

REVISTA DE REVISTAS

Derecho penal	380
-------------------------	-----

de los Estados y las posibles fricciones con otros Estados, así como para fortalecer también a los órganos internacionales, es preciso establecer (refiriéndose al sistema interamericano) un "régimen de sanciones por violaciones a determinados derechos humanos imputables a los Estados", aplicable también a situaciones irregulares en que se vea envuelto el principio de legitimidad. La sanción inicial podría consistir en la suspensión temporal del derecho de membresía en la OEA (p. 123).

Con el tiempo sabremos si los Estados están también dispuestos a recorrer esta vía.

Héctor FIX FIERRO

DERECHO PENAL

HULSMAN, Louk, "The Abolitionist Case: Alternative Crime Policies", *Israel Law Review*, Jerusalén, vol. 25, nums. 3-4, verano-otoño de 1991, pp 681-709

El autor, profesor emérito de la Universidad Erasmo de Rotterdam y adalid de la causa del abolicionismo penal, inscribe esta contribución a la *International Conference on Justice and Punishment*, celebrada en Jerusalén en 1988, en el tema sobre alternativas a la punición.

Empieza por decir que, desde la perspectiva abolicionista, le causa cierto desasosiego la terminología usada en esta materia por el comité organizador. Al hablar éste, en efecto, de "respuestas alternativas" o "no punitivas" al delito, parecería querer significar que no existe una "realidad ontológica del delito independientemente de las actividades definidas por la justicia criminal", que es la idea que específicamente desafía, en primer lugar, el abolicionismo penal. Para el abolicionismo no existe la realidad ontológica del delito, y entiende por política criminal una forma específica de cooperación entre cierto número de entes como la policía, los tribunales (entendidos allí no sólo los jueces, sino el ministerio público, los abogados defensores, etcétera), el servicio de prisiones y el de libertad condicional, los departamentos universitarios de derecho penal y criminología, el Ministerio de Justicia y el Parlamento, que no están desposados con la justicia criminal sino que poseen una existencia

por sí mismos, en términos de que muchas de sus actividades no tienen lugar dentro del marco de la justicia penal.

La forma específica de cooperación de esos entes y su organización cultural y social produce *criminalización*, construyendo la realidad en torno de un incidente estrechamente definido en el tiempo y en el espacio y vinculado a una persona o individuo a quien puede atribuirse causalidad y culpabilidad. Este individuo es aislado respecto de este incidente, de su propio entorno, sus amigos, su familia y todo el sustrato material de su mundo. Lo propio acontece con la "víctima". La organización cultural de la justicia criminal separa artificialmente a "perpetradores" y "víctimas", creando "individuos ficticios" y una "ficticia" interacción entre ellos. La organización cultural de la justicia criminal se enfoca a la "adjudicación de culpabilidad" en una jerarquía de gravedad de un número limitado de sucesos, *dentro* de la competencia real del sistema, sin tener en cuenta para nada la escala de valores *externa* al sistema, con la cual, por tanto, regularmente no coincide. Socialmente, y no ya culturalmente, la víctima es, todo lo más, tenida en cuenta como un mero "testigo", esto es, como una herramienta al servicio del procedimiento penal. Además, la organización social de la justicia criminal predica en su discurso la "responsabilidad personal" de los "ofendidos" y suprime la "responsabilidad personal" de quienes trabajan en ese marco de referencia.

La postura abolicionista rechaza la "criminalización" así caracterizada como falsa, injusta e inefectiva desde perspectivas preventivas, de control y remediales. Esto no implica que todas las actividades de las agencias ya señaladas que conforman la justicia criminal deban desecharse. La abolición de la criminalización puede tener lugar bajo la etiqueta oficial de la justicia criminal. No es el nombre oficial sino la real organización cultural y social de las actividades la que determina si una actividad debe considerarse como "criminalización".

A juicio de Hulsman, los debates de política criminal pueden clasificarse en tres categorías: 1) las situaciones problemáticas tal como se supone o sostiene que existen en la sociedad (robo, drogodependencia, maltrato a mujeres, velocidad, polución, fraude fiscal, etcétera); 2) problemas tal como se supone o sostiene que han sido creados en la sociedad por la justicia criminal, los llamados "costos sociales" suyos (sufrimiento, estigmatización, desigualdad redoblada, alienación, etcétera), y 3) problemas internos que afectan a las organizaciones "pertenecientes" a la justicia criminal (policía, tribunales, servicios de prisión, *probation*, etcétera) y al personal que en ellas

trabaja. Una política criminal se legitima sólo si considera estas tres áreas conjuntamente en la adopción de sus decisiones.

Reseñar minuciosamente el denso documento de Hulsman requeriría componer un artículo más extenso que la propia ponencia. A tal grado son profundos, sugerentes y llenos de verdad sus enfoques, sus percepciones, sus análisis y sus conclusiones sobre una política criminal respecto de los sistemas de justicia punitiva, sobre la determinación de lo que tal política debe controlar y remediar, sobre la indicación de los diversos contextos en que habría lugar a llevar adelante políticas remediales, sobre los aspectos negativos de la justicia criminal y la criminalización y, en fin, sobre las alternativas a la justicia criminal. Al final de su escrito formula un llamado a redefinir cada área de problemas independientemente de las definiciones de la justicia criminal y de la propia criminología, que es parte de aquélla, único medio, subraya, de reconocer y estimular elementos de prácticas alternativas y de dar al traste con medidas legitimadas como castigo, que son necesaria y palmariamente injustas. No sin razón se tiene al maestro de Rotterdam como el epónimo del abolicionismo y como una de las figuras verdaderamente señeras del pensamiento penal de nuestro siglo.

Álvaro BUNSTER

PERIS RIERA, Jaime M., "Aproximación a la victimología. Su justificación frente a la criminología", *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, núm. 34, 1988, pp. 93-128.

El autor nos sitúa en un tema que hace unos diez años viene cobrando importancia: el resarcir el daño causado a la víctima de un delito, bien sea por parte del Estado, o del delincuente mismo; para el desarrollo del trabajo ha recurrido a la actual doctrina italiana. La tendencia actual consiste en dejar de lado la figura del criminal, quien por muchos años ha sido el centro de atención y de la preocupación estatal respecto a qué hacer con él, para volver la vista hacia el otro extremo del delito. Ante el fracaso en la política de prevención de delitos, es que se levantan voces solicitando ayuda para la víctima, o para los afectados por la comisión de un hecho delictuoso. Sin embargo, advierte la doctrina, tampoco se trata de cambiar radicalmente el polo de atracción del "reo" hacia la "vícti-

ma". La persona ofendida por el delito tampoco debe ser la única protagonista del hecho criminal: "hace falta un equilibrio científico al dar peso a los elementos de la relación criminal-víctima, que en cualquier caso debe quedar como entidad unitaria".

Así como existen sujetos con una cierta inclinación para cometer delitos, también los hay que poseen una aptitud para convertirse en víctimas; sobre tal descubrimiento se ha construido el postulado victimológico de la "víctima latente". El autor del artículo se preocupa de dejar bien claro que no todas las personas tienen las mismas posibilidades para ser víctimas, sino que existe una denominada "predisposición *victimal*". Este tipo de personalidades, a menudo, hacen decidirse al sujeto a cometer el delito.

Varios son los factores personales o sociales que contribuyen a configurar la predisposición para ser víctima de un atentado: respecto al factor temporal, las predisposiciones *victimales* han sido catalogadas como permanentes (cuando sus efectos perduran toda la vida), temporales (por un cierto espacio de tiempo) y ocasionales o pasajeras (de muy breve duración). Se ha hablado también de predisposiciones "conscientes" e "inconscientes". Los factores más conocidos son los relativos al sexo y la edad. Es por ello que los códigos penales contienen tipos calificados cuya función es otorgar una mayor tutela al sexo femenino, a la temprana edad y a los ancianos. Lo mismo ocurre con individuos que debido a enfermedades psicológicas, se encuentran en una situación de desventaja ante los demás. "El ordenamiento tutela esa categoría de sujetos expuestos a los riesgos de la vida social."

Entre los fines perseguidos por la victimología está el estudio de los medios de prevención ante la victimación, y considerando que no todas las personas tienen los mismos riesgos de resultar víctimas de una conducta criminal, es necesario señalar e individualizar las predisposiciones más frecuentes, a fin de evitarlas. Se ha hablado, dice el autor, de emprender una intensa campaña informativa, que podrían desarrollar órganos para ello destinados, o hacer uso de la policía, los médicos, los maestros y todos aquellos encargados de la asistencia social, cuyos miembros deben ser informados del problema y formados para comprender estas condiciones y situaciones de las víctimas de los delitos. Tratándose de los ancianos "se ha recomendado, desde la creación de un secretariado social que imparta unos servicios que les ayuden a defenderse de los peligros del aislamiento, hasta una reconstrucción de su imagen y condición social".

Son muchas y variadas las medidas que para la protección de las víctimas se han propuesto, incluyendo la creación de un Registro de Personas Ofendidas por el delito, en el que se inscribirían ambas partes, cuando en la sentencia se hubiera declarado respecto del imputado: a) que actuó en legítima defensa o con exceso; b) que actuó con motivos de particular valor moral; c) que actuó en estado de ira, determinado por un hecho injusto; d) que concurrió, en la determinación del resultado, junto a la acción u omisión del culpable, el hecho doloso de la persona ofendida (p. 126).

Otra de las finalidades perseguidas por la victimología es el auxilio a la víctima. Se propone la edificación de organismos específicos que auxilién inmediatamente al individuo victimado. No se excluye la necesidad, finaliza diciendo el autor, de que se creen centros en los que la víctima tenga la posibilidad de obtener una adecuada asistencia que le ayude a superar las dificultades de naturaleza existencial y emotiva.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

RAMOS VALLADOLID, Eulalio, "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual", *Anales de Jurisprudencia*, México, t. 204, abril-junio de 1991, pp. 233-326.

El trabajo que se reseña contiene algunas aportaciones originales, y puntos de vista de un jurista destacado que ha consagrado su vida a la administración de justicia en el Distrito Federal, habiendo ascendido hasta el grado de magistrado del Tribunal Superior de Justicia. El jurista-juzgador inicia su trabajo con una exposición de carácter histórico, que se centra en el estudio de los delitos relacionados con el tema, para lo cual describe algunas disposiciones jurídicas romanas como la Ley Julia sobre el adulterio, donde principalmente se veían con un carácter criminal y no civil las ofensas a la castidad, siendo entonces el inicio de una de las innovaciones en materia penal que ha durado más tiempo.

Ramos Valladolid se refiere a algunos tratadistas como Teodoro Mommsen, especializado en la historia de Roma, y a otros autores de derecho penal para explicar los alcances de la legislación que conceptuaban a la injuria, para hablar de los delitos de seducción con intenciones inmorales y obscenas. Es importante ver cómo

evoluciónd el castigo por lo que respecta al comercio carnal, y la forma en que el *Digesto* lo regula, lo mismo que las *Instituciones* de Justiniano. En esta materia, la coacci6n es uno de los elementos fundamentales para aplicar la sanción; el autor del trabajo, utilizando como fuente a Teodoro Mommsen, señala que "es el poder y, sobre todo la prepotencia, la fuerza por medio de la cual una persona ora constriñe físicamente a otra a que deje realizar un acto contra su propia voluntad, ora cohibe esta voluntad mediante la amenaza de un mal, o lo que es lo mismo, por miedo, para determinarla a ejecutar o a no ejecutar una acción".

De esta legislación romana se observa cómo la pena de muerte es el castigo que se impone a la uniónd sexual violenta con cualquier persona. Si bien se explica por el estado de desarrollo del derecho penal que no se hiciese una diferencia clara de algunos hechos relacionados con la violaci6n, como lo era el rapto (no considerado ni castigado como delito púbdico), era indiferente que la raptada diera o no su consentimiento, en tanto que ya en la época cristiana, era considerado como un delito capital.

Según la etapa que analizamos del derecho romano, podemos observar cómo se castiga el comercio sexual entre parientes, agravándose la pena en algunos casos, que inclusive aún disuelto el matrimonio eran consideradas como incestuosas. Afirma el magistrado Ramos Valladolid que para que el delito se diese era necesaria la conciencia de la violaci6n de la ley, o sea, el conocimiento del hecho y la prohibici6n legislativa. En esta parte del trabajo observamos la evoluci6n de los delitos relacionados, de tal manera que si bien en una primera etapa, correspondía al *pater familia* la representaci6n del adulterio, posteriormente recayó esa facultad en el marido.

Un segundo apartado, también de carácter histórico, hace referencia a la legislación española, donde no se destaca con autonomía los delitos de atentados al pudor, siendo que hasta época reciente que se deja el estilo casuístico para regular la materia, señalándose que en esa reglamentaci6n, inclusive en la legislación penal de 1973, "escapan casos tales como los actos libidinosos realizados en adultos sin engaño ni violencia, pero sin consentimiento de la víctima, como cuando sin contar con su anuencia se le sorprende de improviso con la caricia obscena". Aquí realiza el autor una crítica hacia el legislador español por no haberse preocupado de especificar concretamente en qué consiste la acción de abusar deshonestamente, en tanto que en el Código Español de 1963 se castiga el estupro, sin distinguir que la mujer sea doncella o de conducta sexual honesta;

fue la jurisprudencia la que decidió en el sentido de que la víctima debe ser de vida honesta y buenas costumbres.

Otro comentario interesante es el que se refiere a la crítica que se formula respecto de la legislación española anterior a 1973, en que no se indica en qué consiste la acción material de estuprar, aunque la doctrina y la jurisprudencia interpretadas llegan a la conclusión de que tiene que haber un acceso carnal, aun cuando la cópula no sea perfecta ni produzca el embarazo en la ofendida.

El Fuero Juzgo, continúa el autor, señala los antecedentes del delito de violación, hasta llegar al Código Penal de 1973 que establece que se comete el delito cuando se yace con una mujer. Cabe destacar que el Licenciado Ramos Valladolid concluye con un comentario en el sentido de que en este precepto no se utilicen las palabras acceso carnal, que esclarecía el concepto, independientemente de limitar a que la violación deba realizarse con persona del sexo femenino. También en esta primera parte de carácter histórico, se analizan las distintas legislaciones que han estado vigentes en España, para pasar luego a la legislación mexicana.

El segundo apartado de su trabajo sirve para criticar y hacer observaciones sobre la legislación mexicana; además, incluye las modificaciones que se hacen a la legislación penal en la materia, y se señalan los puntos que incluye la reforma de 1991.

Con una gran capacidad didáctica se presenta al lector, en sendas columnas, el contenido de la ley, reformada y antes de la reforma, para después transcribir en una especie de exposición de motivos, las razones por las cuales el legislador propuso el establecimiento de una estructura integral de protección a la libertad y seguridad sexual de las personas, con lo cual se crea la figura penal preventiva denominada "hostigamiento sexual", siendo ésta de carácter preventivo encaminada a evitar el acoso sexual.

Las Comisiones de Justicia de las Cámaras coincidieron en que los superiores jerárquicos utilizan frecuentemente su posición como medida de presión, produciendo una fuerte alteración psicosexual de las víctimas; con todo ello, como señala el magistrado Ramos Valladolid, se intenta castigar únicamente al causarse un daño o perjuicio al pasivo del delito y solamente es perseguible a petición de parte ofendida.

Reseña el autor de este artículo que con motivo de una propuesta de ciudadanas diputadas federales, se modificó la legislación penal, para dar mayor seguridad de carácter sexual, con lo cual el delito

de atentados al pudor, pretende proteger la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual de las personas, como dato interesante.

Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA

SZWARC, Andrzej, "El sistema de sanciones en el derecho penal polaco" (trad. Patricia Laurenzo), *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, núm. 42, 1990, pp. 577-596.

A partir del 1º de enero de 1970, Polonia tiene un nuevo Código Penal que introdujo numerosas y fundamentales modificaciones en el sistema de sanciones de aquel país, y que por lo descrito en este artículo, puede ser calificado de duro y represivo.

El Código Penal polaco distingue entre penas principales y accesorias. En principio, "la pena principal siempre debe aplicarse, aunque en determinados casos legalmente establecidos, cabe la posibilidad de prescindir de ella". Las penas principales son: la de muerte, la privativa de libertad de veinticinco años, la privativa de libertad, la restrictiva de libertad y multa. Las tres últimas son las penas generales, mientras que las dos primeras son de "carácter excepcional".

A) La pena de muerte está prevista para la comisión de los siguientes delitos: 1) traición a la patria, 2) las actividades dirigidas a suprimir la independencia del Estado, a separar una parte del Estado, a subvertir con violencia la Constitución o a debilitar el poder de defensa de la República Popular de Polonia, 3) espionaje, 4) acción terrorista, 5) sabotaje, 6) la organización o dirección de actividades criminales calificadas como grandes fraudes económicos, 7) homicidio, 8) el robo con armas de fuego o con otros instrumentos peligrosos, y 9) la desobediencia de una orden de servicio por un soldado en una situación de combate.

La pena capital se ejecuta en lugar cerrado y por ahorcamiento, y en el caso de soldados, por fusilamiento. Como no es aplicable a menores de dieciocho años de edad ni a las mujeres embarazadas, en caso de recaer sobre ellos dicha condena, se les sustituirá por privación de libertad hasta por veinticinco años. Dicha sanción se ha aplicado poco, escribe el autor del artículo, y en general, sólo para sentenciados por homicidios.

B) La pena privativa de libertad de veinticinco años además de ser la pena alternativa a la pena de muerte, es una pena independiente

asociada a los delitos de: 1) espionaje, 2) traición diplomática a la patria, 3) inducción a error de un órgano del Estado polaco a través de la difusión de noticias falsas que resulten significativas para la seguridad de la República Popular de Polonia, 4) los denominados grandes fraudes económicos, de divisas y aduaneros, 5) apoderamiento de propiedad colectiva de especial significación y los grandes fraudes a él vinculados, y 6) falsificación de moneda.

C) La pena privativa de libertad tiene prevista una duración de tres meses hasta quince años, siempre y cuando los delitos no eleven el mínimo o reduzcan el máximo. Su ejecución se basa en la ideología resocializadora, y el sistema de ejecución de penas está integrado de la siguiente forma: centros de trabajo y de cumplimiento ordinario, y establecimientos de las siguientes clases: ordinarios, para jóvenes, para reincidentes, de curación y educación, para el cumplimiento de penas de arresto en el ámbito militar y para condenados por delitos imprudentes. Actualmente es la pena que con más frecuencia se aplica.

La legislación penal polaca prevé la suspensión de la ejecución de la pena de libertad de hasta dos años (para ello exige un periodo de prueba de dos a cinco años que se computa desde que queda firme la sentencia) y la libertad condicional (una vez cumplidos dos tercios de la pena, o la mitad si se trata de jóvenes, pero nunca antes de los primeros seis meses) que puede otorgarse a todo condenado después de haber cumplido quince años privado de su libertad; el tiempo que resta se convierte en un periodo de prueba.

D) La pena restrictiva de libertad limita al sujeto en cuanto a cambiar su lugar de residencia permanente; elegir trabajo (el condenado deberá ejecutar trabajos con fines de interés general por un total de veinte a cincuenta horas mensuales y sus ingresos se verán reducidos entre 10% y 25% a favor del fisco o para fines de interés general), ejercer funciones en organizaciones sociales y está obligado a informar sobre el desarrollo del cumplimiento de su condena. La duración de esta pena es de tres meses como mínimo y dos años como máximo y puede además imponerse al condenado los siguientes deberes adicionales: 1) la reparación total o parcial de los daños ocasionados por el delito, y 2) la presentación de excusas al perjudicado. En caso de incumplimiento el tribunal impondrá una pena pecuniaria sustitutiva.

E) La pena de multa. Ella aparece en 45 casos como alternativa de otras penas, y en ningún caso como pena principal. El tribunal puede imponerla en el caso de un delito cuya sanción tenga un

límite mínimo inferior a un año. El monto de la multa es fijado en una suma determinada, y se permite el pago a plazos. Ante su incumplimiento está permitido imponer pena privativa de libertad sustitutoria. Ésta no podrá superar los tres años de privación de libertad ni el límite máximo que tenga previsto el delito correspondiente.

Las penas accesorias que contiene el derecho penal polaco son las siguientes: la privación de derechos públicos, la privación de la patria potestad y la tutela, la prohibición de ocupar determinados cargos o de ejercer determinada profesión o actividad, la prohibición de conducir vehículos, la confiscación del patrimonio, el comiso de bienes y la publicación del fallo en determinadas ocasiones. La pena accesoria comúnmente se impone junto a la principal, aunque existe la posibilidad de que ella se aplique en forma autónoma (en casos excepcionales). Junto a ellas el Código también prevé para determinados casos la utilización de otras medidas que no tienen el carácter de pena y que se aplican en lugar de ésta o junto a ella: la prestación patrimonial, las medidas de seguridad, la caución, la custodia, los deberes impuestos en los casos de suspensión condicional del fallo, condena condicional y libertad condicional y las medidas previstas para jóvenes.

De entre las medidas destaca la prestación patrimonial porque posee caracteres de pena que la asemejan a la reparación del daño. "Consiste en el deber de pagar una determinada suma de dinero al perjudicado o a la Cruz Roja polaca o para otros fines de interés general establecidos por el Tribunal." En los delitos de tala de árboles y en el de hurto de leña o de madera talada está prevista como obligatoria en favor del perjudicado, y por una suma igual al doble del valor de la madera, tanto en el caso de patrimonio colectivo como de otro tipo.

Por último, en cuanto a las medidas para menores, rige el principio de que son responsables por los delitos contenidos en el Código Penal, las personas que, en el momento de la comisión del hecho, hubieran tenido diecisiete años de edad. Para quienes sean menores de esta edad, se consigna la aplicación de medidas de educación y corrección en un establecimiento correccional.

El artículo finaliza dando cuenta de las solicitudes de reformas que con más frecuencia se escuchan; entre las que parecen ser más urgentes citemos la abolición de la pena de muerte, la ampliación de las posibilidades de conceder la suspensión condicional del pro-

ceso y la introducción del llamado sistema escandinavo de los días multa.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

VAN DEN HAAG, Ernest, "For Capital Punishment", *Israel Law Review*, Jerusalén, vol. 25, nums. 3-4, verano-otoño de 1991, pp 460-465.

En la Conferencia Internacional sobre Justicia en el Castigo, que se celebró en Jerusalén en 1988, no podía faltar el tema de la pena de muerte, que, como todos los que allí se trataron, fue objeto de una exposición central y de por lo menos dos comentarios. Van den Haag, profesor emérito de la Universidad de Fordham, tuvo a su cargo el relatorio que reseñamos en favor de la pena de muerte. Ocioso parece consignar que tal relatorio fue seguido de un atractivo conjunto de comentarios, en su mayoría abolicionistas de la última pena.

Van den Haag esgrime alegaciones escuetas en favor de la pena de muerte, a la luz de las ideas tanto de la retribución como de la prevención general.

La retribución, dice el autor, hace justicia imponiendo castigos merecidos en razón de la gravedad del delito. Si no se protegiera el derecho a la vida de los inocentes, no habría orden social. La justicia requiere ciertamente que el homicidio sea castigado. Pero, ¿por qué con la pena de muerte? Su procedencia no puede demostrarse con argumentos deontológicos, ni tampoco con argumentos empíricos, no obstante lo cual la pena capital es plausiblemente el único castigo moralmente satisfactorio del homicidio. Y ello porque éste difiere en cualidad de los demás atentados *in personam* en ser irreversible e irrevocable, como la propia pena de muerte. Ésta calza, pues, con el homicidio. Quien ilícitamente toma la vida de otro debe pagar con su vida. Con ello no se hace depender la última pena de la *lex talionis* ni se la limita con ésta, puesto que quien secuestra a alguien por siete días puede bien merecer y sufrir prisión por siete años. Cuando la retribución puede asumir forma análoga a la del crimen, como ocurre con la pena capital por el homicidio, se hace justicia inteligible y adecuadamente. Así pues, *caveat homicida*.

En seguida, puesto que la pena capital es merecida y moralmente justa éposee mayor poder disuasivo que otras alternativas no letales

disponibles? No obstante el prolongado intento de los abolicionistas de la pena capital por demostrar que el número de homicidios no se ve alterado por su vigencia, los estudios estadísticos que el autor cita muestran irrefragablemente, a su juicio, que por cada ejecución se cometen siete homicidios menos. Ello no obstante, los abolicionistas se aferran irracionalmente a la posición de negarle eficacia disuasiva.

Tras estos argumentos se hace cargo Van den Haag de algunas objeciones al castigo capital. Es muy grave, desde luego, que por error judicial pueda llevarse al cadalso a un inocente. Por desgracia, estos errores se dan, y pueden seguirse dando, pero son tan faltos de intención como los que afectan a los peatones en los accidentes de tránsito o en la caída de objetos pesados desde edificios en construcción. Sin embargo, los vehículos deben seguir circulando y los edificios construyéndose. También aquí las ventajas de la pena de muerte superan sus desventajas. La ejecución sería desventajosa sólo si la frecuencia de los errores judiciales respecto de inocentes rivalizara con la de los homicidios.

En cuanto al argumento, que se halla ya en Beccaria, de que la ejecución de la pena capital favorece la brutalidad y el homicidio, piensa el autor que carece de verdad en la misma medida en que carecería de ella la alegación que consistiera en que la pena de prisión aumenta los secuestros. Por último, los antiguos sustentaban la santidad de la vida humana a la par que ejecutaban a los asesinos, y quienes dicen de la pena de muerte que es degradante y contraria a la civilización, además de olvidar que la humanidad la ha mantenido en todas las edades, se desentienden de que la muerte es nuestro común destino, y de que no degrada la pérdida de la vida si procede de imposición legal.

Álvaro BUNSTER

WEIGEND, Thomas, "Norm versus Discretion in Sentencing", *Israel Law Review*, Jerusalén, vol. 25, núms. 3-4, verano-otoño de 1991, pp. 628-637.

El profesor de Colonia introduce con esta contribución al debate en torno de la determinación de la pena, que fue uno de los temas discutidos en la importante *International Conference on Justice and Punishment*, celebrada en Jerusalén en marzo de 1988, y que contó con

la intervención de filósofos, juristas, criminólogos y jueces. Como es sabido, con la expresión *sentencing* se denota en inglés la función de individualizar judicialmente la pena en la sentencia.

Weigend empieza por explicar por qué no existe una respuesta absoluta a la cuestión de la discreción judicial en la materia. En un sistema democrático, los representantes popularmente elegidos determinan primero los límites de la conducta socialmente aceptable y, en seguida, las condiciones conforme a las cuales posee autoridad el Estado para privar al ciudadano de su libertad y su propiedad. Este poder no puede delegarse en autoridades administrativas o judiciales, debido a que los mismos criterios deben valer para todos, haciendo así posible predecir, dentro de límites razonables, su aplicación. El principio de legalidad requiere que cada quien pueda anticipar dentro de aquellos razonables límites la probable *extensión* de su responsabilidad. A eso no vale hoy oponer el poder del Estado, derivado de su autoridad, de prevenir futuros delitos a través de medidas indeterminadas adecuadas a la personalidad del agente del hecho, otorgando al juez una discreción ilimitada, que se tiene por incompatible con el imperio del Estado de derecho. Pero esto no significa que haya de recurrirse a individualizar por ley la pena concretamente aplicable, por la inhabilidad de tal sistema para captar el universo de criterios potencialmente significativos para determinar la punición justa, incluso al margen de las necesidades de rehabilitación del ofensor. Todo esto conduce a tener por deseable, pero no demasiado, la discreción judicial. Pero ¿cuánto es demasiado?

El problema de norma y discreción consiste en la distribución de autoridad entre la judicatura y la legislatura, y no entre la judicatura de primera instancia y la de apelación. Esta última, sin guía legislativa, reemplazaría la discreción ajena por la propia. La jurisdicción penal inglesa de segunda instancia suele formular ella esas normas de guía, lo que no es común en los países ajenos al sistema del *common law*. Pero sea legal o judicial el origen de esas directrices posibles, interesa reflexionar sobre cuáles serían los criterios generales que en ellas se contendrían.

Se piensa que un primer paso sería el de expresar la meta o metas que persigue la punición. Los códigos penales modernos, por ejemplo el italiano, el californiano y el austríaco lo hacen, con manifiesta utilidad para la interpretación de las normas de individualización de la pena. Los más antiguos suelen, por desgracia, expresar muchas metas, lo que casi equivale a no expresar ninguna. Weigend

tiene esa manifestación del propósito del castigo como algo esencial en la ley penal.

Un segundo paso sería el de renunciar a formular de manera muy amplia las conductas delictivas, definiendo, por ejemplo, el homicidio como matar intencionalmente a otro, o la estafa como el perjuicio patrimonial mediante engaño, pues esa amplitud conduce lógicamente a marcos penales también muy amplios y, consiguientemente, a injusticias. El autor preferiría un sistema en que tales amplios enunciados se desmenuzaran en subcategorías correspondientes a formas particulares de la genérica conducta punible como, tratándose del segundo de aquellos tipos propuestos por vía de ejemplo, los tipos específicos de estafa al consumidor, estafa al crédito, etcétera.

Weigend tiene por uno de los cometidos más difíciles tanto de la legislatura como de la judicatura el ajuste de la gravedad del delito a magnitudes penales condignas. Postula que por mucho que sirvan para ese fin factores tan disímiles como, por ejemplo, lo que sobre el particular se ha hecho en el pasado o en el extranjero, lo que parece aceptable a la mayoría de la población o lo que es compatible con los recursos del sistema de justicia penal, no deben tenerse en cuenta para *copiarlos* sino para *establecer* criterios normativos. Éstos pueden implicar una idea de retribución, pero también una idea de disuasión.

Desde el punto de vista empírico, suelen hacerse presentes en la individualización judicial de la pena otros factores de aplicabilidad general, como los antecedentes del ofensor, las características de la víctima, o el grado en que el autor ha cooperado o dejado de cooperar a la acción de la justicia. En esto va envuelta toda una política de sentenciar: considerar los antecedentes del ofensor importa apartarse de la preocupación por imponer la pena que el hecho merece; premiar la confesión implica dar prioridad a la expedición judicial por sobre la mayor o menor gravedad del delito. La legislatura, a juicio de Weigend, debería enumerar los factores de esta clase que pueden tenerse en cuenta por la judicatura para individualizar la pena, y señalar su efecto atenuante o agravante, generalmente obvio, pero no siempre: piénsese en el factor de la edad y en el de la situación económica.

Finalmente, cree Weigend que la legislatura debería indicar la gravitación relativa aproximada que cada factor tendría en el cálculo final de la condena, no con precisión numérica sino disponiendo ordinalmente los factores e indicando la ponderación de cada uno

de éstos en relación con las porciones baja, media o alta de la pena legalmente conminada o a su mitad inferior o superior.

Lo anterior no debe, advierte Weigend, llevar a la completa supeditación de la discreción judicial por la norma legislativa. Al juez debe mantenerse la facultad, en casos justificados, de apartarse de aquellas directrices, tanto por la deferencia que le es debida cuanto porque las necesidades de la individualización de la pena pueden, en situaciones extraordinarias, alcanzarse al margen de las directrices legislativas establecidas.

Weigend cierra su contribución insistiendo en que decisiones tan importantes y graves como las envueltas en la individualización judicial de la pena deben ser objeto de más minuciosa regulación legal.

Álvaro BUNSTER

DERECHO DEL TRABAJO

ALMANSA PASTOR, José Manuel, "Regímenes laborales sustitutivos", *Memoria del II Congreso Interamericano Jurídico de la Seguridad Social*, Montevideo, 1990, pp. 103-116.

No se resiste analizar la interesante ponencia del doctor Almansa Pastor, catedrático de derecho del trabajo y seguridad social en la Universidad de Alcalá y presidente del Instituto Iberoamericano de Seguridad Social, presentada en el Congreso que se cita, pues no sólo su brevedad expositiva, su rico contenido y su manejo del tema, constituye un valioso aporte a nuestra cultura laboral, sino que, al mismo tiempo, el tratamiento que da al capítulo que él llama "Caracterización de los principales regímenes especiales", y que subdivide en cuatro incisos: 1) Régimen especial de autónomos; 2) Régimen especial agrario; 3) Régimen especial del mar, y 4) Régimen especial de funcionarios; nos atañe enormemente, por abordar problemas actuales nuestros y ser importantes las soluciones que ofrece, como veremos más adelante.

Indica el autor que el tratamiento de cualquier tema de seguridad social destinado a receptores de distintos países, encuentra la dificultad de necesitar la conjugación de las coordenadas temporales y espaciales en la evolución pasada, así como en los sistemas de seguridad futuros que se pongan en práctica en algunos países que aún