAIN IPIÑA y la entrevista realizada por el Dr. PASTOR ACEVEDO con el criminólogo argentino ROBERTO BERGALLI.

El primero de los trabajos anunciados constituye una fuerte crítica a los sistemas colonizadores-imperialistas que han hecho de la droga no solo un elemento de beneficio económico, sino, además, la mejor arma para el adormecimiento de conciencias. La juventud lejana de la problemática social, no es el *sujeto* que pueda contribuir a sentar bases para un cuestionamiento político serio acerca del origen del sinnúmero de contradicciones que caracterizan el sistema capitalista. El siguiente aparte es, en cierta medida, síntesis esclarecedora de la idea principal: "Si las drogas transforman la conciencia en un ente pasivo, si sirven para que el hombre se evada, al fomentar la alienación —entendiendo por esta: salirse de la esfera que a uno le es propia—, entonces las dro-

gas son contrarrevolucionarias, fomentan la integración, el acriticismo y la dependencia en todos sus niveles, lo cual rinde ya no un beneficio exclusivamente económico sino sobre todo un beneficio político en la etapa actual del capitalismo..." (pág. 58).

El segundo de los trabajos, dedicado a los presos, es una obra maestra de solidaridad del Dr. BERISTAIN IPIÑA. Con ocasión del Año Santo Jubilar de la Redención, proclamado por la Iglesia católica e inaugurado el 25 de marzo de 1983, se anuncia una misión religiosa dirigida a los encarcelados de todos los países del mundo; lo cual crea en el autor la necesidad de hacer algunos pronunciamientos desde el punto de vista de criminología en relación con el hecho religioso, exigiendo actitudes concretas de la iglesia con el hombre-humano-ser religioso que se halla privado de la libertad.

Son varios los *llamados* que se hacen en este artículo:

1. A la Iglesia católica y a otras iglesias para que "dirijan a todos un manifiesto en defensa de los presos, es decir, una encíclica o un documento para que los internos y los condenados estén protegidos más eficazmente contra la tortura, contra los malos tratos, contra la lentitud en la administración de justicia, contra el silencio en los medios de comunicación, contra..." (pág. 61).

2. A las personas vinculadas a la Iglesia para que formen asociaciones para la protección de los presos.

3. A las personas libres para que derriben las murallas de las cárceles desde adentro.

4. A las iglesias para que abran nuevos caminos en el campo de los controles sociales contra la criminalidad.

5. A las iglesias para que declaren un domingo cada año como día de los privados de la libertad.

6. A los hombres y mujeres para la convocatoria a un Concilio Universal, en el cual se discutan los principales problemas de los centros penitenciarios.

7. A todos para que vislumbremos la posibilidad de fundar una Asociación Internacional de Presos.

Es pues un llamado que no cesa, y del cual se exige un compromiso permanente en la fiscalización del derecho del hombre que se halla privado de la libertad.

Por último, de esta sección hemos de referenciar la entrevista al Dr. BERGALLI, el cual en su intervención en el Seminario de Criminología Crítica organizado por la Universidad de Medellín, sentó algunas bases que dieron lugar a inquietudes en el ámbito del pensamiento criminológico. Pregona el Dr. BERGALLI por una teoría política latinoamericana, una teoría crítica de control social y por una sociología del control penal que se ocupe de los sistemas atinentes al derecho y al control penal. Se trata pues de hacer un cuestionamiento sociológico de conceptos dogmáticos que deben ser mirados más allá de su concepción netamente jurídica: "Esa explicación sociológica idónea, de que yo hablo en mi intervención está dirigida precisamente a lograr una revalorización de las categorías clásicas del derecho penal liberal, remozando sus contenidos con los aportes que la ciencia social ha efectuado" (pág. 84).

En la *sección de jurisprudencia*, se destaca la providencia del Juzgado Séptimo Superior de Medellín, en la cual el despacho consideró que "El jurado de conciencia puede pronunciarse sobre la inimputabilidad del procesado"; y el pronunciamiento del Juzgado Quince Superior de Medellín, en el cual puede verse la "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal. Necesidad de buscar su simplificación" (pág. 97).

La *sección de Derechos Humanos* la compone, en primer término, un balance de la situación de los derechos humanos durante los dos años del gobierno actual, denotando la crítica situación que han atravesado; el problema de los decretos de estado de sitio; los grupos paramilitares; y, lo más grave, los desaparecidos, que infortunadamente aumentan a diario. Se aúna a este primer artículo el discurso del Dr. ALFREDO VÁSQUEZ CARRIZOSA ante el Congreso Nacional

de Asonal Judicial: "Por la modernización de la justicia, la paz y contra el crimen organizado", el 6 de julio de 1984 en el "Salón Boyacá" del Capitolio Nacional).

La "*Oración por las cenizas del padre Camilo Torres Restrepo*" pronunciada por el Dr. J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA en el Congreso Nacional de Asonal Judicial, es, como lo dijera el Sr. Ministro de Justicia, Dr. ENRIQUE PAREJO GONZÁLEZ, al recibir de manos del presidente de Asonal de Antioquia, la urna funeraria del padre Camilo Torres Restrepo "una bellísima pieza oratoria" (pág. 125).

Se destaca en la oración todo el ímpetu de su palabra, y la profundidad del sentimiento que expresaba, como representante de Asonal Judicial de Antioquia y de la clase desprotegida en general. Es pues de obligatoria lectura y reflexión, porque es impulsadora y llamativa.

En la *sección de documentos* se publica un compendio de las diferentes ponencias presentadas los días 6, 7 y 8 de julio de 1984 en el Congreso por la modernización de la justicia, la paz, y contra el crimen organizado, convocado por la Asociación Nacional de funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional y el ministerio público; y los estatutos del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia.

En la *sección de Bibliografía* se publica un breve comentario del libro *La prueba indiciaria* del Dr. YESID REYES ALVARADO. Se hace imposible dejar por fuera de la obligatoria lectura el poema de ANTONIO BÉRISTAIN y el escrito de ANTONIN ARTAUD: *Carta a los directores médicos de los manicomios*.

John Jaime Posada O.
Diciembre de 1984

KARL HEINZ GÖSSEL, *Dos estudios sobre la teoría del delito*. Bogotá, Edit. Temis, 1984, 68 páginas.

No solo novedosa sino de sumo interés, es la obra que del autor alemán KARL HEINZ GÖSSEL ha publicado recientemente la Editorial Temis; en ella se recogen dos conferencias sobre la moderna teoría del delito, que el autor pronunciara en la ciudad de Medellín. La misma se inicia con una nota biográfica del autor, en la cual se le presenta como uno de los más destacados tratadistas germanos de la actualidad, recalándose que es el continuador de la obra de MAURACH.

Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia, es el título del primer estudio, el cual consta de tres partes que reseñaremos a continuación. En la primera se ocupa del "desarrollo de la teoría del delito desde BELING" arrancando del *sistema clásico* que, según el autor, a comienzos del siglo actual significó una modernización de la teoría del delito "que parecía haber logrado aprehender la problemática del delito culposo" (pág. 3), al ordenar la teoría del delito, en una estructuración, caracterizada por designar a toda la parte objetiva con el término de *injusto*, mientras que todo lo subjetivo era designado como la *culpabilidad*, que a su turno reconocía dos especies: El *dolo* y la *culpa*.

Pronto este sistema hizo crisis, pues "se descubrió que los elementos aparentemente objetivos del delito están entremezclados con elementos subjetivos; y así la diferenciación tan clara entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva no pudo seguir considerándose como viable" (pág. 6), con lo cual entró en escena el *sistema neoclásico*. Pronto, el *sistema finalista* consumaría la obra destructora, al entender el dolo como la característica subjetiva más general del tipo, suprimiendo de la culpabilidad, erigiendo un nuevo concepto normativo de culpabilidad

como reprochabilidad y trasladando la distinción entre dolo y culpa al injusto, aunque dejando todavía en la culpabilidad una parte de la culpa.

Finalmente, señala el autor, la *situación actual* se caracteriza porque "hasta el presente nadie ha logrado asignarle un puesto generalmente reconocido a la culpa" — dentro de los tres pisos del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad" (pág. 7). Esto lo motiva a reclamar se le permita iniciar un nuevo camino en el proceso de desarrollo del delito culposo, pero partiendo de la idea de la interpretación de la norma como base sustentadora de toda la sistemática jurídico-penal, idea que promete ser no solo fecunda para una nueva sistemática del delito culposo, sino también para la averiguación de los elementos del mismo.

En la segunda parte del estudio, "la infracción de la norma como base de la teoría del delito", GÖSSEL centra toda su atención en la explicación que BINDING, en su teoría de las normas, da a la antinomia de cómo al realizar una acción que corresponde exactamente a la ley, esta acción vaya a la vez contra el ordenamiento jurídico. O sea, el autor retoma el planteamiento de BINDING en el sentido de que quien realiza un determinado delito, cumple ciertamente la ley penal, pero que con ello viola una norma jurídica que se haya fuera de dicha ley.

Ahora bien, como pauta diferenciadora entre *norma* y *ley penal*, adopta la de su *existencia*: La *norma* tiene una existencia hipotética, supralegal; mientras que la *ley* tiene una existencia real, ha sido motivada por el legislador; al paso que como punto coincidencial, aparece el *objeto* de protección a que se destinaría una y otra: "El comportamiento contrario a un bien jurídico descrito en la ley penal, se opone al mismo tiempo a la norma. De esto puede colegirse que los delitos descritos por la ley penal y las infracciones a la norma son idénticos en su calidad de contrarios a un bien jurídico" (págs. 12 y 13).

Para terminar esta segunda parte, el autor alude al *comportamiento humano* como única forma de transgredir la norma y de menoscabar los bienes jurídicos, alusión que ha sido unánimemente aceptada: "El orden jurídico, por razones lógicas puede dirigirse solo a quienes están supeditados a él: las normas de derecho no rigen en consecuencia, *verbi gratia*, para las fuerzas naturales, ni para el azar, ni para los animales..., sino únicamente para los hombres" (págs. 13 y 14).

Sentadas las anteriores bases pasa el autor a la tercera parte, donde desarrolla la temática del delito culposo a partir de la teoría de las normas. Es esta la parte más novedosa e importante, ya que la infracción a la norma se erige en fundamento de nueva dogmática del delito culposo.

El análisis empieza con el tipo legal, sentando la premisa básica de que "tan solo pueden tipificarse legalmente aquellos perjuicios a un bien jurídico que resultan *evitables*, por acciones humanas" (pág. 15) con lo cual, a diferencia del sistema clásico, la evitabilidad se convierte en un elemento de la tipicidad del delito culposo y concretamente del tipo objetivo. La *evitabilidad del peligro* es, sin embargo, un elemento que está presente tanto en el tipo doloso como en el culposo, diferenciándose en uno u otro tipo, por la manera como ha de determinarse: mientras que en la acción dolosa la única forma de evitar el perjuicio de un bien jurídico, es la renuncia del mismo dolo tendiente al perjuicio, en la acción culposa, en cambio, la evitabilidad de ese perjuicio se determina mediante la observancia de las reglas de cuidado, por lo cual "se puede calificar de descuidada cualquier forma de conducta contraria a las respectivas reglas del ámbito correspondiente en el trato social; en otras palabras: que es socialmente inadecuada" (pág. 21).

Pero el elemento objetivo de la evitabilidad no se configura por la simple presencia de un *perjuicio dado* y de la *violación de*

una regla de cuidado; es necesario, además, un tercer elemento, la *causalidad*. "La infracción de cuidado debido, nos dirá GÖSSEL, tiene que haber acarreado *causalmente* el perjuicio al bien jurídico... Antinormativa y típicamente actúa solo aquel que ha ocasionado el perjuicio a un bien jurídico faltando al cuidado debido y, en consecuencia, de manera evitable; por consiguiente, al nexo necesario (en esta medida típico) entre conducta descuidada y perjuicio a un bien jurídico, lo calificaría yo de "causalidad de la evitabilidad" (págs. 22 y 23).

Seguidamente, la obra reconoce en los delitos de imprudencia la presencia, al igual que en los delitos dolosos, de elementos subjetivos lógicamente necesarios porque, como es sabido, la falta de uno de estos elementos, traerá como consecuencia la ausencia de *tipicidad culposa* y, por consiguiente, el perjuicio causado aun descuidadamente no será punible. Ahora bien, en los delitos culposos la característica subjetiva del tipo la constituye la *previsibilidad*, que ya no hace parte de la culpabilidad, como se creía, sino del tipo culposo en su parte subjetiva, de esta manera, dice el autor, "se ha logrado un construcción del delito culposo que por primera vez es paralela a la del delito doloso. De la misma manera que el dolo exige el completo conocimiento y con ello la previsión de las características del tipo legal objetivo, así de manera correspondiente, el delito culposo exige como mínimo su *previsibilidad*" (pág. 26).

A continuación se ocupa de la *antijuridicidad de los delitos culposos*. Premisa básica para considerar este estrato del delito es la afirmación de que "todo orden jurídico debe, pues, admitir en casos excepcionales el riesgo de posibles perjuicios a bienes jurídicos por una conducta descuidada; y dichos casos son, por lo mismo, calificados muy acertadamente como de *riesgo permitido*" (pág. 30). El tratamiento que da a la nota del delito en mención, se ve complementado con la creación de una nueva causal de justi-

ficación, hablamos de la "colisión suprallegal de bienes", que "por su objeto abarca los casos en que el autor persigue metas de valor social o, independientemente de ello, jurídicamente admitidas, y en su empeño, descuidadamente, perjudica otros bienes jurídicos" (Cfr. pág. ídem.).

Se pregunta luego el profesor GÖSSEL si también las causas de justificación en los delitos culposos admiten el elemento subjetivo de la justificante, esto es, la "voluntad de obrar jurídicamente", a lo que parece responder de manera negativa.

Finalmente, toca el estrato de culpabilidad, caracterizado como el último piso del edificio del delito discutiendo solo lo atinente a la exigibilidad o no de la potencial conciencia de la ilicitud, a lo cual el autor termina respondiendo de manera afirmativa, explicando de paso el contenido y la razón de ser de este elemento de la culpabilidad.

La segunda parte de la monografía corresponde a un estudio sobre el "estado actual de la teoría del delito de omisión".

Aborda el autor dicha temática colocando de manifiesto la importancia que para el derecho penal reviste la omisión para llevarnos, luego de una breve exposición, a la conclusión de que la omisión tiene la misma importancia jurídica penal que la acción: "El mandato de respetar un bien jurídico puede ser trasgredido en dos formas: Por una parte mediante la realización de una acción que menoscaba el bien jurídico, y por otra, también omitiendo una acción salvaguardadora del bien jurídico" (pág. 40).

Cuatro son los problemas sistemáticos que resuelve la obra: como primera medida se hace una delimitación precisa entre acción y omisión, para lo cual se vale GÖSSEL del concepto final de acción: "la posibilidad de esta necesaria separación surge a mi juicio, del concepto final de acción, que yo estimo pertinente" (pág. 45). Esto, entonces, le permite afirmar que tanto el hacer como el omitir constituyen acciones y que tan solo se diferencian, por su forma, en si el pretendi-

do menoscabo del bien jurídico se alcanza por una actividad corporal, o bien por inactividad corporal. Con ello cree encontrar un nuevo criterio delimitativo no encontrado hasta ahora, trátese de criterios normativos o prejurídicos.

El segundo problema del que se ocupa es el atinente a la clasificación de la omisión, en torno a lo cual se puede decir que el autor se vale de la clasificación tradicional, esto es, omisión propia y omisión impropia, o delitos de comisión por omisión.

Luego de haber delimitado acción y omisión y de haber clasificado la omisión aborda en tercer lugar el profesor GÖSSEL, la exposición sistemática de los presupuestos de la penalidad de la omisión, limitándose a la comisión por omisión. De particular importancia es el estudio del *tipo legal* de la comisión por omisión y en especial de dos cuestiones: La *causalidad* y la *especial posición de deber*.

Sobre la causalidad, dice que es una *causalidad hipotética* consistente en que la persona que no actúa debe haber estado en posibilidad de realizar la conducta debida y así haber evitado el resultado producido por su inactividad corporal.

En cuanto al segundo problema, valga decir el de la especial posición de deber, el mismo no es otro que el de la *autoría* en este tipo de delitos. Autor es tan solo quien tiene un especial deber de actuar, la "posición de garante". Ahora bien, en la actualidad no se puede acudir a los modos de posición de garante tradicionales, esto es, a la ley, a la asunción voluntaria, a la comunidad de vida y de peligro y a la injerencia; hoy, según GÖSSEL, se impone una *teoría material formal*, de conformidad con la cual "la posición de garante puede consistir, en cuanto al contenido, por una parte en una posición de protección de determinados bienes jurídicos y, por otra, en una posición de vigilancia en relación con determinadas fuentes de peligros para bienes jurídicos indeterminados" (pág. 61). En otros términos, el deber

de garante debe determinarse en cada caso concreto, no solo en su sentido *formal* (según el motivo de su origen), sino en cuanto a su *contenido* (según su nexa con el bien jurídico respectivo).

Finalmente, se ocupa el autor especialmente de dos casos de autoría por omisión, que guardan especial importancia para la punibilidad.

El primero de estos se refiere a la producción de un menoscabo al bien jurídico por falta de una debida y completa actividad

salvadora o de ayuda; al paso que en el segundo se ocupa del problema relativo a la participación en los delitos de comisión por omisión.

En estas condiciones ponemos punto final a esta reseña, invitando al lector a que medite en los interesantísimos planteamientos que sobre las teorías de la imprudencia y de la omisión, se hace el profesor GÖSSEL en su monografía.

José Luis Jiménez Jaramillo
diciembre de 1984.