

REVISTA DE REVISTAS

Derecho penal	1180
-------------------------	------

Por tanto, si se mantienen estructuras separadas en las facetas administrativas, así como en las actuaciones de la corporación hacia el público, se minimiza la posibilidad de que se rasgue el velo corporativo, lo cual, en sí, viene siendo la excepción.

Elvia Arcelia QUINTANA ADRIANO

DERECHO PENAL

ARROYO GUTIÉRREZ, José M., "La verdad jurídico-penal", *Revista Judicial*, San José, Costa Rica, núm. 45, diciembre de 1988, pp. 75-89.

El autor presenta en su estudio una visión de lo que la verdad representa dentro de las ciencias penales, considerándola una de las dos finalidades del proceso penal, al lado de la realización plena de la justicia.

Afirma que la propia legislación establece mecanismos aseguradores que rigen la actividad procesal de las partes encaminada a la búsqueda de la verdad. Así, señala las directrices legales y éticas a que está sujeto el juez, la defensa y el Ministerio Público, haciendo un brevísimo comentario en torno a sus funciones. En forma bastante clara se expresa la imparcialidad a que están sujetos el órgano jurisdiccional y el representante social; sin embargo, el autor justifica la parcialidad en la defensa argumentando la superior jerarquía de la garantía de defensa a la particular injusticia que pudiera cometerse. Siguiendo un orden lógico adecuado al procedimiento, Arroyo Gutiérrez explica la importancia que los medios probatorios tienen para el órgano jurisdiccional en la búsqueda de la verdad y clasifica las probanzas comprendidas en el código adjetivo constarricense.

En relación con los testimonios procesales, el autor analiza el doble aspecto coercitivo al que es sujeto el declarante para que su dicho conduzca a la verdad; el moral, representado por el juramento o promesa de decir verdad, y el legal, representado por la advertencia de las penas impuestas a quienes se conducen con falsedad; asimismo, expone excepciones que implican las relaciones filiales (parentesco) o profesionales (secreto profesional) entre el testigo y el procesado.

Junto a lo anterior, el autor expone algunos antecedentes de la dialéctica en el ámbito jurídico, y destaca su importancia al momento de dictarse una sentencia.

Finalmente, Arroyo concluye con tres puntos: 1) subraya la importancia que para la seguridad jurídica tiene la cosa juzgada; 2) explica las consecuencias de la discrepancia de un fallo judicial y la verdad (error judicial), y 3) describe su punto de vista en cuanto a la ética que debe imperar en la dialéctica, cuando se busca con ello la verdad.

El escrito de Arroyo Gutiérrez presenta una interesante combinación de aspectos objetivos (estrictamente legales) y subjetivos (opiniones personales) que necesariamente debe presentarse en el estudio de las finalidades del procedimiento penal. Consideramos que el artículo pudiera ser particularmente aprovechado por los estudiantes de la carrera de la abogacía.

José Luis RAMOS RIVERA

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, "El enajenado y su tratamiento jurídico penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XLI, fasc. II, mayo-agosto de 1988, pp. 465-502.

El autor, profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid, contrae sobre todo este documentado ensayo, como el rótulo lo indica, al enajenado, y en mucho menor medida a quien comete el hecho en estado de trastorno mental transitorio. Deja sentado que la fórmula española de la inimputabilidad, de criticable carácter biológico, ha sido completada a la hora de su aplicación, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, con una serie de referencias psicológicas. Esto sitúa en el ámbito de la exención, en principio, a las psicosis (esquizofrenias, paranoias, psicosis maniaco-depresivas, epilepsias y psicosis exógenas), a las oligofrenias, a las psicopatías y las neurosis, si bien "como lo decisivo son las consecuencias psicológicas que la enfermedad tiene sobre el sujeto, el efecto eximente o no de las distintas perturbaciones mentales depende del caso concreto" (Gimbernat).

La jurisprudencia española ha establecido con carácter general los siguientes requisitos para que la enajenación surta efecto a la hora de determinar la responsabilidad del sujeto en cuestión: 1) origen morboso o patológico (existencia de una enfermedad catalogada o no, pues lo trascendental es la existencia de la perturbación); 2) permanente; 3) que suspenda la capacidad de querer y entender (perturbación profunda, absoluta, notable, evidente, de las facultades psíquicas, intelectuales

o volitivas). Procediendo en consecuencia, las *psicosis* de intensidad plena dan origen de ordinario a una eximente, y a la eximente incompleta si la intensidad de la perturbación es menor. Así con la esquizofrenia y también con la paranoia, a cuyo respecto se pronuncia cautelosamente el Tribunal Supremo señalando que “la moderna doctrina niega a la paranoia el carácter de enfermedad endógena y se inclina a la admisión de los llamados desarrollos paranoicos, lo cual obliga a individualizar la aplicación de la eximente, a relativizarla teniendo en cuenta las circunstancias del caso”; y con la psicosis maniaco-depresiva. En relación con la epilepsia, el Tribunal Supremo reconoce que “bajo su nombre se cobijan una variada especie de psicosis de muy distinta morfología y entidad... por lo que, en definitiva, será preciso relacionar en cada caso la forma clínica de la enfermedad con las bases intelectual y volitiva de la imputabilidad y atender a la mayor o menor perturbación de la misma”. Por su parte, algunos autores (Mir Puig, Gómez Benítez), aquí y también en la psicosis maniaco-depresiva traen a cuento los “intervalos lúcidos”, concepto psiquiátricamente abandonado en definitiva. Continuando con las *oligofrenias*, la jurisprudencia no ha tenido problema alguno en aceptar como eximente plena sus formas más graves, y como eximente incompleta la “debilidad mental”, sin reconocer virtud atenuante alguna a la inferioridad intelectual. En relación con las *psicopatías* se muestra la judicatura, como es explicable, muy llena de reservas, admitiendo, todo lo más y en contados casos, la concurrencia de una “atenuante analógica”. Por lo que toca, en fin, a las *neurosis*, la jurisprudencia admite a lo sumo la concurrencia de una eximente incompleta, si bien es verdad que ha llegado a ver un trastorno mental transitorio en neurosis incoercibles como las obsesivas y las de ansiedad.

Luego del examen de estas cuatro grandes categorías de anomalías mentales (*psicosis*, *oligofrenias*, *psicopatías*, *neurosis*) frente a la fórmula legal de la inimputabilidad, se ocupa Díaz-Maroto de las medidas de seguridad aplicables al inimputable a la luz del artículo 8 del Código Penal español, reformado en este respecto en 1983. Se manifiesta, desde luego, en favor de la sumisión a tratamiento ambulatorio, con el que puede conseguirse el máximo de eficacia con el mínimo de limitación de libertad; no emite juicio de valor alguno sobre la medida de privación del permiso de conducir o de la facultad de obtenerlo durante el tratamiento o por el plazo que se señale; le parece limitada la reforma por lo que hace a la medida de privación de la licencia o autorización administrativa para la tenencia de armas o de la facultad de obtenerla,

con intervención de las mismas durante el tratamiento o por el plazo que se señale, y estima novedoso el deber de presentación mensual o quincenal, ante el juzgado o tribunal sentenciador, del enajenado o de la persona que legal o judicialmente tenga atribuida su guarda o custodia. El internamiento (*sic*), en cambio, le merece más consideraciones. Tenido hasta 1983 como "la" medida curativa y asegurativa a la vez, para el enajenado ha pasado a ser sólo "una" de las medidas posibles, con lo que se ha dado fin a la imperatividad del internamiento para quien no quiere ser curado o para quien es incurable. Por loable que resulte la posibilidad de que el Tribunal le ponga término con apoyo en informes de facultativos, ello no significa que el internamiento haya dejado de ser de duración indeterminada, lo que con razón merece censuras al autor.

Un trabajo meticuloso, con abundancia de atinadas observaciones y muy rica información.

Álvaro BUNSTER

FELS BERKMAN, Ellen, "Mental Illness as an Aggravating Circumstance in Capital Sentencing", *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 89, núm. 2, 1989, pp. 291-309.

Esta nota (*note*), de las que habitualmente forman una sección que sigue a la de artículos y a la de comentarios en las revistas jurídicas universitarias de los Estados Unidos, sostiene que no es constitucionalmente posible al sentenciador en un procedimiento que puede conducir a la imposición de la pena de muerte, considerar circunstancias agravantes las que se originan en el desorden mental del acusado. El problema se ilustra con el caso *Miller v. State*, en que un hombre condenado por un tribunal de Florida por el delito de homicidio en primer grado había presentado en la fase de dictarse sentencia amplia prueba médica de que era esquizofrénico y sufría alucinaciones, prueba que para la Corte Suprema de los Estados Unidos debe tener efecto atenuante en relación con la pena de muerte. Ello no obstante, el jurado recomendó —y el juez del proceso impuso— la última pena, en parte sobre la base de una circunstancia agravante no legislada: la propensión del acusado a cometer actos violentos. Este factor agravante, empero, era resultado directo del desorden mental del acusado. De este modo, el sentenciador

adosó una etiqueta agravante a síntomas del desorden mental del acusado, de efecto atenuante. La Corte Suprema anuló esa decisión.

Importa hacer notar, para la mejor comprensión de lo que sigue, que en el sistema penal anglosajón la *mental illness*, que en el presente contexto parece propio traducir por desorden mental y no por enfermedad mental, no acarrea, como la enajenación o locura (*insanity*), plena exculpación sino disminución de la culpabilidad: mientras según la célebre fórmula M'Naghten del *common law* tradicional, para establecer la "defensa" de enajenación mental (*insanity*), la parte acusada debe demostrar que "obraba bajo un defecto de razón por enfermedad mental, de tal magnitud que le impedía conocer la naturaleza y cualidad del acto que ejecutaba, o, en caso de conocerla, saber que era ilícito lo que hacía", el desorden de la mente (*mental illness*), según H. Kaplan y B. Sadock * es un "considerable desorden del pensamiento y del ánimo que deteriora significativamente el juicio, la conducta, la capacidad de conocer la realidad, o la habilidad para hacer frente a los requerimientos ordinarios de la vida".

La Corte Suprema de los Estados Unidos, reconociendo la diferencia cualitativa de la pena de muerte en relación con las demás penas, ha acordado especial significación al castigo capital y ha determinado que el sistema individualizador de la pena debe ofrecer la seguridad de que la pena capital no se inflija de manera caprichosa, arbitraria o imposible de predecir. Como respuesta las legislaturas han creado un sistema que admite factores agravantes y atenuantes. Tanto los tribunales como las legislaturas concuerdan en que el desorden mental es una circunstancia atenuante. Los factores de agravación, sin embargo, pueden ser el resultado del desorden mental del acusado. En consecuencia, el desorden mental se ha utilizado tanto para agravar como para atenuar la responsabilidad.

Las leyes estatales que la Corte Suprema tiene en este respecto por acordes con la Constitución son aquellas que requieren el examen de los factores que favorecen o que desfavorecen la ejecución capital, reduciendo así al mínimo el riesgo de decisiones arbitrarias. Repudia la Corte Suprema, desde luego, el ponderar la raza, la religión y la afiliación política como circunstancias agravantes, y exige que éstas sean definidas por las legislaturas estatales con claridad suficiente, de modo que no se den decisiones como la de un tribunal de Georgia, que tuvo la violencia empleada por el acusado como "nefanda, atroz y cruel", lo

* *Comprehensive Textbook of Psychiatry*, 4a. ed., 1985.

que bien podría aplicarse a muchas formas de violencia en contextos muy diversos. Tiene el más alto tribunal estadounidense por factores atenuantes, en estos casos, todos los que puedan servir "como base a una sentencia inferior a la de muerte", factores a que debe procurar acceso el tribunal sin obstáculo alguno.

El acusado cuya culpabilidad ha quedado establecida más allá de toda duda razonable puede ofrecer, en la fase de individualización de la pena, prueba de su desorden mental. El tribunal está obligado en esa fase del proceso a seguir indagando sobre las circunstancias del crimen y el carácter del acusado. El resultado de tales indagaciones no podrá excusar la responsabilidad, pero hará al acusado menos culpable que otros asesinos merecedores de la pena de muerte. Son muchas las legislaturas y tribunales que han afirmado el efecto atenuante de ciertos estados mentales emocionales. Casi dos docenas de jurisdicciones tienen por factor legal de mitigación penal el considerable deterioro de la capacidad del acusado para apreciar la criminalidad de su conducta, a veces a causa de dolencia o insuficiencia mental. Otras tantas incluyen entre los factores atenuantes la "perturbación mental o emocional extrema" como factor de mitigación de la responsabilidad, formulación que corresponde esencialmente, por otra parte, a la del *Model Penal Code*, adoptado por muchos estados de la Unión norteamericana. El hecho de que no obstante estas disposiciones se cuenten muchos pacientes de desorden mental entre los condenados a muerte, se debe, por una parte, a que tal desorden no ha sido oportunamente identificado y a que los propios afectados suelen no tener conciencia de sufrirlo, y, por otra, al afán de la acusación de no exhibirlo como tal desorden sino como un factor de agravación debido a una mayor peligrosidad. Y es así como ha podido llegarse en el citado caso *Miller v. State* a decir del acusado esquizofrénico paranoico con alucinaciones que "la única seguridad que puede tener la sociedad de que este individuo no volverá jamás a perpetrar en un ser humano lo que hizo (a su víctima, a quien mató brutalmente) es la imposición de la última pena".

Ya hemos dicho que la Corte Suprema rechazó, felizmente, ese criterio. Dicho tribunal ha sentado la imposibilidad de adosar el desorden mental del acusado la etiqueta agravante en los procedimientos relativos a la imposición de la pena de muerte. Sostiene la autora de la nota que comentamos que si a tal pronunciamiento se agregan las implicaciones del más alto tribunal en materia de condena a la pena capital, ha de concluirse que está vedado a los estados de la Unión utilizar factores resultantes de un desorden mental para decidir en favor de la última

pena. Autorizar al sentenciador para hacerlo no puede constitucionalmente permitirse, en cuanto con ello se dejaría de distinguir entre los criminales que merecen el ajusticiamiento y los menos culpables. En el afán de conceder a esta postura la mayor coherencia posible, la autora de la nota que comentamos se pronuncia decididamente en contra de toda interpretación estrecha por la cual, excluyéndose el desorden mental en sí como motivo agravante, se deja lugar a la consideración de factores de agravación que se estimen causalmente vinculados a él. También se pronuncia en contra de una ponderación de factores agravantes y atenuantes, aunque sólo sea en el sentido de compensarlos. Está de acuerdo, en cambio, con el enfoque de *no utilizar* la prueba del desorden mental para agravar el castigo del acusado, invalidando de ese modo todo factor agravante que resulte de aquél.

Tras esos pronunciamientos se extiende todavía Ellen Fels Berkman en consideraciones procesales muy propias del sistema estadounidense, que no revisten para nosotros especial interés.

Álvaro BUNSTER

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, "Hacia una alternativa en la política criminal de las drogas en América Latina", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XLI, fasc. II, mayo-agosto de 1988, pp. 387-411.

El autor, catedrático de derecho penal en la Universidad de Medellín, Colombia, y fiscal del Consejo de Estado, pretende oponer a una política criminal alternativa en materia de drogas propuesta por Louk Hulsman desde el punto de vista de un país central y consumidor, otra desde el ángulo visual de un país periférico y productor: Colombia. Con modestia expresa Fernández Carrasquilla que su escrito no es, acaso, otra cosa que un replanteamiento y una sistematización crítica de sugerencias y puntos de vista de autores como Rosa del Olmo, Roberto Bergalli, Hernando Londoño Berrio, Alfredo Molano y el propio Louk Hulsman.

El escrito de Fernández Carrasquilla discute de partida aspectos generales y hace consideraciones teóricas de política criminal, para ofrecer luego una ilustrativa periodización de casi tres décadas de historia de la droga en Colombia, desde las primeras inversiones estadounidenses

en la siembra de marihuana en la Guajira hasta el entendimiento en torno de la cocaína de narcotraficantes y guerrilleros en las selvas colombianas del Amazonas y el Orinoco. El hecho de que la ampliación y extraordinaria intensificación de las actividades represivas del narcotráfico a nivel judicial, policial y militar no haya visto disminuida sino aumentada la producción colombiana de cocaína, lleva al autor a sospechar del acierto de la política oficial colombiana-estadounidense en esta materia. Esa política, caracterizada por el uso de las penas y de la persecución policial como último y principal recurso, no ha afectado paralelamente a la red interna de distribuidores y consumidores de los Estados Unidos, no ha sido antecedida de una lucha adecuada contra la injusticia y desigualdad sociales y ha atribuido livianamente esta específica criminalidad a relajación de las costumbres y a abandono de los valores éticos tradicionales.

Junto a ello destaca el autor otros puntos: 1) al hacerse más difíciles los mercados externos o surgir la necesidad de nuevos mercados por efecto de la sobreproducción, Colombia se transforma poco a poco en país consumidor; 2) la afluencia de los colombianos al tráfico de drogas no es una enfermedad moral sino un síntoma de graves y crónicos males sociales; 3) el exacerbado moralismo y la exacerbada guerra psicosocial contra el narcotráfico privan de imparcialidad a la prensa y opinión pública y dificultan una sana administración de justicia; 4) la presión punitiva y policial tiende a elevar los precios, controlar la superabundancia y estabilizar el mercado con precios halagadores, generando una muy peligrosa acumulación de poderío socioeconómico en los grandes "capos"; 5) la prohibición penal y absoluta de las drogas tiene el efecto de "ley seca" al encarecer el producto, fomentar el mercado negro (más peligroso que el legal por la imposibilidad de controles de calidad y dosificación, por ejemplo) y producir una ola muy fuerte de violencia y de "delincuencia asociada" (corrupción, delitos contra la propiedad, intimidación general, complicidad ciudadana por el silencio o la tolerancia permisiva, contrabando de armas y mercancías suntuarias, etcétera), amén de secuelas económicas como el mercado negro de divisas, la inflación y, según los casos, la fuga de capitales; 6) la *legalización*, hoy la más radical solución del problema de las drogas, parece heroica y poco realista, pues contaría con la oposición de una gran parte de la opinión pública mundial, la presión antagónica de los Estados Unidos y probablemente de las Naciones Unidas y la acción contraria de los propios narcotraficantes, más la de muchos funcionarios, empresarios, financistas y banqueros; 7) por último, y como coro-

lario, habría que pensar en criminalizar algunas de las conductas implicadas en el narcotráfico, con tratamiento diferencial según la posición que les quepa en el proceso total, la cantidad y calidad de la droga y los diversos sentidos de los actos de consumo, si bien en este último respecto la desincriminación absoluta sería lo procedente. Tal política criminal y penal debe, evidentemente, tenerse por subsidiaria y accesoria de una eficiente y muy dinámica *política social de la justicia social*.

De lo dicho surge, a juicio del autor, un *esquema punitivo provisional* sin penas excesivas, consistente en: 1º la desincriminación total y radical del consumo; 2º la despenalización de la tenencia para el consumo personal o de grupo; 3º la abolición de los "tipos de sospecha"; 4º la incriminación escalonada del tráfico, separando en lo posible el nacional del internacional; instituyendo tipos materiales susceptibles de tentativa; distinguiendo entre drogas "tipo A" y "tipo B" y subdistinguiendo, a su vez, entre ellos, y, en fin, tomando en consideración, además, la pureza, la organización empresarial y otros factores por el estilo; 5º la institución de penas más benignas para los pequeños y medianos expendedores internos; 6º la lucha internacional, en una segunda etapa, contra las Convenciones de 1961 y 1971, sobre todo contra esta última, con miras a *preparar el paso del "control penal" al mero "control administrativo y social"* y suprimir la hiperbólica discriminación de las reacciones draconianas frente a las drogas "tipo A", más o menos tolerantes frente a las "B" y completamente permisivas frente a las "C" (entre las cuales se encuentra el alcohol, que es un psicotrópico); 7º la intensificación y perfeccionamiento de la atención técnica especializada al adicto y la lucha social a fondo contra el consumo, y 8º la adopción de las anteriores medidas en todos los países, sobre todo en los importadores de drogas.

Tras este esquema punitivo provisional siguen consideraciones y conclusiones igualmente interesantes en el plano macrosocial y político.

Álvaro BUNSTER

MASSING, Michael, "The War on Cocaine", *The New York Review of Books*, Nueva York, diciembre de 1988, pp. 61-67.

El autor pasa revista a los problemas jurídicos, políticos y socioeconómicos relacionados con la llamada "guerra de las drogas", desencade-

nada por los gobiernos de los Estados Unidos y de diversos países latinoamericanos contra el creciente ascenso y el posible predominio del narcotráfico en la región latinoamericana y en el mundo.

La preocupación que estructura el análisis es el contraste cada vez más claro entre los esfuerzos y recursos de dinero, personal y equipamiento que se movilizan para la "guerra de las drogas", y los progresos de los narcotraficantes y del flujo de producción, distribución y consumo de narcóticos.

No menos de 50 países están implicados en la producción, el procesamiento y el transporte de narcóticos, formando una red internacional dirigida a los complacientes consumidores norteamericanos. Cada año, aquéllos gastan entre 50,000 y 100,000 millones de dólares en drogas. Y esta suma no comienza a medir el costo real para la nación —el crimen, los accidentes, los días de trabajo perdidos, para no hablar de las vidas destruidas—. Las bajas son tan grandes que las drogas han superado incluso el comunismo como un tema de preocupación nacional.

Ninguna sustancia causa tanto daño como la cocaína. Se calcula que unos 6 millones de norteamericanos usan regularmente la droga. Ella ha arruinado prometedoras carreras deportivas, ha desatado violentas guerras de bandas, ha convertido a niños en traficantes y, bajo la ubicua y relativamente barata forma de *crack*, ha desolado nuestras ciudades. Ya por años el gobierno hizo de la cocaína su principal blanco. Sin embargo, más de esta droga está entrando, y más que nunca, en los Estados Unidos, causando una caída libre en su precio.

Esta falta de resultados en la guerra provoca llamados a una escalada en la lucha. Así, la nueva ley antinarcóticos, que el Congreso de los Estados Unidos aprobó en octubre de 1988, dispone la creación de una fuerza de tarea multinacional para atacar a las organizaciones de traficantes en todo el mundo.

Para el autor, sin embargo, el análisis del caso de Colombia demuestra que "los fracasos de la política norteamericana contra las drogas surgen de una lectura fundamentalmente mal hecha de cómo funciona el tráfico de drogas...". Se requiere "una aguda reversión de las políticas equivocadas de los últimos 8 años".

Tras una breve caracterización de las fuerzas y tendencias de la violencia en la sociedad colombiana, entre las cuales las organizaciones y prácticas del narcotráfico tienen un papel crucial, el autor afirma y fundamenta que ya hacia 1987 es claro que ninguno de los medios tradicionales de combatir el narcotráfico parece funcionar en Colombia.

Han fracasado particularmente la política de erradicación de los cultivos de coca y la política de extradición.

La erradicación de los campos de coca fracasa por la enorme extensión de tierra destinada a su cultivo, en zonas de montaña y jungla, casi inaccesibles; los temores al daño irreversible al medio ambiente.

La extradición de los narcotraficantes, desde Colombia a los Estados Unidos, ha tenido poco éxito también, por las acciones de represalia y asesinato contra las figuras públicas que hablen en favor de la extradición; por los fracasos en arrestar y llevar a la justicia a los verdaderos jefes; y sobre todo por las condiciones favorables a la organización y funcionamiento de las mafias del narcotráfico.

A este último respecto, el autor analiza una serie de "ventajas comparativas" que han hecho de la ciudad y región de Medellín en Colombia la "capital mundial de la cocaína", donde se instaló y opera lo que se califica como cuartel general del mayor negocio transnacional del Tercer Mundo. Tales ventajas se vinculan con la capacidad que los grandes grupos de narcotraficantes y sus altos dirigentes tienen para constituir una economía criminal, una sociedad criminal y hasta un sistema político criminal, con sus consiguientes grupos de aliados y colaboradores y sus redes de intereses mancomunados.

La creciente dificultad de la lucha contra los narcotraficantes se refuerza por la emergencia de un nuevo estado de ánimo en extensos grupos de Colombia, con tendencia a resignarse e incluso a acomodarse con la mafia. En ese estado de ánimo confluyen una especie de reacción nacionalista (cansancio de combatir una guerra considerada esencialmente de los Estados Unidos, con alto costo y sin resultados visibles, resentimiento contra la injerencia de políticos y funcionarios de los Estados Unidos), y las múltiples evidencias de que "el narcotráfico parece haberse vuelto más poderoso que el Estado mismo. Intelectuales y profesionales con una cierta posición de liderazgo en la opinión pública de Colombia llegan incluso a realizar intentos más o menos serios de defensa intelectual del narcotráfico y su mafia. Los narcotraficantes son presentados como "nueva clase" dinámica que desplaza a los viejos grupos de ricos *snob*, y que provoca "una revolución social", facilitando "el ascenso en gran escala de estratos marginales hacia la sociedad de consumo...". "...El dinero del narcotráfico ha actuado como un freno sobre el deterioro social y político del país". Tales planteos encuentran una audiencia respetuosa en Colombia, lo que revela un estado de ánimo favorable a la aceptación del narcotráfico que se difunde en diversas elites.

Se ocupa también el autor de analizar las limitaciones del programa de gobierno del presidente Barco, llamado Plan Nacional de Rehabilitación. El mismo tiene el mérito de no reducirse a la mera represión ni a la simple erradicación de cultivos, sino de promover la sustitución de la producción de coca por alimentos y materias primas, así como la construcción de caminos, acueductos, plantas energéticas, escuelas y hospitales en el agro. El límite está dado por la escasez de recursos de que dispone o que asigna el Estado.

El autor apunta a recomendar al gobierno de los Estados Unidos que reasigne fondos de ayuda concentrados en lo puramente represivo, hacia ayuda externa a Colombia, y también a Perú y Bolivia, para sustitución de cultivos y desarrollo de infraestructura rural.

De todas maneras, el autor insiste en que el nudo de la cuestión está en la acción sobre la demanda y los consumidores de Estados Unidos y otros países altamente desarrollados.

La dificultad de manejo del narcotráfico y del consumo de drogas ha ido aumentando el número y la insistencia de quienes apoyan la legalización de la droga como una salida. Ello encuentra también fuertes resistencias en Colombia, por una parte, y en los Estados Unidos, por la otra. Las propuestas de legalización son muy vagas, objetables y no suficientemente persuasivas. De todas maneras, "...es claro que la política de los últimos años, con su fuerte énfasis en la interdicción y en la erradicación, no puede funcionar". Su éxito en Colombia, eliminaría el problema en el interior de aquélla, pero no la disponibilidad mundial de cocaína, ya que los traficantes se están orientando cada vez más hacia Brasil, donde parece residir el centro de un futuro problema.

Marcos KAPLAN

MUÑOZ CONDE, Francisco, "La imputabilidad desde el punto de vista médico y jurídico penal", *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, vol. X, núm. 35, mayo-agosto de 1988, pp. 27-37.

Razonando sobre la base de las disposiciones del Código Penal español, el profesor sevillano afronta los problemas teóricos y prácticos derivados principalmente de la enajenación mental y el trastorno mental transitorio, situaciones penalmente relevantes, según la doctrina y jurisprudencia peninsulares, a los fines de excluir o disminuir la imputabi-

lidad del autor de un delito por un determinado efecto psicológico originado en ellas.

El planteamiento jurídico penal de la doctrina y jurisprudencia españolas en este respecto es el de que tal efecto psicológico ha de equivaler a la perturbación plena de las facultades psíquicas cognoscitivas o volitivas o de ambas a la vez, que recae sobre la comprensión de la ilicitud del hecho o sobre la capacidad de orientar el comportamiento conforme a esa comprensión. A Muñoz Conde le parece muy limitada esa interpretación, pues aparte la inteligencia y la voluntad, hay otras facultades psíquicas como la memoria, la afectividad, el pensamiento, la conciencia o la misma motivación, que pueden también verse afectadas. Su conjetura en torno de ese empecinamiento en excluirlas de la fórmula legal es que éste radica en el rechazo de las psicopatías como causas de inimputabilidad, es decir, de aquellas anormalidades congénitas que influyen sobre el carácter, el temperamento, la vida vegetativa, la afectividad y la parte emocional del sentimiento, mas no generalmente sobre la inteligencia y la voluntad. El autor no acepta el fundamento de tal rechazo, pero se lo explica desde el punto de vista práctico, dado que el psicópata es difícilmente recuperable por el tratamiento psiquiátrico.

A juicio de Muñoz Conde, en la imputabilidad debe verse el resultado de un largo proceso de socialización, con la consiguiente internalización de las diversas exigencias normativas, sociales y jurídicas. Cualquier alteración de ese proceso socializador, afecte o no a las facultades intelectivas y volitivas, ha de ser tenido en cuenta a la hora de pronunciarse sobre la capacidad del sujeto de ser culpable.

Ahora bien, puesto que por diversas razones no debe la ley penal recoger la cambiante terminología psiquiátrica, es un acierto que el Código Penal español haya utilizado términos como los de "enajenación" y "trastorno mental", que nada tienen que ver con la nosología psiquiátrica. En el primero, aparte las diversas formas de enfermedad mental, pueden haber aquellos defectos o alteraciones del proceso de socialización relevantes en la determinación de la imputabilidad de un individuo, aunque no sean estrictamente reconducibles al concepto de enfermedad mental. En el segundo hay sitio para toda situación cuyo origen esencial sea una reacción del sujeto a una causa externa, a una reacción vivencial anómala. No concuerda Muñoz Conde con que se exija, respecto del trastorno mental transitorio, una base o fondo patológico preexistente a la reacción del individuo.

Al considerar las consecuencias jurídicas de la inimputabilidad, es claro que ésta no puede conducir a una pena. El Código Penal español, como casi todos los del mundo, ordena el internamiento del inimputable en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del que no podrá salir sin autorización del mismo tribunal, medida que ha merecido críticas tanto por su obligatoriedad como por su indeterminación temporal. Si la finalidad de la medida es la curación, nadie debe ser curado contra su voluntad, aparte que hay anomalías mentales incurables, como la esquizofrenia, y que muchas veces es más aconsejable el tratamiento ambulatorio. Es, enseguida, insostenible que del tribunal deba depender la duración del internamiento, sin necesidad de dictamen médico alguno. Es, en fin, arbitrario identificar siempre la enfermedad mental con la peligrosidad. Ha sido en virtud de éstas y otras razones que en 1983 se ha agregado al Código Penal español una regla que permite al tribunal sentenciador, cuando lo estime procedente y a la vista de los informes de los facultativos, sustituir el internamiento por otras medidas no privativas de libertad (tratamiento ambulatorio, privación del permiso de conducir, etcétera). También ha agregado la reforma una regla por la cual puede el sujeto de imputabilidad disminuida quedar sometido, además de a la pena atenuada, a las medidas antes referidas, que se cumplirán siempre antes de la pena, computándose al cumplimiento de ésta el periodo de internamiento, sin perjuicio de que el tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendido el buen resultado del tratamiento.

A pesar de la simplicidad de esta conferencia dictada por Muñoz Conde en la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Bogotá, Colombia, y de su deliberada carencia de todo aparato erudito, representa ella una contribución en que se contienen muchas ideas interesantes.

Alvaro BUNSTER

NADELMANN, Ethan y KONDRACKE, Morton, "El debate sobre las drogas", *Facetas*, Washington, D.C., núm. 85, marzo de 1989, pp. 56-63.

En este interesante artículo sobre un tema indiscutiblemente en boga, como lo es el de las drogas, tenemos dos perspectivas, si bien antagónicas (y por lo mismo más provechosas), no por ello menos interesan-

tes, como es, por un lado, las evidencias para la legalización de este fenómeno, tesis sostenida por Ethan Nadelmann, profesor adjunto de ciencia política en la Escuela Woodrow Wilson de Asuntos Internacionales en la Universidad de Princeton y, por el otro, las tesis referentes a por qué no funcionaría dicha legalización, sostenidas por Morton Kondracke, editor titular de la publicación *The New Republic*.

Pues bien, a lo largo de este artículo se nos menciona una serie de aspectos interesantes, como lo es el hecho de que la situación internacional sobre el abuso de las drogas, equiparable a los peligros ambientales, es uno de los problemas que más amenazan hoy en día a buena parte de los países en el globo terráqueo. Es innegable que la producción y tráfico de estupefacientes son negocios altamente lucrativos para grupos selectos a nivel mundial, con técnicas verdaderamente hábiles y despiadadas, sin respeto alguno a las fronteras y dispuestos a trasladar sus centros de operaciones en cualquier momento que se requiera.

De esta forma, la batalla que se libra contra las drogas requiere de un gran esfuerzo de cooperación internacional. Atacar al proveedor es un aspecto de esta guerra. Otro "frente" es el del comprador. Los Estados Unidos de América y muchas otras naciones están combatiendo la demanda de drogas mediante la aplicación de leyes más rigurosas contra su venta, educando a la población a fin de que se mantenga alerta ante los peligros del abuso y a través de tratamientos y rehabilitación de los adictos.

Así, tenemos a un núcleo de personas (fundamentalmente políticos) que considera que la forma más eficaz de enfrentar los monopolios internacionales de traficantes, es la de llevarlos a la quiebra, legalizando las drogas. Así, el gasto estratosférico que se emplea en esta lucha mundial podría destinarse a la educación sobre estupefacientes y a la rehabilitación.

Pero es poco probable que el asunto de su legalización vaya más allá del debate, ya que la mayoría de los estadounidenses (el 74% en una reciente encuesta) se oponen terminantemente a cualquier paso encaminado a legalizar las drogas. La mayoría de las personas entrevistadas encontraron repugnante la idea y prácticamente no tiene apoyo entre los dirigentes republicanos o demócratas.

Sobre el particular, Ethan Nadelmann expone con gran amplitud uno de los argumentos en favor de la legalización. Señala que muchos de los crímenes desarrollados con los narcóticos, tienen su origen en las prohibiciones más que en su uso. Los adictos pobres que roban para mantener su hábito y los traficantes que sobornan funcionarios, son

consecuencia de los altos precios de las drogas ilegales. El autor es cuidadoso de subrayar lo que la legalización no es:

No se trata de una capitulación ante los traficantes, sino en todo caso una forma de sacarlos del negocio. No es una aprobación de su uso, sino un reconocimiento de los derechos de los estadounidenses adultos de elegir por sí mismos. No es un rechazo al "sólo di no", sino más bien una solicitud al gobierno a fin de que proporcione asistencia y alicientes, no penas criminales, en apoyo del no.

Dos opositores de la legalización replican que los riesgos de una acción de esta naturaleza exceden con mucho cualquier beneficio social que pudiera obtenerse. Morton Kondracke sostiene que la enmienda que terminó con la prohibición en los Estados Unidos, duplicó el consumo de alcohol en una década y lo triplicó en cincuenta años. ¿Llevaría la legalización de la marihuana, la heroína y la cocaína a un aumento semejante?, ¿cuál sería el precio para la sociedad y los individuos? En una segunda reputación, John Kaplan, profesor en Stanford, afirma que "hay algo muy peligroso, las drogas, y tanto la heroína como la cocaína entran en esta categoría". Si la legalización de dichas drogas aumenta su uso entre la población, ello provocaría un problema de salud pública de magnitud incalculable; en fin, una polémica ciertamente interesante.

Julio TÉLLEZ VALDES

OJEDA RODRÍGUEZ, Cuauhtémoc, "Falibilidad de las reglas de experiencia en el contexto de la prueba indiciaria", *Investigación Jurídica*, Guanajuato, México, núm. 33, enero-marzo de 1989, pp. 1-11.

El autor de este artículo es profesor de derecho penal y miembro del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato. Entre sus publicaciones figura una útil obra de comentario sobre el Código Penal de ese Estado, en colaboración con el licenciado Enrique Cardona Arizmendi.

La doctrina proporciona diversas definiciones o descripciones de la prueba indiciaria. Es común entender que se trata de "aquella que de un hecho plenamente probado (conocido) llega al conocimiento de otro no probado (desconocido) en virtud de la vinculación que ambos guardan entre sí".

Es indispensable la plena comprobación del hecho base de la prueba —el indicio mismo—, en el que se sustenta el valor de la probanza. El procedimiento heurístico de la prueba examinada es el siguiente: a) hecho conocido; b) vinculación con el que no se conoce, y c) conocimiento, en tal virtud, del hecho que se procura esclarecer.

Más allá de discrepancias o diferencias terminológicas entre quienes se ocupan en el estudio de esta cuestión, hay coincidencia en puntos fundamentales. A este respecto, el autor señala los siguientes: 1. "El hecho conocido opera como causa del desconocido, o bien, el hecho concreto opera como efecto del desconocido." Asimismo: 2. "Estructura silogística de la presunción en la que el conocimiento del hecho desconocido se da por vía deductiva."

El procedimiento de la prueba indiciaria es deductivo, en última instancia, pero para contar con el punto de referencia indispensable, es preciso emplear la inducción. A partir de ésta se establece la premisa mayor del silogismo probatorio. La principal dificultad se encuentra en la determinación de éste, "o sea, en el establecimiento de la Ley que regula o define la vinculación causal o efectual".

Para lo anterior hay dos posibilidades: que esa premisa se apoye en esfuerzos y avances de la ciencia, o que se funde en las reglas o máximas de la experiencia. Lo primero brinda una sólida base para el trabajo de inferencia y la conclusión de la prueba indiciaria. En este caso "nos moveremos en los terrenos firmes que implica una rigurosa verificación de la hipótesis, hasta el grado de arrojar certeza confiable o cuando menos establecimiento de los márgenes de incertidumbre o inconstancia". Otra cosa sucede cuando se trata de reglas o máximas de experiencia, con las que se integra la premisa mayor: "en nuestro concepto —manifiesta Ojeda—, la labor aparece ayuna de todo rigor y, en consecuencia, carente de calidad científica".

Para ilustrar sus ideas, el autor recurre al silogismo: "todo culpable huye,/ Juan huyó,/ luego, Juan es culpable". Es evidente que la primera proposición de la fórmula no tiene carácter absoluto. Por ello, es preciso "hablar de lo probable y más en concreto de lo ordinario". Entonces, la premisa cuestionada se atenúa para quedar como sigue: "ordinariamente el culpable huye".

Así las cosas, entra en juego la intuición del juzgador, que no parece suficiente, por sí sola, para afirmar el hecho desconocido y culminar en la sentencia. Ahora bien, si la máxima de experiencia tiene raíz psicológica, es necesario que el juzgador posea suficientes conocimientos en materia de psicología.

Habrán graves problemas “mientras sigamos (con base en el acontecer ordinario intuito) revirtiendo la carga de la prueba al acusado (lo ordinario es cierto, lo extraordinario lo será en tanto lo pruebe el acusado), la duda será certidumbre, el sospechoso será siempre condenado y nunca habrá verdadera justicia”.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

PÉREZ PINZÓN, Alvaro Orlando, “Principios fundamentales del derecho penal”, *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, vol. XI, núm. 37, enero-abril de 1989, pp. 13-29.

El objeto de este artículo es presentar —más allá del ámbito de cierta ley nacional— los grandes enunciados que se hallan en la base del derecho penal contemporáneo, según la doctrina actual en materia dogmática, criminológica y política. Los puntos de apoyo de esos principios son la filosofía de la Constitución, los convenios internacionales sobre derechos humanos y el “derecho penal mínimo”.

Todo derecho penal obedece a una forma política, que se recoge en la Constitución. Uno es el derecho penal del absolutismo y el autoritarismo, de signo opresivo; otro, el del liberalismo, con la nota de privilegio; y otro más, el del Estado social y democrático de derecho, dominado por la idea de libertad.

El derecho penal de libertad —no sólo liberal— exige: “desprendimiento o liberación del derecho penal, que debe ser instrumento de protección de los derechos humanos sobre un plano de igualdad y sin discriminaciones, e instrumento de defensa de la libertad inviolable”; socialización del derecho penal, en el sentido de que sea “instrumento de tutela de los intereses colectivos... y medio que se identifique con la finalidad del Estado social de derecho”; y empleo de ese orden jurídico con “objetivo promocional de conductas socialmente admisibles”.

En cuanto a los convenios sobre derechos humanos, se piensa fundamentalmente en los de Nueva York y Costa Rica, aprobados para el sistema jurídico colombiano según leyes de 1968 y 1972, respectivamente. Asimismo, el Convenio europeo de Roma, de 1950, porque el derecho extranjero también es fuente del derecho y ese ordenamiento coincide con los primeramente citados.

El “derecho penal mínimo” es una corriente jurídica-criminológica que advierte cómo el sistema penal —la “justicia penal”—, y no sólo los

delitos, amenaza la seguridad y la libertad de los individuos. Bajo esta perspectiva se impone una serie de consideraciones y se plantea un catálogo de principios fundamentales, que el autor detalla.

Los principios fundamentales del derecho penal son: 1) legalidad, que se proyecta hacia el hecho punible, la pena, la medida de seguridad y el proceso; 2) tipicidad objetiva; 3) materialidad, esto es, el pensamiento no delinque; 4) ofensividad o lesividad, para lo que no basta la simple desobediencia al precepto, sino se requiere causación de daño o creación de riesgo; 5) culpabilidad, con el consiguiente rechazo de la punición cuando no hay dolo ni culpa, de la responsabilidad objetiva, de los delitos calificados por el resultado sin relación entre autor y consecuencia mayor, del derecho penal de autor, etcétera; 6) dignidad; 7) necesidad; 8) proporcionalidad, que además de requerir congruencia entre la pena y el daño causado o el grado de culpabilidad, reclama la coincidencia entre las decisiones penales y las finalidades previstas en la Constitución; 9) protección exclusiva de bienes jurídicos; 10) humanidad, y 11) oportunidad, que en materia procesal se justifica para evitar la persecución de los llamados "delitos de bagatela" (irrelevantes, que no ameritan intervención penal), favorecer transacciones satisfactorias entre el autor y el sujeto pasivo, y alentar la "desprisionización", especialmente en los casos de penas cortas privativas de libertad.

Otros principios se asocian al "derecho penal mínimo", que el articulista enuncia; así: carácter fragmentario del derecho penal (punición solamente de una parte de la antijuridicidad general), el derecho penal como última o extrema *ratio*, accesoriedad o subsidiariedad del derecho penal y mínima intervención o no intervención; es límite de la potestad punitiva del Estado y ubica al derecho penal en su verdadera dimensión dentro del orden jurídico total; "la última instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus disturbios, o el recurso final del que dispone el Estado de derecho para conseguir una sociedad democrática avanzada".

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "La Ley de Obediencia Debida", *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 50, 1988, pp. 23-32.

El distinguido penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni examina en este artículo, con apreciables razones jurídicas y estilo incisivo, la Ley

23,521, de Obediencia Debida, que ha sido frecuentemente comentada dentro y fuera de Argentina.

El artículo 1º de la Ley mencionada establece dos presunciones de haber obrado en virtud de obediencia debida, que excluye la responsabilidad penal: una, de carácter absoluto, presunción *juris et de jure*; la otra, relativa, presunción *juris tantum*.

La primera presunción implica que quienes al incurrir en la conducta típica eran "oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10, punto 1, de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida". En contra de esta presunción no se admite prueba alguna.

La "misma presunción" —dice el segundo párrafo de ese precepto, aunque en realidad se trata de presunción *juris tantum*, como inmediatamente veremos— se aplica en favor de los "oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria, si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes".

Cáusticamente, Zaffaroni señala que aquí existiría, en concepto de la ley, un error de tipo, invencible. En consecuencia, "hubo soldados argentinos que cometieron delitos porque no se dieron cuenta que sus víctimas eran seres humanos". Una guerra sería circunstancia suficiente para caer en este error invencible "que impida a los soldados reconocer las características de humanidad de sus enemigos que son de su misma nacionalidad, idioma, clase social, etcétera". Siguiendo esta línea de pensamiento se llega al absurdo de que a nadie se podría condenar por crímenes de guerra, so pena de violar el principio de culpabilidad. Los Convenios de Ginebra resultarían violatorios de dicho principio.

Explícitamente, el autor deja de lado el tema de la necesidad o conveniencia de suspender los juicios a que se refiere la ley. Ésta es materia políticamente opinable. El propósito es otro, señala: "consideramos que la ley presenta un gravísimo problema jurídico". En rigor, "la ley compromete el concepto mismo del derecho y su función". Pareciera ser que se quiere dar al saber jurídico la función "de ordenar alucinaciones de modo no contradictorio y sería en definitiva una mera técnica para el cumplimiento de esa función".

Zaffaroni presenta, brevemente, sus puntos de vista contra un régimen jurídico que antes de ahora ha producido consecuencias desastrosas.

Revisa los planteamientos de la corriente que apelaba a la "naturaleza de las cosas", y en este sentido, al pensamiento de Radbruch y de Welzel. Examina la variación en las ideas de estos autores, al empuje de las experiencias del periodo nazi.

Adelante se pregunta qué puede enseñar a Europa la Ley de Obediencia Debida. Sugiere que los hechos ocurridos en Argentina —país de composición europea— dan una imagen trágica que no es compatible con "lo europeo". Por ello, enfrentada a esta realidad, acaso Europa reconozca la conveniencia de retomar un camino hondamente reflexivo, cauteloso, que se abandonó ante la falsa seguridad de que el autoritarismo —encarnado en nazis y fascistas— había muerto definitivamente.

Otra pregunta que formula el autor, al cabo de su estudio, es qué puede enseñar a los latinoamericanos la Ley de Obediencia Debida. Advierte que entre nosotros, a diferencia de lo que pudieran pensar (erróneamente) los europeos para sí mismos, el autoritarismo no está muerto, "sino que deambula, más o menos maltrecho a veces, por todo el continente, y siempre encuentra dónde reinar, incluso gozando el don de la ubicuidad".

Plantea Zaffaroni, finalmente, una gran tarea teórica en el ámbito del derecho penal: se trataría de construir una nueva teoría del derecho penal, por el camino del reexamen de las consecuencias jurídicas del delito. Es éste, apunta, un tema indispensable para nuestra supervivencia; el impulso de conservación dará la fuerza necesaria para desarrollarlo.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

DERECHO PROCESAL

JARDÍ ABELLA, Martha, "Los recursos de apelación y revisión en el Código General del Proceso", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, núm. 4, 1988, pp. 493-506.

La promulgación en el Uruguay del Código General del Proceso (CGP), en sustitución del antiguo Código de Procedimiento Civil, con la revolución que implica pasar del proceso escrito a la oralidad, aparte de la adecuación a modernas tendencias de la doctrina, trajo consigo trabajos de los primeros exégetas de la nueva normativa; entre ellos, la doctora