

REVISTA DE REVISTAS

Derecho penal	417
---------------------	-----

que esclarece la problemática y facilita su solución. Segundo, las *Reglas* no son equitativas, pues favorecen a los porteadores, a costa de los cargadores. Tercero, de llegar a entrar en vigor las *Reglas*, coexistirían con el Convenio de 1924 y el Protocolo de 1968, lo cual rompería con la uniformidad legislativa, tan imprescindible en estos casos.

Considero que la negociación en esta disciplina tiene mucho que bregar todavía si quiere lograr un equilibrio social, progresivo y beneficioso, para todos los intereses en presencia.

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

DERECHO PENAL

ANCEL, Marc, "Observations sur la philosophie moderne de la justice criminelle", *Revue Internationale de Droit Pénal*, Pau, France, Nouvelle série, 53e année, núms. 3-4, 1982, pp. 587-595.

Este importante informe del ilustre Marc Ancel, fechado en Siracusa en enero de 1981, no parece corresponder al seminario verificado allí ese mes, donde se trató de las "Perspectivas contemporáneas sobre la filosofía del derecho penal", sino a un segundo que tuvo lugar en la ciudad siciliana en mayo de 1982, sobre la "Filosofía de la justicia penal y la política criminal". Aquella fecha y la circunstancia de que los directores de la *Revue Internationale* hayan integrado materiales de una y otra reunión científica para conformar un volumen, dejan la duda. Lo que importa, sin embargo, es el mérito intrínseco del documento.

El se propone, sobre todo, caracterizar la filosofía moderna de la justicia criminal. Los vientos generalizados de reforma penal que soplan actualmente en numerosos países tienen, según Ancel, causas diversas. La primera es el envejecimiento que en el siglo xx exhiben los códigos penales vigentes, hechos para la sociedad del siglo xix. Descansan ellos, en efecto, sobre una concepción represiva y retributiva puesta hoy en entredicho y se ven sobrepasados por preocupaciones de política criminal que en materia de justicia criminal envuelven la general aspiración a una filosofía penal renovada, repensada y coherente. Una segunda causa es el movimiento de reforma penitenciaria, favorecido por la acción de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa y por numerosas reuniones, congresos y seminario de expertos, amén de abun-

dantes publicaciones especializadas. Todo ello ha permitido, por una parte, el desarrollo de la idea de una política de "prevención del crimen y tratamiento del delincuente", y, por otra, el de un afán de humanizar el derecho penal, asegurando en su dominio una nueva protección de los derechos del hombre y el reconocimiento de los derechos del condenado. Son, todos ellos, elementos de filosofía penal que influyen también sobre quienes tienen que decidir en materia de legislación criminal. El derecho penal *stricto sensu*, como "derecho de la pena", no aparece como el único ni el mejor medio de reacción contra el crimen, de donde la necesidad de que la lucha contra la delincuencia se ejerza también en otros dominios. La prisión o encarcelamiento, por otra parte, dista de ser una panacea y debe limitarse a lo inevitable, de donde derivan tanto una política de decriminalización (despenalización) como la búsqueda de medidas alternativas a la privación de libertad. Todo esto, en fin, conduce a una transformación del papel del juez, quien, a través sucesivamente de la individualización, la racionalización del *sentencing*, la protección (especialmente de los menores) o la asistencia a la persona que se halla en dificultad, asume una función eminentemente social. Ello importa una transformación correlativa de la justicia criminal.

Ante el problema del modo como estos elementos se integran en las reformas positivas y obran sobre el proceso legislativo, Ansel prefiere limitarse a algunas observaciones de orden general, dirigidas más a indicar cómo se plantean las cuestiones que a aportar respuestas apresuradas.

Alude en primer lugar a dos formas muy diferentes de intervención legislativa: una improvisada impuesta por consideraciones urgentes, sin investigación previa, y dirigida a dar satisfacción al sector generalmente mal informado de la opinión pública, una *panic legislation*, como se le ha llamado, con aumento brutal de la represión, derogaciones a las reglas generales del procedimiento sobre todo por lo que hace a los derechos del procesado, y acrecentamiento de los poderes de la policía; y otra cuidadosamente deliberada y metódicamente preparada, que se inspira en orientaciones de política criminal, y expresiva de una filosofía de la justicia penal, a la manera del *Model Penal Code* norteamericano o del código penal tipo para América Latina, debido a la iniciativa del profesor Eduardo Novoa Monreal, a la sazón presidente del Instituto de Ciencias Penales de Chile. Esta última expresa perfectamente, entre legislaturas diferentes, una posición común y una filosofía penal susceptible de aprehenderse globalmente, aunque sus disposiciones no puedan, por cierto, ser tenidas como derecho positivo.

Se ocupa, en segundo lugar, de cómo se efectúa la reforma positiva propiamente dicha, deteniéndose en especial en las *grandes omisiones* que en numerosos países europeos han preparado para los Parlamentos respectivos los proyectos de reforma y en los problemas y tensiones que suelen originarse entre expertos y personas llamadas a decidir. Concede en este respecto, como no podría ser de otro modo, particular importancia al problema sociológico de cómo la comisión parlamentaria de revisión, o el técnico llamado a adoptar decisiones, puede informarse de las reacciones de la opinión pública y tratar de traducirlas. Aquí queda claro que para informar a quienes deciden y para realizar la reforma es necesario inspirarse en una filosofía penal meditada, que el movimiento legislativo debe a la vez expresar y promover en el plano de la justicia criminal.

¿Cuáles son las bases esenciales de esta filosofía de la justicia criminal moderna? Para precisarlas, Ancel pasa rápida revista a la evolución ocurrida en los últimos cien años. Recuerda que en el siglo xix la justicia criminal reposó en la punición retributiva, hasta que la filosofía de esa justicia, por obra de la consideración de la persona del delincuente y de la necesidad de organizar la privación temporal de la libertad con la consiguiente aparición del régimen penitenciario, la reeducación y la clasificación de los reclusos, devino sobremanera pragmática y utilitaria. Asignó desde entonces a la reacción antidelictual una triple función: punitiva, neutralizante (para los delincuentes actuales) o intimidante (para los delincuentes en potencia) y reformadora. Estas dos últimas funciones han alcanzado especial relieve en el siglo xx, con la noción de "prevención del crimen y tratamiento de los delincuentes", que conduce a la humanización de la política criminal, a una amplia decriminalización, a una utilización menor de la pena de prisión y a una política de reinserción social de los delincuentes. Tal filosofía penal triunfa después de 1950.

Los años 60 y 70, empero, han presenciado una reacción enérgica contra ella. Se ha denunciado, en el plano penológico práctico, el fracaso del tratamiento institucional, pues el que lo recibe reincide tanto como el condenado que no lo recibe. En el plano criminológico se contravierte el análisis de las tendencias personales que hacen del delito un hecho individual, para sostener que es expresivo de un conflicto de acciones y reacciones, lo que proyecta al entorno social y al "ajuste situacional" de las personas implicadas en "situaciones criminales". Lo postulan así el interaccionismo, la *labelling theory*, la criminología crítica y radical y las doctrinas de la no intervención. En el plano político, en fin, el aumento de la criminalidad y la violencia suscitan

una reacción refleja de defensa y el retorno a la represión puramente punitiva. En Estados Unidos arrecia la campaña contra las sentencias indeterminadas, la *parole*, el *probation system* y la supuesta discreción excesiva de los jueces para sentenciar. Todas estas críticas, a juicio de Ancel, merecen consideración, pero la filosofía de la justicia penal no puede contentarse con negaciones, sobre todo por lo que hace a la política criminal de humanización y recuperación social. Ella tiene una antigua y honrosa tradición y ha solido dar magníficos resultados, a pesar de sus desfallecimientos y errores y de los obstáculos opuestos por la frecuente falta de recursos y por la rutina administrativa. Tales lagunas y desviaciones deben ser denunciadas, pero su filosofía penal misma debe resultar renovada por efecto de aquellas críticas, de modo de hacer de toda pena la *ultima ratio* de una reacción anticriminal que recurra primeramente a los procedimientos de la educación y la salud, del derecho civil y del derecho administrativo, a la asistencia y a la acción social. Profundizará así las relaciones entre política criminal y política general y promoverá una justicia social a que se integrará un derecho penal criminológico, en un conjunto cuyo objeto no será sólo la cohesión, sino también la armonía de la comunidad de ciudadanos. Tal es la filosofía criminal que los criminólogos, los sociólogos y los juristas deben desarrollar para que ella inspire en seguida el proceso legislativo en las reformas del mañana.

Alvaro BUNSTER

BACIGALUPO, Enrique, "Sobre la dogmática penal y la criminología", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, vol. 66, Nueva Época, otoño, 1982, pp. 1-22.

Este artículo del distinguido penalista argentino es un valioso análisis de las relaciones entre dogmática penal y criminología en los sucesivos momentos históricos de la criminología positivista, la criminología de las "ciencias del espíritu" y la llamada nueva criminología, o criminología crítica o radical.

En el primer momento, el de la criminología positivista, dogmática y criminología coinciden en que, mientras la primera se orienta hacia una teoría preventivo-especial de la pena (que requiere un pronóstico sobre la conducta futura del autor), la segunda se ocupa de encontrar una explicación causal de la delincuencia, con lo que es dable indivi-

dualizar las causas que deben removerse para hacer realidad aquella teoría.

La tarea de reformar el derecho penal, entonces en boga, no es óbice para que los puntos de fundamentación del derecho futuro puedan incidir en la interpretación y sistematización del derecho vigente, susceptible de entenderse tanto sobre la base del indeterminismo como del determinismo, caro a los positivistas. Esto trae consigo dos modos de explicar las relaciones entre dogmática y criminología: la *gesamte Strafrechtswissenschaft* propuesta por von Liszt y la *sociología criminale* de Ferri.

En la concepción de von Liszt, la explicación empírica (criminológica) y la jurídica del delito se separan por sus fines, sus métodos y su objeto. Si ambas se integran en una ciencia total o general del derecho penal, precisamente en una *gesamte Strafrechtswissenschaft*, es más en función de fines prácticos que de propósitos de unificación metodológica bajo los principios de las ciencias causal-explicativas del delito, al modo ferriano. Esta integración resulta de agregar a la función tradicional del juspenalista la de promotor y proyectista de la reforma penal. Ni una ni otra función pueden cumplirse sin recurrir a otros conocimientos y experiencias criminalísticas, en la que sí viene a diferenciarse la *gesamte Strafrechtswissenschaft* de las concepciones de la escuela clásica.

En la visión de Ferri, derecho criminal, por una parte, y antropología y sociología criminales, por otra, integran una ciencia única, por ser único el orden de los fenómenos criminosos. La vía para estudiarlos es también un método único, el "método científico". Es manifiesto, sin embargo, que Ferri no pudo mostrar cómo puede llevarse a cabo el estudio del derecho penal mediante la observación de los hechos. En realidad, no llegó él a aplicar el "método científico" al tratamiento de la materia jurídica. Sus conceptos dogmáticos no derivan, en verdad, del "método científico", ni tampo su principio de la responsabilidad social. El modelo de Ferri es, por ello, mucho más problemático e irrealizable que el de von Liszt, pues desconoce la fundamental distinción entre "ser" y "deber ser" que acompaña a la ciencia jurídica de este siglo, y en cuya virtud las proposiciones de deber-ser no pueden fundarse en comprobaciones de hechos, sino que deben deducirse de otras proposiciones de la misma especie. El hecho cierto de que los juristas argumenten frecuentemente con "informaciones ficticias proporcionadas por la economía, la política, la sociología y la psicología" no permiten afirmar que de estos argumentos se puedan *deducir* las normas que se aplican. El fracaso de esta integración propuesta por

Ferri ha traído por consecuencia que la dogmática penal se haya desarrollado con independencia de la criminología positivista.

La reacción contra el positivismo dio como resultado una criminología de las "ciencias del espíritu", en cuya caracterización no se extiende detalladamente el maestro Bacigalupo. Dice él que en la medida en que el objeto de su investigación consista en la fenomenología de los delitos y los efectos de la sanción en la vida social, el problema que en verdad presenta no es el de su unidad con la dogmática penal, sino el de su diferenciación respecto de ésta. Si la selección que ella haga de los hechos por investigar se determina por ser "merecedores de pena" y por una definición del tipo penal influida por esa cualidad, esta tarea coincidirá con la que normalmente realizan los juristas penalistas que operan con el método teleológico. La unidad entre el derecho penal y la criminología sería posible si ésta dejara de ser una ciencia empírica y se asentara en una determinada "imagen del hombre de la criminología". Eso haría posible orientar la criminología de las ciencias del espíritu a la prevención especial. Con ello, sin embargo, se haría por demás difícil la autonomía de la criminología respecto de la dogmática penal, máxime si ésta dista de reducirse a conceptos puramente formales y siguen un método teleológico, que también parte de una determinada imagen cultural del hombre. Dicho en otras palabras: la problemática sometida a análisis presupone que la criminología sea una ciencia empírica y la dogmática penal no lo sea.

Muy diversa es la problemática de las relaciones entre dogmática penal y criminología a la luz, finalmente, de la "nueva criminología", o "crítica", o "radical", y que pone revolucionariamente en el centro de la atención científica, no ya el comportamiento del autor, sino la "reacción jurídicopenal" contra el hecho, es decir, el comportamiento de los órganos de control social. Las suyas no son teorías de la criminalidad, sino de la criminalización. Esto comporta una perspectiva totalmente nueva para enfocar las relaciones entre dogmática penal y criminología, desde que ambas no tienen ya un mismo objeto, sino que la primera pasa a ser objeto, y uno de los objetos, de la segunda. Contra quienes, como consecuencia de esto, alimentan marcado escepticismo en cuanto a la posibilidad de trabajo conjunto de ambas disciplinas, el profesor Bacigalupo cree posible esa cooperación sobre la base de desentenderse de toda integración movida por el interés de que la aplicación del derecho penal cuente con material empírico para la individualización preventivo-especial de la pena. Hecho esto, no será obstáculo a la labor conjunta el "distinto grado de abstracción y autonomía que ambas (disciplinas) tienen frente a su objeto" ni lo será

la "prohibición de negación de las premisas". En cuanto a esto último, recuerda el autor que tanto las ciencias jurídicas como las empíricas parten de axiomas, y no divisa cuáles son aquellos que no sería permitido, mutuamente, negar. Más allá de las inadmisibles ideas de unidad o integración propias del positivismo, el autor cree necesario partir del distinto interés que orienta a ambos conocimientos. El de la dogmática es aplicar el derecho garantizando los principios legitimadores de esa aplicación, para lo cual elabora los conceptos que le son necesarios. El de la sociología criminal no tiene por qué ser el de ocuparse de la elaboración de esos conceptos ni el de limitarse a su análisis. La finalidad diferente de ambas disciplinas hace que sus relaciones, al menos en el estado actual de esta problemática, sean fragmentarias.

El profesor Bacigalupo señala a continuación, entre los puntos de contacto donde los resultados de las investigaciones sociológico-criminales sobre el sistema penal, y especialmente sobre la aplicación judicial del derecho penal, pueden ser muy fructíferos para la dogmática, el de los "mecanismos de selección". Como ese, a que dedica un interesantísimo análisis cuya reproducción extendería demasiado esta nota, cree que los demás puntos de contacto que se descubren serán aquellos en que la pesquisa sociológica de la reacción social al delito sirva para demostrar que la aplicación práctica de los instrumentos conceptuales de la dogmática frustran la realización de los principios legitimadores de la reacción penal en un Estado democrático.

Excelente trabajo, en que la reflexión alerta, serena y profunda del jurista acerca del curso de las disciplinas no dogmáticas atinentes al delito y a los órganos de control social, deja en claro sus deberes intelectuales y perfectamente a salvo su posición ética.

Álvaro BUNSTER

BETTIOL, Giuseppe, "Verso un nuovo codice penale", *L'Indice Penale*, Padova, Italia, Anno XVI, núm. 2, maggio-agosto, 1982, pp. 181-188.

En el mismo número del *Indice Penale* en que el profesor Pietro Nuvo-lone escribe una conmovida necrología del profesor Giuseppe Bettiol, fallecido en Padua el 29 de mayo de 1982, se incluye esta intervención del gran maestro en la conferencia celebrada en Varese en octubre de 1981, bajo los auspicios del Centro Nacional de Prevención y Defensa Social.

Es ella una renovada, agresiva y punzante profesión de fe retribu-

cionista. La perspectiva, aunque lejana, de un nuevo código penal italiano lo lleva a concentrar sus fuegos sobre el vigente Código Rocco, viejo ya, a su juicio, apenas después de medio siglo, pese a que en el pensamiento optimista de sus artífices debía durar al menos lo que el Código justiniano. Su vejez, para Bettiol, más que del paso de los años proviene de los acontecimientos y cambios políticos, económicos y sociales de los últimos cuarenta años y de su falta de concordancia con la Constitución en vigor. "El Código Rocco —dice— es un pesado código invernal que sofoca con sus estructuras internas y externas la vida de un pueblo que desea liberarse de él." Un nuevo código penal no debe ser un mero receptáculo de ideas extranjeras, como el vigente respecto de las ideas de von Liszt, ni un código futurista, como en las concepciones de Marc Ancel. Con razón, en su entender, el gobierno brasileño bloqueó por diez años un proyecto lleno de política criminal y huérfano de derecho, es decir, de garantía. Quiere el maestro Bettiol un código serio, capaz de seguir, siquiera en la forma, el surco de los de Mori y Zanardelli. Mori y Carrara, en fin de cuentas, al corriente del desarrollo científico mundial, trabajaban en el espíritu de una "primaveral toscanidad".

Constitución y código penal deben insertarse una en otro en una visión unitaria de política criminal, lo que supone una percepción clara y precisa de los fines o del fin principal que se entiende realizar con un código penal. ¿Resocializar al delincuente o castigarlo sólo con una pena que encuentra en sí misma, en cuanto valor, su justificación? ¿Prevención general o prevención especial? Esta última es un clavel marchito que, blanco o rojo, sólo sirve para los congresos de los partidos, mas no para el derecho penal. Hasta en Escandinavia se revisan hoy las posiciones de avanzada. No se puede, pues, hacer un código nuevo con los rodajes del viejo. Es el concepto de garantía el que está en crisis, lo que es gravísimo para la *libertas civium* y para la determinación de las nociones fundamentales del derecho penal, si aún se quiere usar esa expresión. La primera exigencia, pues, en una situación de reforma es que la función de garantía de la libertad individual sea celosamente custodiada y rígidamente realizada. Pero aquí surgen los numerosos casos de elementos normativos enquistados en la figura legal. Demasiados son los tipos abiertos y es menester, por tanto, cerrar las ventanas. No es posible que, tras decenios de predicar que no hay dolo sin la conciencia de la sustancial iltitud del hecho previsto o querido, se vuelva en alguna sentencia de casación a la máxima *error juris nocet*. ¡Así no puede haber justicia en el país de Bartolo y Farinaccio!

La prevención especial está en crisis en los países escandinavos, en

los Estados Unidos y en Italia, donde su bancarrota es de evidencia absoluta. ¿Queremos destruir el sentido estricto de la ley para ver en el delito sólo el débil signo de una desviación social desprovista de todo valor moral, que no ataca los fundamentos de la convivencia social y que sólo toca, acaso, la epidermis de los ciudadanos?

La idea de resocialización puede ligarse a los reflejos condicionados (y entonces es amaestramiento de animales) o a la reeducación, vale decir, a la intervención en la esfera espiritual más íntima del condenado, donde el Estado no puede ni debe penetrar. De aquí surge el argumento fundamental para oponerse a aquella idea de "tratamiento" que no siempre respeta el límite infranqueable del respeto por la persona humana. Se invoca la prevención especial para mantener todavía en pie el sistema de las medidas de seguridad introducidas en Italia en 1931 y luego en los ordenamientos penales de otros países de Europa y en muchos de América Latina. Trátase de una institución de prevención especial que nada ha realizado y que no tiene sus papeles en regla ante las razones de fondo de un Estado de derecho.

Hoy son muy amplias las hipótesis de peligrosidad. Ellas pueden aplicarse retroactivamente, son indeterminadas en el tiempo, y están sujetas al correspondiente reexamen. Al poder sustituirse con la pena, crean una confusión entre culpabilidad y peligrosidad social, y al deslizarse al plano político pueden conducir, en tiempos de normalidad, a un derecho penal de emergencia, con todos sus horribles efectos. Menores perturbados, enfermos mentales, drogados e individuos peligrosos en general no deben ser tratados en nombre de una defensa social, sino sostenidos, curados y asistidos en nombre de una solidaridad social, como personas en estado de grave necesidad. Y esto no sólo implica un cambio de etiqueta, puesto que se atiene a la conciencia moral y a las exigencias sociales del pueblo italiano.

Se dirá que esto importa volver a la prevención general como criterio informador del nuevo código. No es así, por mucho que recientes acontecimientos en diversos lugares trasuntan un repensamiento crítico de ella. Para Bettiol, la prevención general subordina el individuo a la utilidad de los más, en cuanto su castigo no es función de su culpabilidad sino del temor que puede ejercer sobre terceros. Así, dice, puede caerse en el autoritarismo antidemocrático. Es lo que el vigente Código Penal italiano exhibe en cuanto al delito, a las figuras de la parte especial y a la pena. Es, precisamente, lo que la reforma debe eliminar de él.

El centro del nuevo código debe hallarse, fuera de toda idea de prevención, en la dignidad humana, en la íntima relación entre derecho

penal y Constitución. Cuando ésta, en su artículo 27, proclama que "la responsabilidad penal es personal", descubre para el derecho penal todo el filón de la actitud interior y, para los fines de la individualización judicial de la pena, deja en evidencia, sin descuidar el hecho, la antijuridicidad y la lesión de un bien jurídico, la *Gesinnung*, ellos, la disposición o ánimo del sujeto agente. En la personalidad de la responsabilidad penal anidan los dos conceptos fundamentales de todo derecho penal que sirva al hombre y que esté hecho sólo para el hombre: la *culpabilidad*, por un lado, y la *pena retributiva*, por el otro. Culpabilidad, es reprochabilidad, pena retributiva es sufrimiento en el sentido más humano posible, pero sufrimiento proporcionado a la culpabilidad. Culpabilidad, pena retributiva y proporcionalidad garantizan substancialmente un derecho penal abierto a la libertad. ¡Fuera, pues, toda forma de responsabilidad objetiva, y atención a la tutela de la libertad y dignidad de la persona!

Debe quedar al margen de toda discusión el mantenimiento de la pena detentiva o reclusión, la única pena verdaderamente sentida por la conciencia moral y social. Las medidas alternativas de ella responden a un momento humorístico del derecho penal y deben desaparecer. El derecho penal pertenece al hombre serio y responsable y que sabe que pagar su deuda a la sociedad que ha ofendido es un deber. Pagar una deuda es readquirir un honor. Basta ya de penas accesorias y de efectos penales de la condena. Esto humilla al hombre que ha pagado y le hace imposible su reinserción en la vida. Sin dar aliento a las trombas de la resocialización, de la reeducación, de la enmienda (que ya carece de meta), el sentido del honor readquirido a través de una expiación de amplio vuelo sí que hace que una decaída conciencia moral pueda todavía resplandecer de bien en una sociedad de hombres honestos. "Este es —termina Bettiol— mi derecho penal."

Álvaro BUNSTER

FOGEL, David, "The American debate on sentencing policy: a decade of struggle", *Revue Internationale de Droit Pénal*, Pau, France, Nouvelle série, 53e année, núms. 3-4, 1982, pp. 749-773.

Esta contribución del profesor de Justicia Criminal de la Universidad de Illinois al seminario sobre "La filosofía de la justicia penal y la política criminal", tenido en Siracusa en mayo de 1982, no es un informe sino un artículo basado en un documento preparado por el autor

en 1980 para el *Centre de Politique Criminelle*. Fogel deja constancia de que varias de sus secciones se apoyan en trabajos anteriores suyos citados a pie de página.

El artículo es en sí sobremanera interesante por la clara exposición de los antecedentes de diverso orden que explican las actuales tendencias en materia de derecho penal, condenas criminales, administración carcelaria y derechos de los reclusos, prevalecientes hoy en los Estados Unidos. Lo es también por la leal contraposición en que el autor suele manifestarse frente a las ideas de Norval Morris, autor de un informe para el mismo seminario, reseñado también por nosotros en este Boletín.

Muy vívida es la referencia a los albores de la Nueva Penología, como él la denomina, surgida tras la Guerra Civil, tendencia correccional ampliamente dominante en el periodo comprendido entre 1870 y 1930, época en que surge el famoso reformatorio de Elmira (1876) y, siguiendo su ejemplo, muchos otros en una serie de estados norteamericanos. Todos llegan a conformar un sistema carcelario para reos condenados a sentencias indeterminadas, imbuido de la retórica de la rehabilitación, en cuyo obsequio el recluso, desprovisto de derechos en cuanto tal, pasa a ser un "esclavo del Estado", sin que los tribunales se inmiscuyan en manera alguna en las decisiones de los oficiales penitenciarios. Empiezan, sin embargo, a inmiscuirse al extinguirse los años sesenta, tras el enorme incremento de la delincuencia durante esa década y la millonaria Guerra contra el Crimen consiguientemente emprendida. Fenómeno paralelo es la revolución en torno de los derechos del hombre (movimientos en pro del voto de los negros, de la liberación femenina, del *free speech*, de los derechos de los enfermos mentales y los inválidos, del fin de la guerra en Viet Nam, y del medio ambiente; desconfianza en la autoridad después de Watergate, etcétera). Otras presiones se ejercen también por aquella época sobre la sociedad: uso de drogas, incremento de crímenes callejeros, brecha generacional, revolución en los estilos de vida, en la indumentaria, en el lenguaje. Año decisivo es el de 1971. Tras el violento y sangriento motín carcelario de Attica, en que "aparte las guerras contra los indios, los norteamericanos mataron en un día más norteamericanos que en ningún otro día en su historia", surgen libros encendidos, como *The Struggle for Justice*, publicación cuáquera, y *The Discovery of the Asylum*, por David Rothmann. Siguen numerosos informes y obras de análisis sobre problemas como la sentencia indeterminada, los procedimientos de liberación condicional, la abundancia de discrecionalidad y disparidad en las sentencias condenatorias. Desde 1974 se cuestiona la efectividad del

llamado modelo de rehabilitación, principalmente por Robert Martinson, para quien los programas rehabilitadores funcionan para *algunas* personas, *a veces*, en *algunos* contextos y bajo *ciertas* condiciones, pero *nada* funciona para *todos* los delincuentes y en *todo* lugar. Esto equivale a decir que "todo funciona, pero pobremente". Estas conclusiones tienen, por cierto, precedentes, pero también reciben confirmación en libros de, entre otros, Norval Morris, Richard A. Mc Gee, Nigel Walker, Leslie Wilkins, el propio David Fogel, Andrew von Hirsch y Alan Dershowitz.

Al analizar los fundamentos "filosóficos" sacudidos por esos acontecimientos e ideas, se ocupa Fogel del llamado "modelo rehabilitador", que clasifica la clientela criminal dentro del establecimiento en un número limitado de tipos con tratamiento prescrito para cada uno (diagnóstico) y obliga a una continua evaluación de dicho tratamiento para determinar el punto de recuperación en que se queda "listo para la libertad condicional", punto que ha de estar en una secuencia temporal indefinida, a menos que la condena se cumpla antes del tiempo terapéutico óptimo. La verdad es que, dada la ínfima dotación de personal rehabilitador frente a la muy alta de personal de vigilancia, cabría sostener que tal rehabilitación no ha existido nunca en los Estados Unidos y que no puede esperarse que llegue a existir. Pero aparte de esto en un sistema democrático de justicia, según Fogel, importa más la simple equidad (*fairness*) que la cura. La incertidumbre, las disparidades, el capricho y las injusticias de la sentencia indeterminada y del sistema de liberación condicional han quedado, a su juicio, convincentemente documentados. El fin de una condena de prisión es claramente el de castigar, por lo que la sentencia debe ser fija, cierta, definida y liberalmente mitigada por "tiempo de gracia", cuando sea el caso.

A pesar de las críticas que le han sido dirigidas al sistema de pena determinada, Fogel lo tiene por plausible. En su opinión, intenta poner fin a una de las principales causas de violencia en las prisiones: la ignorancia o incertidumbre acerca de la fecha precisa de liberación. Al mismo tiempo, termina con la mascarada del tratamiento y práctica de la rehabilitación forzada, estructura la discrecionalidad judicial sin quijotescas nociones sobre su abolición y torna más parejos los procedimientos de condena y liberación. Tales son los elementos de lo que el autor ha llamado el modelo de justicia.

ALVATO BUNSTER

GREBING, Gerhardt, "Sanctions alternatives aux courtes peines privatives de liberté", *Revue Internationale de Droit Pénal*, Pau, France, Nouvelle série, 53e année, núms. 3-4, 1982, pp. 775-812.

El joven profesor de derecho penal de la Universidad de Giessen preparó muy poco antes de su trágico fallecimiento este magnífico informe para el seminario acerca de las "Perspectivas contemporáneas sobre la filosofía del derecho penal", que tuvo lugar en enero de 1981 en Siracusa. En él dio cuenta, una vez más, de su profunda versación penológica, acreditada ya en varios trabajos en lengua alemana.

La primera parte del informe es una muy documentada exposición de un hecho generalmente no conocido, a saber, que la campaña por la proscripción de las penas cortas privativas de libertad y por su reemplazo por otras penas, no es sólo producto de la moderna política criminal sino que se remonta bien atrás en el siglo pasado, principalmente a Francia, donde no puede dejar de mencionarse a Bonneville de Marsangy, con su obra *De l'amélioration de la loi criminelle*, publicada en dos volúmenes entre 1855 y 1864. Inicialmente las penas de reemplazo traídas por las reformas penales llevadas adelante en Europa a principios del presente siglo, son la multa y, en sentido amplio, la condena condicional, término en que caben el *sursis* y la *probation*. El autor señala con todo detalle la extensión y modalidades con que algunas naciones europeas dan preferencia a una u otra. No silencia, sin embargo, el hecho de que muchos países del viejo continente conservan la vigencia de penas privativas de libertad de corta duración, motivados sobre todo por la idea preventivo-general del *short sharp shock* o *shock saludable*. Grebing es decididamente contrario a esa fundamentación, que estima incompatible con la dignidad humana y el principio de humanidad, situados en la base de toda política criminal. Aun suponiendo que el *shock saludable* tuviera tal efecto desde un punto de vista de prevención especial, la naturaleza de *ultima ratio* de las penas privativas de libertad debería obligar a recurrir a ellas lo menos posible. Y esto aun teniendo en cuenta que el abandono de la "ideología del tratamiento" tiende a disminuir las penas privativas de libertad largas y medianas.

Al estudiar los sustitutos de las penas cortas privativas de libertad, Grebing tiene sobre todo en cuenta la legislación y práctica alemanas. La multa aparece como alternativa principal, por evitar los efectos "desocializantes" generalmente atribuidos a la pena corta, constituir una sanción económica adecuada a una sociedad de consumo que acuerda gran importancia al dinero como medio de hacer realidad un alto nivel

de vida, y privar al sentenciado de una parte de su libertad económica. Para ello ha sido menester ampliar el campo de aplicación de la multa, que ha dejado de ser una "pequeña pena" por pequeñas infracciones para convertirse en pena principal y autónoma, y ponerla en proporción con los recursos del reo, principalmente por el modernamente conocido sistema de los días-multa. En cuanto al *sursis*, él aparece como alternativa indirecta y "subsidiaria", y jurídicamente, más que un sustituto de la pena misma, como un sustituto de su ejecución. Su campo de aplicación se ha extendido considerablemente en el derecho alemán. En efecto, toda pena inferior a seis meses debe ir obligadamente acompañada del *sursis* si el pronóstico es favorable; toda pena superior a seis meses e inferior a un año debe ir acompañada del *sursis*, a menos que la defensa del orden jurídico imponga su ejecución; excepcionalmente puede acordarse el *sursis* para una pena de duración de uno o dos años.

Existen todavía como alternativas la "advertencia con reserva de condena" (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*), aplicable a la pena de multa impuesta; la dispensa de la pena (*Absehen von Strafe*), aplicable cuando "los efectos de la infracción han afectado tan gravemente al autor que la imposición de una pena parecería carente de sentido", y la autorización dada al procurador por la ley procesal penal, con ciertas limitaciones, para no continuar el procedimiento, imponiendo al delincuente la reparación del daño, el pago de una suma de dinero al tesoro público o a una institución social, y el pago de pensiones alimenticias.

Tras esta exposición, que deja ver en el derecho alemán un repertorio limitado de alternativas, discute el autor de *lege ferenda* para su país la creación de sustitutos, tomando en cuenta el desarrollo de la cuestión en el plano internacional.

Lugar prominente corresponde entre esas alternativas al trabajo en interés social, *community service order*, como lo bautizaron los ingleses al introducirlo en 1972, a la par buscando alternativas y contribuyendo a despoblar las prisiones. Baste decir, sin entrar aquí a describir sus requisitos y particularidades, que esta alternativa contiene tres elementos o funciones: la punición, la resocialización y la reparación. Los resultados de su aplicación han sido hasta ahora, en general, satisfactorios, y ello sobre la base de una calidad técnicamente alta de los servicios posliberacionales y de la existencia de numerosas organizaciones de beneficencia que aportan su cooperación y acogen a los delinquentes condenados a esta pena alternativa.

Mención merece, en seguida, la posibilidad de transformar ciertas penas complementarias en penas independientes, como se ha esforzado

en hacerlo el legislador francés en 1975 con la interdicción de una actividad profesional o social, la suspensión del permiso de conducir por cinco o más años, la confiscación de vehículos, la privación del permiso de caza, la confiscación de armas, etcétera.

Grebing expone luego, reconociendo los obstáculos que la idea encontraría en Alemania, la posibilidad de pasar del *sursis* a la *probation*, en cuanto el primero subordina la no ejecución de la pena pronunciada y suspendida a la buena conducta, y la segunda condiciona a ésta la dictación misma de la sentencia. También alude, finalmente, a la reprobación judicial, pero sin acordarle demasiada importancia o efecto.

Esta presentación sistemática y crítica del estado actual del problema del reemplazo de las penas breves de prisión en Europa comporta una excelente ilustración para los esfuerzos de reforma legislativa actualmente en curso en México.

Álvaro BUNSTER

HERRMANN, Joachim, "The philosophy of criminal justice and the administration of criminal justice", *Revue Internationale de Droit Pénal*, Pau, France, Nouvelle série, 53e année, núms. 3-4, 1982, pp. 841-862.

La exposición del profesor Herrmann es la relación general en el subtema del título, dentro de las discusiones habidas en torno de "Las perspectivas contemporáneas sobre la filosofía del derecho penal", en el seminario celebrado en Siracusa en enero de 1981.

El documento se ocupa de las diferentes estructuras de procedimiento criminal que existen en los diversos países, de los fundamentos políticos e ideológicos a ellas subyacentes, de sus reglas jurídicas y de su funcionamiento real. No se propone tratar de esas cuestiones filosóficamente, en el sentido de una forma de pensamiento sobre la naturaleza de las cosas, por grande que pudiera ser la tentación de hacerlo en temas como el porqué del derecho penal y del procedimiento criminal. Se orienta más bien, en una línea pragmática, a los diversos aspectos de la administración de justicia, no sin ocuparse a veces de cuestiones filosóficas, pero más bien en el sentido norteamericano de consideración teórica de un tema particular.

La relación recae en los principales objetivos de la administración de justicia (capítulo II), en el fundamento filosófico y político de los sistemas de justicia criminal angloamericano y europeo continental (ca-

pítulo III), en los problemas de averiguación de los hechos en los sistemas acusatorio e inquisitivo (capítulo IV) y en algunas cuestiones relativas a la protección del individuo en el proceso.

I. La administración de la justicia criminal está encargada primordialmente del descubrimiento de la verdad. Esta tarea, confinada en el pasado a las circunstancias del supuesto delito, se ha ampliado a las condiciones personales y sociales del acusado, por efecto de las nuevas tendencias a la individualización de las sanciones. Junto a aquel objetivo primordial, la administración de la justicia criminal es un instrumento de protección de los derechos individuales y de las libertades personales del acusado y de otras personas. Entre ambas funciones se plantea un delicado equilibrio.

Ha habido críticas al objetivo de descubrir la verdad. Los seguidores del llamado *labeling approach* sostienen que la justicia criminal discrimina en contra de los pobres carentes de poder, de suerte que policía, acusadores y jueces, como representantes de las clases superiores, distribuyen entre los miembros de las clases bajas la etiqueta (*label*) de criminales. Aunque la investigación empírica ha solido darles la razón, sostiene Herrmann, no ha llegado a comprobar de manera absoluta sus afirmaciones. Luhmann, en seguida, ha sostenido que el procedimiento judicial tiene un fin más modesto que el de descubrir la verdad, a saber, el de arribar a una decisión que constituye el objeto de un acuerdo general, aunque tal decisión sea errónea. Tampoco concuerda Herrmann con este aserto, pues a su juicio el poder legitimador del procedimiento penal no tiene otro fundamento que los esfuerzos tendentes a descifrar la verdad, aunque no haya garantías de que ellos se vean siempre coronados por el éxito. Algunos autores ingleses, por último, han sostenido que el sistema acusatorio anglosajón, a la inversa del continental, no buscaría la verdad, sino la solución de un pleito entre acusación y defensa. También discrepa de ellos Herrmann, afirmando que el juez y el jurado ingleses buscan fundar sus decisiones en la verdad.

II. Filosófica y políticamente, los sistemas angloamericano y europeo continental de administración de justicia penal se diferencian en algo más que en ser acusatorio el uno e inquisitivo el otro. El primero es individualista y descentralizado, al paso que el segundo descansa en la uniformidad, la organización burocrática y la centralización. El liberalismo en que ambos se basan se traduce en la importancia acordada en el sistema angloamericano a la participación ciudadana, para limitar los poderes del Estado, y en el principio de que cada individuo, léase inculgado, sabe lo que le conviene; y en el sistema europeo con-

tinental, en que la protección de la vida, la libertad y la propiedad corresponde más al legislador que al juez. Esto determina una serie de diferencias prácticas. A un sistema continental de policía centralizada y de procuradores de carrera se opone uno anglosajón en que la persecución es descentralizada, a cargo de la policía local (Inglaterra) o de procuradores autónomos elegidos por períodos largos (Estados Unidos). Mientras en el sistema inquisitorio interroga el juez y la acusación y defensa desempeñan papeles accesorios, en el acusatorio prueba e interrogatorios están a cargo de las partes. Al jurado, propio del sistema anglosajón, se contraponen, todo lo más, tribunales mixtos en el sistema continental, que tras instituir los jurados en el siglo XIX, han terminado prácticamente por abolirlos. Todavía, en el sistema anglosajón quien se reconoce culpable será condenado sin examen de las pruebas de culpabilidad, con admisión amplia del *plea bargaining*, al paso que en el sistema continental eso no es posible, pues la verdad no está a disposición del individuo y el procedimiento no depende allí de la decisión del acusado.

III. Cree Herrmann que la determinación sobre cuál sistema es mejor, no corresponde a los juristas sino a los científicos sociales. Analiza extensamente las experiencias de laboratorio de Thibault y Walker, que inclinarían la balanza en favor del sistema anglosajón, conclusión a la que el autor opone fuertes reparos. Admite que en el sistema inquisitivo se está más cerca de una verdad exenta de prejuicios por ser el juez quien mejor sabe las informaciones que necesita. A ello cabe oponer, como contrapartida, que él desempeña a la vez tres funciones: la de interrogador principal, la de quien efectúa el interrogatorio "cruzado" y la de quien tiene que valorar a los testigos.

IV. Acerca del segundo objetivo del juicio criminal, la protección de los derechos del imputado y de terceros, él es estudiado por Herrmann distinguiendo el sistema continental del norteamericano y del inglés. En el primero existen disposiciones precisas del Código de Procedimiento Penal, enriquecidas en los últimos años por preceptos constitucionales y por la influencia creciente de la Convención Europea de Derechos del Hombre. En el segundo esa protección se encuentra en la Constitución y en sus *amendments*. En el tercero depende esencialmente de la jurisprudencia, de reglas de los jueces (*judges rules*) y de normas de equidad no escritas. Los medios de protección mismos son acciones civiles o penales contra la policía, que tienen carácter muy excepcional; control de la policía por las autoridades judiciales, de que poco se sabe; acción disciplinaria de las autoridades policiales, método más corriente, pero no siempre muy eficaz, y, en fin, exclusión del pro-

cedimiento de los elementos de prueba ilegalmente obtenidos, tenida por esencial si se quiere salvaguardar las libertades individuales.

Un documento muy útil, completo y sugerente.

Alvaro BUNSTER

LEJINS, Peter P., "Recherche évaluative sur le traitement des délinquants", *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, Ginebra, Suiza, vol. XXXVI, núm. 1, Janvier-Mars, 1983, pp. 7-15.

La evaluación del tratamiento de los delincuentes es tema a la vez de coloquios, seminarios, conferencias y congresos, como de libros y publicaciones y de muchos proyectos de investigación. Trátase de una preocupación tan antigua como la reforma penitenciaria, llevada adelante desde hace cerca de dos siglos para humanizar el trato a los prisioneros y para eliminar las causas del comportamiento delictivo, y complementada en el siglo xx por la *probation*, la liberación condicional y las diferentes formas de terapia comunitaria, así como por los tratamientos especiales para jóvenes delincuentes. Tal reforma aparecía estrechamente ligada a la aparición y desarrollo de la ciencia social y especialmente al surgimiento hacia 1870 de la criminología. Paralelamente se desenvolvía rápidamente el tratamiento médico, cuyo empleo influía en el problema de la conducta delictiva sobre la base de la proposición de que la curación de una enfermedad es posible cuando se elimina la causa, lo que implica una investigación para establecer esta última.

Iniciada la reforma en el tratamiento de los delincuentes, surgió la necesidad de comparar el resultado de lo antiguo con el de lo nuevo, es decir, la evaluación. Ésta originó la investigación evaluativa contemporánea, que ha reflejado la medida en que las sanciones penales y la privación de derechos han dado lugar a un plan nacional enderezado a suprimir las causas del fenómeno a fin de eliminar el fenómeno mismo. Hasta los más recientes temas macrosociológicos del comportamiento delictual (la anomia, la movilidad social, la criminología marxista o radical), así como las teorías del *labeling*, siguen en esencia buscando las causas del comportamiento criminal, aun cuando sus proposiciones etiológicas sean muy diferentes de las teorías convencionales de la criminalidad. El postulado a ellas subyacente es el mismo, a saber, el que después de comprender el círculo causal la sociedad podrá

ocuparse mejor del problema criminal por la eliminación de sus causas, cualquiera sea su naturaleza.

¿Pone fin el tratamiento a los actos criminales? ¿Logra él que los delincuentes se comporten más tarde en la vida libre como personas respetuosas de la ley y como miembros aceptados de la sociedad? Como regla general, no se ha intentado un estudio comparativo de la eficacia del tratamiento frente al castigo y a la privación de derechos como medio de proteger a la sociedad.

Pero he aquí que la idea de reemplazar el castigo por el tratamiento ha perdido abrupta o inesperadamente su valor a partir de los años 60 en Estados Unidos y en Europa occidental. Se está de acuerdo, generalmente, en rechazar el papel hasta ahora dominante del tratamiento, a menos que sea voluntario, y se vuelve a la condenación punitiva como consecuencia lógica del acto criminal cometido. Al concepto del "tratamiento modelo" se opone hoy el de "justicia modelo". No se quiere ya que la duración del encarcelamiento dependa de la evolución social del detenido y, por tanto, de su aptitud para retornar a la vida libre. Con razón se ha apodado de "neoclásica" a esta tendencia, que se atiene a la pena impuesta por el tribunal conforme al Código Penal en función del delito cometido, desentendiéndose del comportamiento ulterior del delincuente. Y tales ideas se han llevado a la práctica penitenciaria y hasta a la ley en varias partes, al menos, de los Estados Unidos. La liberación condicional, una de las herramientas principales del tratamiento, ha sido abolida en varios estados norteamericanos.

¿Cuáles son los motivos de semejante tendencia? Primera razón: la prueba cada vez más evidente, con base estadística y de otro orden, de que un porcentaje muy alto de delincuentes tratados aun intensivamente siguen siendo criminales después de su liberación. Segunda razón, menos directa y decisiva: la cantidad de delitos y la tasa de su aumento constante sigue dos siglos de reemplazo progresivo del castigo por el tratamiento. Tercera razón: cuando el tratamiento cae en el descrédito, su ciego rival natural, la sanción penal, conoce de inmediato un alza en su popularidad. Cuarta razón: el moderno movimiento triunfante de los derechos del hombre llega a pensar que la ejecución de una pena determinada, pronunciada por un tribunal en función de un delito, es una injerencia menor en los derechos fundamentales de un individuo que años de sumisión a los caprichos del personal penitenciario y de los encargados del tratamiento. Quinta razón, derivada de la anterior: desinterés actual de la *intelligentsia* liberal por la prevalencia del tratamiento.

No ha habido hasta ahora una evaluación del impacto del extendido escepticismo en torno al tratamiento como método útil de lucha contra la criminalidad. Veamos algunos ejemplos de ese impacto, a medida que empieza a tomar cuerpo la nueva perspectiva.

Desde la fundación de la criminología por Lombroso en los años setenta del pasado siglo, se señaló a ella el cometido de estudiar las causas de la criminalidad. Esta supuesta utilidad del saber criminológico hace evidente, en primer lugar, la verdadera significación y el impacto inevitable del actual escepticismo en torno al tratamiento en la lucha contra la conducta criminal. El porvenir del debate sobre la aplicabilidad del tratamiento del delincuente determinará también en gran parte el porvenir de la criminología.

Son evidentes, en segundo lugar, las muchas diferencias entre los establecimientos destinados sólo a mantener a los delincuentes condenados en condiciones humanas hasta la expiración de su pena y aquellos cuyo principal objetivo es la reeducación o la reinserción social de ellos. Una de las diferencias más esenciales es la ausencia, en los primeros, del influjo de la evolución de la personalidad del detenido en la duración de su permanencia en el establecimiento. El influjo del comportamiento del detenido tiene un doble efecto. Por un lado, ese efecto es positivo, en cuanto lo estimula al estudio y aprendizaje; por otro, si la liberación más pronta está condicionada a la buena conducta, surge una herramienta utilísima para el mantenimiento de la disciplina. La "justicia modelo" en sentido estricto priva en gran parte a la dirección del establecimiento penitenciario de esta eficaz herramienta de gestión. ¿Qué harán, se pregunta tangencialmente Lejins sin divisar respuesta, los detenidos al pasar de los días, si desaparecen las rutinas del tratamiento?

Es fuera de dudas, en tercer lugar, que el reemplazo del tratamiento por las puras sanciones penales está destinado a tener un profundo efecto sobre el personal, su formación y sus cualidades. El personal formado en ciencias sociales, psicología, pedagogía, trabajo social, se ve apreciablemente sustituido en el cuadro de la "justicia modelo", donde el tratamiento pasa a ser facultativo, por personal formado en administración y en disciplinas afines.

Tras esta exposición, desarrollada en perfecta ilación lógica, se pregunta Lejins si existen suficientes pruebas científicas, debidamente fundadas, para decir que el tratamiento de los delincuentes es generalmente ineficaz. Para muchos, las existentes estadísticas e informes de investigadores son suficientes en número y rigurosas en calidad para afirmar que es inquietante el porcentaje de recaída en el delito después del

tratamiento. Para otros, debería probablemente procederse aun a investigaciones más estrictas, inspiradas en marcos de referencia bien definidos y conceptos muy precisos.

El autor piensa que debe desecharse el antagonismo entre castigo y eliminación de causas de la delincuencia, para hacer de la punición, el tratamiento y la privación de derechos un solo "modelo sistemático" de lucha contra el delito, utilizando los tres métodos sobre la base de comprobaciones científicas y combinándolos en consideración a las categorías de infracciones y de delincuentes.

Cree, en suma, que una búsqueda intensiva en esa dirección puede resolver los problemas planteados por la crisis actual de la política criminal.

Álvaro BUNSTER

LEYRIE, J., "Nouveaux aspects du traitement des 'délinquants anormaux mentaux'", *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, Ginebra, Suiza, vol. XXXVI, núm. 1, Janvier-Mars, 1983, pp. 16-27.

A la luz de los datos recogidos por la criminología clínica y por la psiquiatría forense, cree probable el autor que el nuevo Código Penal francés distinga, junto a los delincuentes reputados normales, los "alienados criminales" y los "delincuentes mentalmente anormales". En los "alienados criminales" el acto delictuoso no es más que un síntoma, un epifenómeno de la enfermedad mental que los aqueja. Los "delincuentes mentalmente anormales" presentan disposiciones de carácter conformadoras de una "personalidad psicopática", que favorecen el tránsito a la acción, o por efecto de impulsiones, o ante la menor resistencia que tales disposiciones engendren. Estos últimos no quedan exonerados de responsabilidad penal, y el acto cometido les es imputable.

El derecho penal positivo francés plantea problemas y dificultades de diverso orden en el caso de los "delincuentes anormales mentales". Distingue él entre penas y medidas de seguridad, y en esa perspectiva, ciertos delincuentes resultan condenados a una pena de prisión acompañada de un *sursis* con sujeción a prueba. Esta prueba puede consistir en someterse a tratamiento médico (psicoterapia o quimioterapia). Es aquí donde surgen los problemas y dificultades respecto de los "delincuentes mentalmente anormales". Aparte que la frontera entre ellos

y los "alienados criminales" es, desde luego, muy oscura y debatida, el derecho penal francés excluye a la jurisdicción de toda posibilidad de decidir en cuanto a la ejecución de la pena pronunciada, sea por lo que hace al establecimiento penitenciario especializado en que debe cumplirse, sea en cuanto a las modalidades del *sursis*, que no pueden establecerse por el juzgador. Con ello, la individualización de la pena se hace en dos etapas que no van necesariamente en la misma dirección. Si en el caso de los "delincuentes mentalmente anormales" el "tratamiento" penal y el tratamiento "médico" se superponen en parte, el tratamiento debe responder a la doble exigencia del orden judicial y del orden médico.

En la realidad judicial, una parte importante de los "delincuentes mentalmente anormales" está constituida por los psicópatas desequilibrados, los paranoicos llamados "sensitivos" y los sujetos reputados "perversos sexuales".

Los psicópatas desequilibrados, polidelincuentes, multirreincidentes, tienden a caracterizarse en el plano medicolegal por la reivindicación de su estado patológico en el medio penitenciario y por la de su normalidad psíquica en el medio psiquiátrico. La respuesta medicosocial y judicial a sus actos de transgresión es uno de los grandes problemas no resueltos de la criminología clínica moderna.

Los paranoicos llamados sensitivos no caben en el concepto de "dementia" del Código Penal francés. No solicitan tratamiento en la medida en que su funcionamiento mental los conduce a considerar que el "enfermo" de injusticia y agresividad es el medio circundante y que el "cuidado médico" aniquilaría la "pureza" fundamental de ellos.

Los delincuentes sexuales son los que plantean de manera más aguda la oportunidad de la "obligación de tratamiento". Respecto de ellos la criminología trata de determinar, más allá del mero tránsito al acto, el modo de su funcionamiento psíquico, su mayor o menor saturación de factores psicopatológicos, la existencia eventual de desarreglos biológicos en ellos y su accesibilidad a la sanción penal o a un tratamiento médico.

Por desgracia, tanto la psiquiatría como la psicología criminal y la criminología clínica han llegado hace tiempo a la conclusión de que se trata más de perversos que de neuróticos, lo que torna ilusoria toda pretensión terapéutica. Un cierto número de tales delincuentes sufren a causa de su perversión, al extremo de presentar por ello graves perturbaciones psicósomáticas o preocupaciones suicidas activas. Trátese de sujetos con impulsos a la exhibición, a la paidofilia, a la violación, que son conscientes del carácter reprobable de sus actos y del fundamento

de las graves sanciones en que incurren. No son, por lo tanto, dementes en el sentido del artículo 64 del Código Penal francés. Su internación protegería a la sociedad sin permitir al interesado someterse a terapéuticas particulares.

Cobra desarrollo la práctica de favorecerlos con la libertad condicional o con un *sursis* parcial, sujetándolos a prueba en la perspectiva de permitirles someterse a psicoterapia. Los psiquiatras, sin embargo, no creen técnicamente posible establecer una relación verdaderamente terapéutica en el cuadro de la ejecución de una sanción, aun en recintos abiertos, pues sus resultados son, en todo caso, decepcionantes. En cuanto a las tentativas de tratamientos quirúrgicos (castración o neurocirugía), han sido en Francia unánimemente rechazadas por su carácter mutilante o irreversible y por la ausencia de conocimientos precisos en cuanto a las razones de su eventual eficacia.

El acetato de ciproterona (CPA), aislado en 1963, con efecto modificador del comportamiento sexual, abre nuevas perspectivas prácticas respecto de ciertos delincuentes sexuales, y algunas teóricas en lo que atañe a la obligación de tratamiento. Al ocupar los receptores centrales y periféricos de la hormona masculina (testosterona), el CPA suprime los efectos incitadores de ésta, en particular sobre los centros hipotálamicos vinculados al comportamiento. Esa ocupación no se acompaña de ningún agotamiento de la producción normal de la hormona masculina ni afecta la función secretora del testículo. Su acción es, antes bien, completamente reversible, ya que al detenerse la administración del producto se "liberan" los receptores, que quedan de nuevo disponibles para los efectos incitadores de la hormona masculina. Ésta continúa produciéndose normalmente. Durante la cura por el CPA se observa en los primeros ocho días una baja sensible de la libido, seguida en las tres semanas siguientes de dificultades de erección, y, a los dos meses, de reducción del volumen de eyaculación y de una rarefacción importante de espermatozoides en la esperma. La detención del tratamiento acarrea una recuperación completa del estado anterior, en las mismas etapas, orden y plazos. Esto prueba que no se trata de una castración química.

Publicaciones hechas sucesivamente desde 1971 en Alemania Federal, Suiza, Inglaterra y Dinamarca exhiben para esta cura resultados positivos en el 80% de los casos. En Francia ha habido mayor silencio al respecto, en parte acaso por una reticencia cultural propia del tabú en torno a todo lo que concierne a la procreación, en parte por el temor casi primitivo provocado por toda sustancia química, natural o sintética, susceptible de provocar una modificación del psiquismo o del

comportamiento de las hormonas, y en parte por un cierto imperialismo intelectual de algunos adeptos incondicionales del psicoanálisis. Frente a todo esto cabe subrayar otra vez que el CPA no reduce la producción de la hormona masculina (normal, por lo demás, en todos los delincuentes sexuales), sino que inhibe los efectos incitadores de esta hormona sobre los centros que presiden ciertos comportamientos. No se trata de negar la influencia eventualmente criminógena que sobre cada personalidad ejercen el medio sociocultural y las circunstancias ambientales, sino simplemente de afirmar que el CPA, al disminuir el impacto de las sollicitaciones movilizadoras de los centros hipotalámicos, disminuye los riesgos del tránsito al acto y, por vía de consecuencia, concurre a la reducción del estado peligroso. Si sigue siendo verdadero que el tratamiento de la mayoría de los estados neuróticos justifica el rechazo de los medicamentos para remitir al sujeto al verdadero mecanismo de sus perturbaciones, no es menos cierto que frente a las psicosis en desarrollo, el psiquiatra no está condenado a una elección maniquea entre quimioterapia y psicoterapia y que la asociación de dos técnicas, aplicadas de preferencia por dos prácticos diferentes, aparece con mucho como la solución más satisfactoria. Esto concierne igualmente a otros "delincuentes mentalmente anormales", como los que presentan personalidades psicóticas, distímicas o epilépticas.

En todos estos casos, la intervención de medidas terapéuticas paralelamente al pronunciamiento de la pena corresponde a la evolución del derecho criminal como de la criminología, pero hasta hoy se ha permanecido sólo en la fase de los "buenos deseos". Antaño los tribunales recurrían con poca frecuencia a esas medidas, acaso por la ignorancia en que se estaba de los medios terapéuticos para contrarrestar perturbaciones conducentes al delito. Hoy, cuando esa ignorancia es mucho menor, la situación no parece haber cambiado demasiado. El cambio no requeriría sólo del incremento de recursos financieros. Sería necesario, sobre todo, que a la justicia se la dotara de los medios de control, en términos de no aparecer tal control como un dispositivo puramente accesorio y complementario respecto de las penas principales, sino inserto en una verdadera política criminal que recogiera el asentamiento de la opinión pública y de los profesionales respectivos (médicos y magistrados).

Álvaro BUNSTER

MARCHIORI, Hilda, "Delito y vejez", *Revista mexicana de justicia*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, vol. 1, núm. 2, abril-junio de 1983, pp. 37-85.

El ensayo de la doctora Marchiori propone, en el enunciado de su título, un gran tema. Es lástima que luego lo desarrolle tan sólo a medias, quedándose más acá de las apetencias con que la posible curiosidad del lector pueda ir recorriéndolo. Por su formación, el asunto parecería propicio a los desarrollos de índole criminológica; en los hechos se queda en las zonas descriptivas de lo psicológico y de lo sociológico, no obstante ser otras las presuntas especializaciones temáticas de la revista que lo alberga.

Sobre la base de una bibliografía fundamentalmente de edición argentina, aunque con la mención de algunas disposiciones de derecho mexicano, la autora traza un panorama —interesante en sí mismo, inevitablemente interesante, diríamos— de las posibilidades, perspectivas y características de la vejez en una sociedad contemporánea del tipo de la nuestra; a la cual, por lo demás, no define ni tipifica en sus principales correlatos específicos (cultural, económico), de modo que la situación y las motivaciones del anciano que delinque en ella aparezcan configuradas por valores, disvalores y condiciones que las hagan intransferibles. Sólo aparecen aludidos algunos temas cuya ponderación más detallada habría revestido mucho interés y que habrían hecho la originalidad más individualizatoria del trabajo como esfuerzo de investigación y, en definitiva, como empresa crítica. ¿Cuál porcentaje de la delincuencia del anciano reviste las características de lo ocasional y en qué medida, dada por la frecuencia de los números, se trata de una delincuencia profesional, de una carrera de la cual no hay salida humana ni estatuto de retiro? La autora al pasar a veces lo sugiere, pero en sus desenvolvimientos no lo ahonda. Ni la forma en que auténticamente vive el delincuente senil ni las condiciones de su *habitat* ni, en su caso, un auténtico perfil psiquiátrico de quien delinque llegado a la vejez (¿en el comienzo de una ejecutoria o en la continuación profesional de la misma?) aparecen caracterizados con suficiente precisión.

La autora se detiene, en cambio, en la consideración de los condicionamientos psíquicos y de las relaciones ambientales de un anciano genérico, que parece pertenecer a un medio de la clase media, de una burguesía cuyos parámetros no se delinean para aludir a formas de procedencia y pertenencia más estrechantes y comprometedoras. Los problemas de rechazo del anciano por parte del medio familiar, de

reclusión asilar, etcétera, aparecen mencionados pero no se abunda en las particularidades que puedan revestir en un medio dado y concreto. La penuria de los asilos y refugios de ancianos aparece mencionada, al punto de dejar constancia de un simple apunte, para que no parezca que se le ignora; pero la vinculación de ese extremo a una política de previsión social por parte del Estado o a la composición del núcleo familiar, que virtualmente expulsa al anciano, no aparecen marcadas con sentido crítico ni en su posible incidencia en un cuadro de factores de etiología criminológica.

El ensayo, de una cincuentena de páginas, se ocupa predominantemente del anciano, no del delincuente senil como problema social ni, menos aún, en la diagnosis de sus formas, de los índices y factores que permiten una apreciación más circunscrita y definida de su peligrosidad en sus diversas manifestaciones.

Como ensayo sobre los tópicos generales que encierra una problemática de la vejez en una sociedad contemporánea (¿pero cuál?) es interesante sin dejar de ser panorámico y, por eso mismo, en muchos casos obvio y superficial. Luego del libro de Simone de Beauvoir (*La vieillesse*, 1970) el cual la doctora Marchiori ha leído y cita en su edición bonaerense, podría pretenderse que estaba obligada a perspectivas de mayor rigor, más allá de una mera aproximación descriptiva y de una gran mayoría de observaciones que formula de manera muy elemental y sabida. Se trata de un ensayo de una cincuentena de páginas y no es un libro ni una investigación exhaustiva, por supuesto. Pero habría sido dable requerirle que puntualizara con mayor precisión el campo y el método de sus formulaciones y conclusiones, en modo tal que las páginas que utiliza se hicieran cargo de pertenecer al dominio de una disciplina cierta y no de varias probables. Ese más cuidadoso deslinde de pertenencias habría evitado incurrir en afirmaciones tan insosteniblemente genéricas, gratuitas e infundamentadas como ésta, que se lee en la página 67 de la *Revista Mexicana de Justicia*: "Existe en la personalidad del anciano que comete un homicidio un proceso de demencia senil." Así dicha, parecería que la observación hubiera sido verificada en todos los casos; siendo de tal modo categórica e indistinta, la observación es inexacta y revela una metodología ligera y anticientífica.

El tema, repetimos, era muy atrayente. Los instrumentos con que ha sido abordado le restan acuidad y, en todo caso, servibilidad en su posible dimensión criminológica.

CARMEN GARCÍA MENDIETA

MORRIS, Norval, "Punishment and sentencing reform in the United States", *Revue Internationale de Droit Pénal*, Pau, France, Nouvelle série, 53e année, núms. 3-4, pp. 727-748.

El documento del conocido profesor de derecho penal y criminología de la Universidad de Chicago fue el informe inicial de una de las discusiones habidas en el seminario celebrado en mayo de 1982 en Siracusa sobre la justicia penal y la política criminal. Es una cuenta crítica de extraordinario valor sobre las reformas introducidas en Estados Unidos en los años recientes al sentido de las sanciones y al régimen de condenas penales. Estas reformas han sucedido cronológicamente a las emprendidas en materia de legislación penal sustantiva, bajo la inspiración del *Model Penal Code*, y respecto del sistema mismo de justicia criminal.

Las reformas de que se ocupa el documento derivan, a juicio de Morris, de desilusión ante el ideal de rehabilitación, de una preocupación creciente por la disparidad de las condenas, del reconocimiento del margen de discrecionalidad judicial como objeto de estudio y foco de la reforma, y, en fin, del renacer de la retribución como justificación respetable del castigo.

El movimiento reformista va, pues, de la indeterminación a la determinación de la sentencia. La desilusión respecto de la rehabilitación proviene de que sus efectos o la reducción del recidivismo como consecuencia del tratamiento rehabilitador no aparecen demostrados. Esto, combinado a las tasas de aumento de la criminalidad y a la consiguiente inquietud pública, han vuelto a dirigir la atención desde los efectos utilitarios de las condenas hacia sus efectos disuasivos. Agréguese a lo anterior la reacción contra la disparidad de la duración efectiva de la condena resultante de la esencia misma del sistema rehabilitador, reacción que se extiende naturalmente contra la discrecionalidad judicial en la imposición de la magnitud de la condena. Es, sin embargo, una errónea posición pendular, piensa Morris, pasar de ahí a las sentencias de término fijo, determinado por la gravedad del crimen y modulado sólo levemente por circunstancias atenuantes y agravantes. Por lo que concierne al renacer del retribucionismo, él debe atribuirse a la influencia de numerosas publicaciones e informes, algunos de estos últimos de procedencia privada, que han traído agua al molino de la opinión pública.

Los propósitos filosóficos y las realidades prácticas que se han señalado, motivo suficiente para que académicos y legisladores se alejaran del modelo de rehabilitación, se ven inesperadamente fortalecidos por

otros designios, alimentados por grupos de gran poder político. Son las fuerzas que a comienzos de los años sesenta declaran la guerra contra el crimen, a causa del grave incremento de éste durante los últimos quince años. El chivo expiatorio pasa a ser, con manifiesta injusticia, el juez penal, acusado reiteradamente en la prensa de fallar con lenidad. Antes, sin embargo, de exponer en qué consisten las reformas mismas, Morris cree indispensable dejar sentado que el rechazo de los fines rehabilitadores como fundamento o prolongación de una pena de prisión, que sin ellos no se habría impuesto, no importa rechazar los programas de rehabilitación disponibles en numerosos establecimientos.

Explica a continuación las reformas distinguiendo tres padrones: *a)* los que estriban en cambios administrativos, *b)* los que se basan en determinaciones legislativas acerca de quiénes van a prisión y por cuánto tiempo, y *c)* aquellos en que una comisión sentenciadora brinda las pautas para definir la relación entre el mandato legislativo y la discrecionalidad judicial.

Respecto del padrón administrativo importa decir, desde luego, que la libertad condicional ha estado bajo nutrido fuego en los Estados Unidos, y que en muchas partes se ha eliminado la discrecionalidad de la liberación que ella apareja. El autor refiere aquí el esfuerzo por introducir más orden en el acto de sentenciar, llevado adelante por la Comisión de Liberación Condicional. En él, una matriz bidimensional vincula la gravedad del delito y la probabilidad de reincidencia (factor saliente) a un tiempo que se espera sea compurgado antes de la liberación condicional. El "factor saliente" incluye siete rubros, entre los que se cuentan las condenas previas, las detenciones previas, la edad, el uso de drogas, el rendimiento escolar, etcétera. El otro eje, el de la gravedad del delito, divide todos los delitos federales en siete niveles de gravedad. La intersección de delito y delincuente brinda el periodo presuntivo que debe compurgarse. Excusado es decir que todo este procedimiento opera en relación a la sentencia judicialmente impuesta.

En lo que atañe al padrón legislativo, de que California e Illinois ofrecen paradigmas, se caracteriza, por lo pronto, por la abolición de la libertad condicional. Morris se concentra en el régimen californiano. En él, a los efectos de la condena, los delitos caben en cuatro categorías, para cada una de las cuales se prescribe legislativamente una "sentencia presuntiva", que el juez debe imponer a menos que existan circunstancias atenuantes o agravantes. Si él se aparta de la sentencia presuntiva debe dar las razones de haber procedido así. El profesor Morris no escatima energía para execrar este régimen, singularizándolo

como máxima expresión de desconfianza en el juez, descarriada y carente de principios.

Por último, el padrón judicialmente orientado, de que ofrecen ejemplos Minnesota y Pennsylvania, tiene por llave maestra una Comisión Sentenciadora encargada de elaborar directrices que asistan al juez en el ejercicio de la discrecionalidad al sentenciar, discrecionalidad que le está legalmente permitida. Estas directrices no son de control, sino de orientación. El juicio de Morris es ampliamente favorable a este padrón y a los resultados que su aplicación ha brindado hasta ahora.

El informe del profesor Morris se cierra con una muy penetrante referencia al problema de la discrecionalidad judicial en general. En la fijación del tipo y duración de la condena, recuerda, intervienen muchos actores: la legislatura en las opciones legales que franquea, la policía al decidir denunciar, el procurador al resolver actuar, el defensor al regatear el curso del juicio, el tribunal al sentenciar, las autoridades penitenciarias al resolver sobre las condiciones para la liberación condicional, y, en fin, los funcionarios del Poder Ejecutivo al conceder perdón o clemencia. La discrecionalidad fluye como el azogue, pero a diferencia de él, no puede ser contenida. Si las condenas están legalmente fijadas sin que los jueces puedan decidir sobre su duración, los procuradores devienen sentenciadores, cuando deciden qué cargos formular, qué regateo aceptar, qué sentencias recomendar o a qué fallos no oponerse. Si la sentencia indeterminada priva al procurador y al juez de buena parte de su injerencia sentenciadora, las autoridades de la liberación condicional establecen la condena. El regateo judicial ha dado al procurador un poder extraordinario en el sistema judicial norteamericano, que el exceso de reformas al régimen de condenas penales no ha hecho sino acrecentar.

Se comprende que el informe del profesor Morris haya suscitado en Siracusa intenso y valioso debate.

Álvaro BUNSTER

NUVOLONE, Pietro, "L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introductive", en *L'Indice Penale*, Padova, Italia, Anno XVI, núm. 3, settembre-dicembre, 1982, pp. 434-439.

El autor comienza haciendo notar que, por mucho que los delitos de acción sigan constituyendo mayoría en los ordenamientos penales, los de omisión ven cada vez más ampliada su esfera a medida que el Es-

tado social moderno asume como propios nuevos cometidos en todos los ámbitos. Se sancionan así penalmente numerosos deberes de ejecutar ciertas acciones tanto en el dominio tributario como en el de las relaciones laborales, en materia económica industrial y comercial, en lo urbanístico y edilicio, etcétera. Por otra parte, una mayor complejidad de la vida social, debido a los avances tecnológicos y a una creciente mecanización, acarrea la dictación de normas de comportamiento cuya violación puede fácilmente consistir en ilícitos omisivos, según lo atestigua, desde luego, la legislación reguladora de la circulación por carreteras.

No concuerda el autor con que en materia de omisión pura o simple quepa distinguir delitos de otros que son comunes. Puesto que en unos y otros el deber es siempre de *hacer algo*, los delitos omisivos propios son aquellos que tienen como requisito una calidad del sujeto activo; pero tampoco pueden los otros, los supuestamente comunes delitos de omisión, ser técnicamente asimilables a los delitos comunes de acción, atribuibles a cualquier sujeto, ya que ese deber de *hacer algo* no puede no darse en la situación penal en que el omitente debe hallarse, como sucede en la omisión de socorro.

Esencia del delito omisivo es la desobediencia a un mandato jurídico de actuar, desobediencia que es en sí la lesión del interés tutelado por la norma, con lo que el resultado del delito coincide con la desobediencia.

Siendo la omisión un concepto normativo, referido a un mandato jurídico, no puede haber omisión jurídicamente significativa sin la conciencia de la antijuridicidad, esto es, sin la conciencia de violar un mandato jurídico. Esto, en el fondo, no indica ninguna particularidad del dolo en los delitos omisivos, pues siendo el hecho el objeto de todo dolo, tal hecho es, en estos casos, la desobediencia a una norma que impone un *hacer*. El simple *no hacer*, en efecto, carecería de significado desde el punto de vista del elemento subjetivo del delito. Por lo que atañe a la culpa, en cambio, el conocimiento de la antijuridicidad sí viene en realidad a carecer de significación, pues tanto hay omisión culposa cuando, conociendo la norma, se olvida el sujeto de observarla por distracción u otros motivos, como cuando pueda establecerse que el desconocimiento de ella depende de una negligencia suya.

Todo lo anterior respecto de los delitos de pura o simple omisión. Pero quedan los impropios delitos de omisión o delitos comisivos mediante omisión, en los cuales el resultado, cuya producción prohíbe la ley, es reconducible causalmente a una omisión como a una acción.

Trátase de figuras no autónomas, de modos particulares de manifestación de un delito, descrito fundamentalmente como delito de acción, cuya hipótesis de hecho se presenta, en general, como de *causalidad abierta*. Caso típico es el homicidio. Cuando el omitente es, empero, un copartícipe, puede tratarse de cualquier delito de acción en que la conducta omisiva del copartícipe realiza un hecho atípico, causal para la realización del hecho típico.

Estima el profesor Nuvolone que a ambos aspectos se refiere el segundo inciso del artículo 40 del Código Penal italiano, al disponer que “no impedir un resultado que se tiene el deber jurídico de impedir equivale a causarlo”. Esta fórmula postula que la omisión no es causal en sí, sino equivalente a la causalidad. La causa es siempre una fuerza activa. Al omitente se le reprocha no haber impedido la serie causal con una conducta activa: no haber hecho, por ejemplo, el cambio de rieles que habría impedido la colisión de dos trenes. Esta equiparación sólo es procedente si la norma desobedecida de que deriva el deber de actuar está específicamente establecida para evitar resultados del tipo del que se ha verificado. No es dable, pues, remontarse a un deber genérico e indirecto, con lo que se violaría el principio de legalidad. Tal asunto queda especialmente en evidencia tratándose de una participación omisiva atípica en el hecho comisivo ajeno.

Surge aquí el delicadísimo problema de las relaciones entre el principio de legalidad y taxatividad y el delito comisivo mediante omisión. Es claro que la referencia deber ser a un deber *jurídico*, pero puesto que rara vez prevé directamente la norma el deber de impedir un determinado resultado, será necesario atender a la implícita previsión de una norma que genéricamente imponga realizar cierta acción a quien revista determinadas cualidades o se halle en determinadas posiciones. Tal ocurre con los deberes de control y vigilancia, por ejemplo.

La fórmula del artículo 13 del nuevo Código Penal alemán, “Quien omite impedir un resultado perteneciente al tipo de una ley penal sólo es punible conforme a ésta cuando ha debido responder jurídicamente de que el resultado no aparezca y cuando la omisión corresponda a la realización del tipo legal a través de un hacer” (traducción nuestra), es substancialmente la misma del código italiano, antes reproducida, y la mención a la correspondencia de la omisión con la realización del mismo tipo a través de una acción, no parece agregar nada de nuevo ni de diverso, salvo legitimar la interpretación en el sentido de excluir toda forma de participación en el delito activo de otro, cuando la omisión consista en una conducta atípica respecto de la figura legal. Así, no concurre al hurto el policía que, al corriente del proyecto delic-

tivo, no interviene para evitarlo, pero sí la guardia armada sabedora del acecho para dar muerte a alguien, que se aleja del lugar. En esta hipótesis de hecho abierta, la omisión se equipara al curso causal activo.

La participación en materia de delitos omisivos comprende muchos problemas. Aparte del que surge de los ejemplos ya indicados, se da la hipótesis de la concurrencia, por acción u omisión, en el delito omisivo ajeno, como ocurriría con la instigación a la violación de un deber jurídico o la facilitación *a priori* de los medios para ocultarla. Otro problema es el concurso de omisiones.

He aquí, pues, que ambas especies de delitos de omisión presentan aspectos y particularidades de gran relieve doctrinal y práctico: resultado y dolo en los delitos omisivos propios, relaciones entre la violación del deber jurídico de impedir el resultado y el principio de legalidad en los delitos omisivos improprios, causalidad de la omisión, coparticipación delictiva en materia de omisión. Aunque ellos no representen graves derivaciones respecto de los conceptos generales de la responsabilidad penal, merecen especial estudio por la tendencia a una mayor incriminación de estas especies delictivas.

Alvaro BUNSTER

HISTORIA DEL DERECHO

ABELLAN VELASCO, Manuel, "Viviano y la *castratio puerorum*. (A propósito de D 9,2,27,28)", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, t. LII, 1982, pp. 733-749.

El autor examina una doctrina de Viviano referida en texto de Ulpiano 18 *ad edictum* D 9,2,27,28. El texto dice que si alguien castra un niño esclavo y lo hace así más valioso, según la opinión de Viviano, no responde por la acción de la ley Aquilia, pero sí por la acción de injurias o por la acción del edicto de los ediles curules o por la acción del cuádruplo (*aut ex edicto aedilium aut in quadruplum*). A partir de este texto, el autor se propone tres cuestiones: ¿existió un edicto específico de *castratione puerorum* emitido por los ediles curules? ¿qué sabemos del jurista Viviano? y ¿cómo explicar los medios procesales que menciona el texto?

La primera cuestión la resuelve afirmando, como hipótesis, la existencia de un edicto especial sobre las castración de esclavos, distinto