

## REVISTA DE REVISTAS

Derecho penal . . . . . 1167

tada, si bien sería conveniente, volvería muy complicada la denominación social, sobre todo si a ellas había que añadir, si fuera el caso, "de Capital Variable" o sus abreviaturas de "C.V.", y que además nos obligaría a crear tantas "subespecies" de sociedades anónimas como objetos sociales se dieran.

Soyla H. LEÓN TOVAR

## DERECHO PENAL

DOUGLAS, Gillian, "Dealing with prisoner's grievances", *British Journal of Criminology*, London, England, vol. 24, núm. 2, abril de 1984, pp. 150-168.

La autora de este artículo visitó dos países escandinavos con objeto de estudiar sus sistemas penitenciarios y compararlos con el de su propio país, escogiendo a Suecia y Dinamarca por tener políticas penales más progresistas que las del sistema británico.

En dos grandes temas puede dividirse el artículo. El primero está relacionado con la información a que puede tener acceso un preso, y el segundo, con los mecanismos de queja que cada país ofrece a sus detenidos. Resumimos la situación que a este respecto sucede en los tres países, comentando su efectividad y disponibilidad.

INGLATERRA. En este país el preso no puede tener acceso a su expediente, así como tampoco se le explican las razones para haber tomado la decisión con que el sujeto no está de acuerdo, ya que dichos asuntos son considerados como información confidencial. Puede enviar sus quejas a cualquier persona u organización, excepto si a juicio de las autoridades el escrito representa una amenaza seria y verdadera para la seguridad y el buen orden en la prisión.

El sistema inglés ha instituido un órgano independiente que se encarga de revisar las decisiones de las autoridades. Cada prisión tiene su junta de visitantes, formada por representantes de la comunidad, voluntarios cuyo deber consiste en visitar las prisiones, interrogando tanto al personal como a los presos, además de tener acceso a todas las áreas de la prisión.

La realidad es que los presos no tienen confianza en la efectividad de la junta, pues su función se concreta a elevar informes de su visita y a formular recomendaciones para el director de la prisión.

Encontramos también la figura del *ombudamn*, denominado PCA (Comisionado del Parlamento para la Administración), establecido en 1967. Su tarea consiste en investigar las quejas de quienes se dicen víctimas de las injusticias cometidas por la mala administración. Es significativo de su labor el siguiente dato: en 1981 el número de presos era de 13 300; recibió 39 quejas, y aceptó sólo 12 para investigar.

SUECIA y DINAMARCA. Estos países comparten la misma posición en cuanto a la censura sobre comunicaciones del preso con el exterior: las restricciones sólo van enfocadas a detectar planes de fugas y tráfico de drogas. No hay restricción en cuanto a que las quejas se expresen hacia el exterior. Pueden hablar por teléfono en forma privada y buscar consejo legal o de otro tipo sobre la manera de dirigir sus quejas.

Suecia es uno de los países iniciadores de la figura del *ombudsman*, por lo que no podía faltar en una zona tan conflictiva como es la administración de prisiones. Este órgano que en Suecia es colegiado, está formado por cuatro personas, una de ellas encargada de la justicia penal, cuya función es supervisar la observancia de las leyes por parte de quienes ejercen una actividad pública.

En ambos países existe la representación legal sólo en teoría. Esto significa que la labor del abogado termina cuando el acusado entra a prisión para cumplir su sentencia, y a semejanza de Inglaterra, la falsedad de los hechos que el reo exponga en su queja será sancionada con pérdidas de alguna de las prerrogativas que la ley le otorga.

Las experiencias danesa y sueca de los consejos de reos nos permiten afirmar que el éxito de éstos depende del entusiasmo que ponga el director de la prisión, unido al sentido común de los presos, que no quieran abusar de su posición para obtener ventajas personales. Si esto pudiera lograrse, esa agrupación funcionaría como un canal de comunicación entre prisioneros y personal, permitiéndole al director que realmente lo desee, conocer la marcha verdadera de la institución. Este solo hecho debería compensar los conflictos que seguramente acarrea el permitir la organización colectiva de quienes están privados de su libertad.

En los tres países analizados existen mecanismos para recibir las quejas. Sin embargo, todos ellos parecen insatisfactorios, por ser las mismas autoridades jueces de sus propios actos, o en el caso de los órganos externos a la prisión, por ser ellos poco accesibles, o por no poder proporcionarse la documentación requerida en razón de carecer de ella el quejoso.

Desde el punto de vista de las autoridades, mientras mejor informado está el condenado más objeciones puede presentar. Siempre existirán quejas en las prisiones, por progresista que sea el sistema penitenciario.

Esto es comprensible, ya que la esencia de la prisión es restringir la libertad de acción y de elección. Los directores de las prisiones se consideran expertos y no aceptan que sus decisiones sean revisadas por gente no experta, aun tratándose de un rango jerárquico superior.

El éxito en el sistema para manejar las quejas de los presos dependerá de lo que las autoridades carcelarias quieran ceder del trabajo que tienen encomendado, o de que decidan considerar la posición del preso y tener para con él un trato más justo. Y la importancia de ello radica en la necesidad de conocer lo que realmente sucede dentro de las prisiones (ya que lo único que conocemos es la versión oficial), con lo que las cárceles dejarán de ser un lugar misterioso y oscuro.

Dolores FERNÁNDEZ MUÑOZ

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, "Política penal en el Estado democrático", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XXXVII, fasc. 2, mayo-agosto de 1984, pp. 333-345.

Preocupa primordialmente en este trabajo al joven profesor de Barcelona la política penal que debe seguir un Estado democrático, donde un proceso constante de apertura va reduciendo la coerción al mínimo indispensable, cuando ese Estado se ve precisado, sin embargo, a incriminar una conducta.

El paso de un Estado autoritario a un Estado democrático obliga a este último a toda una revisión del sistema penal, que debe hacerse conforme a criterios científicos y con sensibilidad ante los problemas que afectan a la sociedad. El legislador penal debe considerar la realidad concreta, y la norma que dicta, en cuanto recurso extremo, debe superar las contradicciones de la realidad social. Norma y precepto penal son asimismo parte de la realidad. La ciencia penal, a su turno, debe dejar de entenderse como dogmática en sentido estricto y asumir su condición de ciencia social y su naturaleza política. La revisión crítica del derecho penal que ella emprenda debe acoger el aporte de las ciencias sociales y tornarse receptiva a los intereses sociales de las mayorías.

A juicio del autor, el concepto del bien jurídico, que las incriminaciones a que se vea obligado el Estado democrático deben individualizar al máximo, franquea la entrada de las ciencias sociales al campo del derecho penal.

Sostiene Hormazábal que tanto las tesis *inmanentes* como las *tras-*

*cedentes* al sistema jurídico penal que se han formulado sobre el bien jurídico señalan sólo en forma aparente lo que se protege y son de naturaleza ideológica, tomada esta expresión en sentido peyorativo, ello es, en cuanto traspasan al bien jurídico una concepción interesada del mundo y de ese modo explican o legitiman la ley penal.

La historia de las teorías del bien jurídico deja en claro que cada concepción del mismo corresponde a una forma dada de hegemonía estatal. La concepción de Birnbaum, acuñador del concepto (1834), obedece al propósito de superar la identificación de raíz liberal hecha por Feuerbach entre el objeto de protección y los derechos subjetivos, que contra el espíritu restaurador de la época dejaba fuera de tutela los delitos atentatorios de la religión y de la moral. El concepto se consolida, conforme a la exposición de Hormazábal, con el positivismo, al unificarse Alemania por obra de un poder estatal fuerte y autoritario, resultado de un compromiso entre fuerzas sociales incapaces de imponerse por la vía revolucionaria y una nobleza agraria que cede ante la realidad. A este Estado fuerte reconoce la teoría política la condición de titular de un *derecho subjetivo* público a exigir obediencia, con la consiguiente "cosificación" de los bienes jurídicos como objetos concretos, inferibles de los propios códigos penales.

Una corriente del positivismo, representada por Binding, postula que "en la superficie de la desobediencia se esconde como núcleo la lesión de un bien", con lo que, en definitiva, toda norma encierra en sí un bien jurídico. Éste aparece simplemente como una creación del legislador, que al crear la norma crea el bien jurídico. A diferencia de esta concepción normativa del bien jurídico, la de Franz von Liszt, que es trascendente y no inmanente al sistema penal, divisa el bien jurídico en los intereses de los individuos en sus relaciones vitales y lo ve como una creación de la vida a la que la protección del derecho concede tal categoría de bien jurídico. Si bien es verdad que un "bien del derecho" se ve así reemplazado por un "bien de los hombres", en el pensamiento de Von Liszt las "condiciones de la existencia social" vienen a identificarse con las "condiciones de la comunidad estatal", privilegiándose un modelo de sociedad y una forma de Estado en que el *ius puniendi* estatal queda también legitimado.

Caído el Segundo Imperio alemán tras la Primera Guerra Mundial, surge con la Constitución de Weimar un nuevo modelo de Estado en que la idea de libertad, conjugada con un programa económico-social, conduce a una ideología legitimadora apoyada, por una parte, en el neokantismo y, por otra, en el hegelianismo y en la fenomenología. Los autores basados en el neokantismo, especialmente Honig, privan al bien

jurídico de todo contenido real y concreto, señalando que “los objetos de protección no existen como tales” y que “sólo son productos de un pensamiento jurídico específico”. De entonces data la distinción entre objeto de la acción u objeto material y objeto jurídico del delito o bien jurídico. Para Helmut Mayer, neohegeliano, hay ante todo en el delito un disvalor de acción cuyo contenido se determina por una inadmisibles lesión de un orden moral realizada por una acción, superándose así la concepción insuficiente del delito como lesión de bienes jurídicos. H. Welzel, desde la fenomenología, reformula el concepto de acción y distingue entre disvalor de acto y disvalor de resultado, atribuyendo al derecho penal la misión de proteger los valores elementales de la vida en comunidad, los bienes vitales de ésta, prohibiendo en la norma y castigando en el precepto penal las *acciones* (subrayado nuestro) dirigidas a la lesión del bien jurídico. Este pertenece a una instancia pre-jurídica, a la realidad social, e influye y es influido por la relación social. Para Hormazábal, sin embargo, la mediatización de la relación social por los disvalores de acto, la admisión consiguiente de delitos sin bienes jurídicos, y el hecho de derivar estos de la norma, sin explicar su génesis, llevan a Welzel a una definición de bien jurídico que es, en definitiva, formal, y que no explica lo que el Estado protege al sancionar penalmente una conducta.

Hoy, sostiene el autor, se vuelve a la línea lisztiana sobre la materia y se perciben *corrientes sociológicas* en la explicación del bien jurídico (Amelung, Callies, Hassemer, Mir). Su concepto aparece, en verdad, *trascendente* al sistema penal, pero *inmanente* al modelo de sociedad en que dicho sistema se enmarca. Cree Hormazábal en la necesidad de que en el Estado democrático se determine *materialmente* el bien jurídico, de modo de revelar los encubrimientos ideológicos con que aparecen formalmente en la realidad los objetos susceptibles de protegerse penalmente. El esfuerzo por dotar al bien jurídico de contenido material ha de considerarlo como un producto social históricamente surgido dentro de una relación social concreta.

El Estado democrático importa, para Hormazábal, la existencia de una sociedad civil fortalecida ante una sociedad política en retroceso. El bien jurídico es una *síntesis normativa* resultante de la contradicción generada en una sociedad democrática entre el derecho penal como expresión más pura de la coerción y la negación de éste por el reconocimiento jurídico de los derechos y libertades de los individuos. Esta síntesis se expresa, a nivel de la sociedad política, en un tipo penal socialmente significativo, y al nivel de la sociedad civil, en un producto social de una sociedad democrática. De esto deriva que el bien jurídico

tiene carácter histórico y está condicionado por la forma específica en que se producen las relaciones sociales, sobre todo por la ideología que enmascara la realidad. De lo mismo se sigue también su carácter crítico. Así, la despenalización del adulterio en la España democrática mostró que la ideología de proteger el matrimonio monogámico y la familia sólo encubría el sometimiento de la mujer al marido, puesto que sólo ella podía cometer el delito.

En suma, la política penal del Estado democrático debe orientarse de modo exclusivo a la protección de bienes jurídicos entendidos materialmente como *síntesis normativa de relaciones sociales concretas* en una sociedad democrática.

Interesantes reflexiones que se proyectan a una parte importante de la temática sobre la que se cierne la crítica contemporánea del derecho penal.

Álvaro BUNSTER

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, "La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 37, fascículo II, mayo-agosto de 1984, pp. 321-332.

Para analizar el difícil problema de la infracción del deber de cuidado, el autor alude preliminarmente al desacuerdo existente sobre el sistema dogmático para el desarrollo del concepto del delito imprudente. Tras rechazar la doctrina tradicional en esta materia, que consideró a la culpa como una forma de culpabilidad que podía afirmarse desde el mismo momento en que el resultado no justificado fuera previsible y evitable, el autor adhiere —no sin reservas— a la que él llama teoría alternativa. Esta parte de una concepción personal, no causal, del injusto, según la cual la adecuación típica en el delito culposo requiere la comparación de la infracción de un deber de cuidado, lo que permite diferenciar el disvalor de la acción (constituido por la infracción del deber de cuidado) y el disvalor del resultado (consistente en la lesión del bien jurídico). Esta teoría —afirma el autor— no ofrece diferencias fundamentales respecto de la estructura de la culpabilidad en el delito doloso salvo que *eventualmente* haya que exigir la infracción de un deber subjetivo (individual) de cuidado.

*No toda conducta*, que de acuerdo con la experiencia es adecuada

para la producción de un resultado lesivo de un bien jurídico, *debe ser prohibida*. Así, si alguien atraviesa una calle con su automóvil sin disminuir la velocidad del modo necesario para evitar una colisión en el caso de que alguien no respetara su derecho de prioridad, y la colisión se produce, el pretender subsumir tal conducta en el tipo importaría lisa y llanamente prohibir el propio derecho de prioridad. Se requiere, pues, algo más que la mera causalidad y la mera previsibilidad. Se requiere la infracción de un deber de cuidado que supone, en primer lugar, falta de la diligencia objetivamente debida y, en segundo, falta de la diligencia subjetivamente posible. Así dio comienzo la infracción del deber de cuidado su largo peregrinar por la sistemática del hecho punible culposo.

Se desarrolla actualmente una polémica *fundamental* en torno a determinar —a los efectos del tipo de injusto— si la caracterización de la contrariedad de la conducta del deber de cuidado debe realizarse según criterios únicamente objetivos o en función de la capacidad individual del autor. Zugaldía se manifiesta resueltamente en favor de esta última posición. Las razones que invoca son varias y de diversa índole. Señalemos algunas.

Desde luego, la concepción objetiva de la contrariedad al deber no permite dar criterios utilizables para la construcción de la imagen del hombre medio cuidadoso, que de otra manera se convertirá en una abstracción de alto grado y de difícil utilización en el caso concreto. ¿Por qué razón, dice a modo de ejemplo, la contrariedad al deber de cuidado de un conductor de cincuenta años, novato y asustadizo (que conduce tomando en cuenta su capacidad), debe confrontarse con la imagen del conductor mediocuidadoso si, en definitiva, el mandato jurídico-penal sólo puede pretender que se haga lo posible?

Aparte de que los argumentos en favor de la contrariedad objetiva al deber de cuidado son utilizables en favor de la tesis subjetiva, y que la contrariedad al deber individualmente evaluada debe impulsar a la práctica a formular reglas concisas de cuidado, sorprende que los partidarios de la tesis contraria traten en muchos casos de orientar al límite máximo de cuidado a las especiales capacidades del autor, y, por otro, piensan que cuando la especial capacidad del autor se concreta en una innovación técnica, ésta debe constituir el criterio objetivo del cuidado. Ellos no pueden explicar por qué se amplía el deber de cuidado exigido a quien dispone de capacidades especiales superiores al término medio y no se reduce para el que las tiene inferiores, y por qué, generalizando como se hace a partir del autor con capacidades especiales, se perjudica sin explicación alguna, al término medio.



Invoca Zugaldía al final de su trabajo la reciente opinión de Mir Puig en favor de la tesis de la contrariedad individual al deber de cuidado, que para éste es la única forma de evitar la escandalosa impunidad de quien, dotado de facultades sobresalientes, deja de emplearlas voluntariamente y se limita a comportarse con arreglo al "deber objetivo de cuidado". Según el planteamiento que relega el poder subjetivo del autor a la culpabilidad, este sujeto actuaría con arreglo a derecho y no podría, pues, ser castigado luego por la sola concurrencia de una "mayor culpabilidad".

Concluye Zugaldía expresando, como conclusión, que la adecuación de la conducta al tipo de injusto del delito doloso exige lógicamente que el sujeto haya tenido la posibilidad de saber de la producción de un resultado evitable, a lo que se liga la infracción del deber de cuidado. Pero la determinación de la conducta exigida en el caso concreto se rige por los conocimientos y capacidades individuales del autor: sólo la infracción del deber individual de cuidado origina el cumplimiento del tipo del injusto del delito culposo.

Alvaro BUNSTER

### DERECHO PROCESAL

CALDEIRA, Gregory A., "The Transmission of Legal Precedent: A Study of State Supreme Courts", *American Political Science Review*, Iowa, núm. 1, marzo de 1985, pp. 178-194.

El artículo que aquí se reseña pertenece a un conjunto de estudios que a últimas fechas se han llevado a cabo en los Estados Unidos, cuya característica esencial y denominador común son el buscar las conexiones y resortes sociológicos que explican la formación y desarrollo de las estructuras jurídicas norteamericanas —en el presente caso las decisiones judiciales de las cortes supremas locales de los Estados Unidos— y que hasta hace una década eran equivocadamente ignorados.

Estudios como el de Caldeira demuestran que los factores sociológicos que se encuentran fuera del marco jurídico formal establecido para la administración de justicia son más determinantes que los elementos, principios y procedimientos formalmente estructurados para dar cauce a las decisiones judiciales.

En el trabajo que se reseña, Caldeira examina los diversos factores