

DERECHO PENAL

BARRAGÁN BARRAGÁN, José, "El Ministerio Público como autor y cómplice de las violaciones a los derechos humanos", *Revista Jurídica Jalisciense*, México, año 2, núm. 4, septiembre-diciembre de 1992, pp. 25-44.

El artículo está basado en la organización y funcionamiento de la Procuraduría General de la República, y lo novedoso radica en que examina el lado negro de las normas constitucionales y la legislación ordinaria, reguladoras de su función. El lado negro, dice el autor, tiene que ver con la autoría de las violaciones a los derechos humanos, cometidas por elementos de las procuradurías de Justicia: procuradores, ministerios públicos y policías judiciales. También tiene que ver con la indignante impunidad en que quedan esas violaciones cometidas por el personal de las procuradurías, y que no se persiguen por encubrimiento de ellos mismos.

Muy bien describe el doctor Barragán al Ministerio Público como:

un cargo, una institución, un funcionario público adscrito a la Procuraduría General de la República, cuyo titular es denominado Procurador General de la República, en cuya titularidad se personifica, por mandato constitucional, y se funde el Ministerio Público. La Procuraduría General de la República es una dependencia del Gobierno Federal, que sirve para organizarlo, dándole cuerpo y estructura, así como para facilitar sus funciones. El Ministerio Público es una organización dependiente y subordinada inmediatamente al Procurador General, el cual es asesor jurídico del gobierno federal, quedando el M.P., Policía Judicial y Procurador, subordinados al mismo gobierno y formando parte de la administración pública centralizada del gobierno federal.

El artículo continúa describiendo lo que es el Ministerio Público, su organización y funcionamiento. De conformidad con los artículos 21 y 102 de la Constitución, resulta que el Ministerio Público tiene otras funciones además de la de perseguir los delitos, representar al gobierno federal y velar por la legalidad en los procedimientos, más aún, en sentido estricto, ni siquiera tiene que ver con la idea de salvaguardar el principio de la legalidad: obedecen única y exclusivamente al principio de la defensa del interés de la Federación, cuando es puesta en juego por la existencia de controversias con algún estado, en cuyo caso, el procurador actúa como asesor jurídico del gobierno federal.

En torno a la institución del Ministerio Público y la Procuraduría General de la República el autor descubre una total falta de independencia entre ambos con el Ejecutivo federal, no sólo por las funciones asignadas por la Constitución, sino porque es parte de la administración centralizada junto a las demás secretarías de Estado. En otros países está adscrito al Poder Judicial o es independiente.

El segundo problema radica en la doble e incompatible función. En el caso del procurador el problema consiste en el doble papel que cumple: de Ministerio Público y de asesor del gobierno y de representante de la Federación, en otros casos. En el caso del Ministerio Público, el problema se concreta en la doble representación que ostenta: cuando persigue los delitos, lo hace a nombre de la sociedad; cuando es parte en las controversias, representa a la Federación. Pensemos en el caso de que el delito lo haya cometido el titular del Ejecutivo Federal, o haya sido por instrucciones suyas, o bien por funcionarios a los que aquél quiera extender su amparo y protección. Claramente se aprecia el conflicto de intereses:

Son muchísimos los supuestos en que el Ministerio Público se encuentra frente a esta clase de conflictos de intereses, prevaleciendo siempre su actuación a favor de algún funcionario del gobierno en perjuicio bien de la legalidad o de ese interés público, más genérico o formal; por ejemplo en todos los juicios de amparo en los que se deduce responsabilidad, por haberse violado los preceptos constitucionales en perjuicio de una garantía individual, el Ministerio Público está obligado por el mandato constitucional a ejercer la acción penal contra el culpable del acto reclamado, jamás de los jamases dicho Ministerio Público llega a ejercer esta función de persecución y castigo del culpable.

Muy semejante suerte corren los amparos solicitados contra actos de miembros de la Procuraduría. ¿Sabe alguien que se haya ejercido acción penal por detenciones arbitrarias, por errores respecto de los indiciados? Sólo por excepción, cuando el asunto ha sido tan escandaloso que ha llegado a la prensa y al dominio público se ha ejercitado acción penal en contra de los elementos policiacos, pero muy rara vez contra quienes dieron las órdenes de aplicar las torturas.

Otra de las inconveniencias es la monopolización de la acción penal por parte del Ministerio Público. Cuando éste no ejerce la acción penal, la víctima del delito o su familia, no logrará nunca que el MP entre en actividad por más pruebas o argumentos fundados que le presente. De ello resulta que dejan de perseguirse y castigarse un gran número de ilícitos penales, en particular los co-

metidos por policías judiciales y agentes del Ministerio Público, o bien que muchísimos delitos denunciados se resuelven con parcialidad, debido a la eficacia en la acción investigadora o al propósito invencible de hacer prevalente el interés particular de MP por encima de la verdad y por encima del interés público de la sociedad.

Inexistente es en nuestro país el derecho de ejercicio de la acción popular. Peor aún, la Constitución en su artículo 109 advierte que las denuncias que los particulares hagan de los servidores públicos serán bajo su estricta responsabilidad, ya que en el caso de no poder probar la culpabilidad del denunciado, habría lugar a una contrademanda, ¿y ya sabemos que no se puede contar con la colaboración del Ministerio Público?

El artículo termina reconociendo la luz que en este tema ha arrojado la Comisión Nacional de Derechos Humanos en cuanto a documentar y reconocer oficialmente los extremos de máxima ilegalidad y arbitrariedad del Ministerio Público Federal, y también de Ministerios Públicos Estatales, en contra de cuyos actos los agraviados han encontrado un lugar para presentar queja ante ella. Gracias a los informes semestrales que publica la Comisión resulta fácil tener acceso al tipo de quejas que con más frecuencia se presentan. Entre ellos se encuentran los mismos de los que el doctor Barragán analiza en su artículo: detención arbitraria, tortura, abuso de autoridad, falsa acusación, denegación de justicia y vicios en el procedimiento, con lo que no puede uno dejar de darle la razón al autor: debe reformarse la ley para hacer del Ministerio Público un órgano independiente del Poder Ejecutivo y gozar de las prerrogativas de inamovilidad y demás garantías constitucionales reconocidas a los miembros del poder judicial. En las manos del doctor Jorge Carpizo, jurista abierto a las reformas profundas, se encuentra la posibilidad de lograrlo.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

FRÍAS CABALLERO, Jorge, "Personalidades psicopáticas e imputabilidad", *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 15, enero-junio de 1992, pp. 17-42.

Este documento del conocido ex catedrático de la Universidad de Buenos Aires es producto de la relación que hiciera en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Penal celebradas en Tecumán en 1990, y de su intervención en las VII Jornadas Marplatenses de Derecho Penal y Criminología, realizadas en Mar del Plata en el mismo año.

Aparece estructurado en dos partes: la primera es una introducción psiquiátrica y la segunda un planteamiento jurídicopenal. Es conocido el interés del profesor Frías en este tema, estudiado en un importante libro suyo editado en 1981.

La brevedad de la introducción psiquiátrica no es óbice a la muy ajustada indicación del largo y variado curso descrito por la ciencia psiquiátrica en su enjuiciamiento de las psicopatías. El autor se detiene en la concepción psicológica del gran psiquiatra alemán *Kurt Schneider*, que en las "personalidades psicopáticas" divisa simplemente "personalidades anormales" y termina por elaborar el concepto de psicopatía como una mera caracteriopatía. Es precisamente en esto, dice Frías, donde la teoría schneideriana resulta hoy superada, pues la psicopatía no es una mera anomalía del carácter sino que afecta a toda la personalidad estructuralmente concebida, totalidad que, entonces, no se reduce al ser natural, biológico, psicológico e incluso psicosociológico. Para Schneider, lo específico de las psicopatías es lo fenopsicopático, el espectáculo, la fachada exterior, esto es, la caracteriopatía junto a la posible sociopatía o anetopatía: ausencia de culpa y remordimiento, incapacidad de amor, agresividad, dificultades en la comunicación humana, valoración temporal unilateral del momento presente, dificultades en el aprendizaje moral y en la introyección de normas sociales, etcétera, componentes anormales todos del carácter, de índole material, que no cabe confundir con anomalías semejantes de índole formal y que afectan la estructura de la personalidad.

A tal concepción, que en verdad termina por tener al psicópata como tributario del psicólogo, del pedagogo, mas no del psiquiatra, se opone una más moderna que ve en la personalidad psicopática una resultante de la estructura somatovital o endotímica, en que se conjugan lo genopático y lo fenopático, y las características o rasgos psicopáticos constituyen anomalías estructurales o formales de la personalidad. Estas anomalías, según Fernández Alonso, se hallan incrustadas en la esfera emocional, como cualidades anormales formales, de la estructura somatovital y no tienen relación, a diferencia de la mera caracteriopatía, con contenidos concretos. La persona "es así" porque lo esencial, lo nuclear proviene del fondo más o menos oculto, mientras lo marginal corresponde a meras superestructuras del carácter. El espectáculo se fragua en el fondo de la personalidad.

La psicopatía, se piensa hoy, tiene franco carácter de enfermedad, aunque no importa una ruptura con la realidad, como la psicosis. Se distingue, al parecer, sólo gradual y cuantitativamente de las neurosis, sostiene Frías. No hay uno, sino muchos tipos de psicopatías. Al

entrar al ámbito juridicopenal se dejan ver de inmediato los problemas. En España, donde la fórmula legal biológica de la inimputabilidad se abre con la expresión "enajenado", la jurisprudencia excluye la psicopatía y la doctrina la incluye. En Italia, el término "infermitá", empleado por el artículo 88 del Código Rocco, no abarca la psicopatía según la jurisprudencia, pero es, según la doctrina, expresiva de las "variantes anormales del ser psíquico", y comprende, según muchos penalistas, los casos más graves y extremos de las personalidades psicopáticas. En Alemania, la inclusión en la fórmula de la inimputabilidad del enunciado de la perturbación morbosa de las actividades del espíritu" se ha estimado, desde *Mezger*, como comprensiva de las psicopatías en los casos más graves y profundos. En Argentina, la doctrina tradicional, "decidida y absolutamente mayoritaria y dominante en el libro, la cátedra y el foro, hasta hace pocos años negaba de plano la admisión en ella de las psicopatías, e igualmente la jurisprudencia, salvo contadísimos fallos".

En la fórmula de la inimputabilidad del Código penal argentino (artículo 34 inciso 1o.), las psicopatías, si han de incluirse en ella, deberían contarse entre las "alteraciones morbosas de las facultades". Pero desde la promulgación del Código en 1921, esas alteraciones se entendieron inveteradamente como "alienación mental", y, por tanto, enfermedad mental (perturbación de la inteligencia), lo que las dejaba automáticamente fuera, debido a que el intelecto queda aparentemente indemne. Esta posición fue la del positivismo criminológico, en nombre de la defensa de la sociedad, y después la del positivismo jurídico, en pedestre adhesión a la exigencia legal de inteligencia y voluntad para afirmar la responsabilidad penal. Las cosas han cambiado paulatinamente por obra del propio profesor Frías y del eminente psiquiatra Vicente Cabello, en términos de que hoy la posición prevaleciente en la doctrina, mas no en la jurisprudencia, es la de exclusión de responsabilidad para los sujetos que adolecen de formas graves de psicopatía.

Fundamento dogmático de esta posición no puede ser una concepción psicológica de la culpabilidad; donde la imputabilidad es meramente un presupuesto psicológico, mas no una parte integrante de ella, como es para la concepción normativa de la culpabilidad, que la entiende como capacidad de culpabilidad, como posibilidad concreta de actuar, adecuándose interiormente a las prohibiciones o mandatos del derecho.

Frías pasa revista en seguida a la evolución de la jurisprudencia, anclada en un comienzo a la autoridad del connotado psiquiatra

Nerio Rojas, y paulatinamente receptiva a las ideas expuestas en este documento, sin llegar, sin embargo, a acogerlas como criterio regular de decisión. De subido interés científico, es, por ejemplo, el fallo absolutorio pronunciado en 1990 por la Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional del departamento judicial de Azul, recaído en los espeluznantes homicidios cometidos por María Menna, una psicópata perversa, fallo al que Frías Caballero atribuye extraordinario valor y que él tiene por único, acaso, en los anales de la jurisprudencia argentina. Es reconfortante la vivacidad y seriedad del debate sobre esta materia en los estrados de ese país, debate cuyo origen y estímulo cabe altísimo mérito al profesor Frías, tanto por sus escritos científicos como por su actuación durante largos años en la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la capital federal. También está él ligado a la admisión de las psicopatías graves entre las causas de inimputabilidad, hecha por la comisión de reforma del Código Penal designada durante el gobierno del presidente Alfonsín.

Álvaro BUNSTER

OGLETREE, Jr., Charles J., "Beyond Justifications: Seeking Motivations to Sustain Public Defenders", *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, vol. 106, núm. 6, abril de 1993, pp. 1239-1294.

Este bello trabajo versa sobre las motivaciones que alientan el celo empleado por el defensor público en la atención de las causas criminales en que debe abogar. La reflexión va, pues, más allá de las justificaciones objetivamente racionales que suelen invocarse para legitimar ese celo, es decir, recae más sobre el ímpetu por realizar esa labor que sobre la argumentación por tornarlo excusable o laudable, y más que responder a la pregunta de "por qué debe *emplearse* ese celo", responde a la de "por qué *he de emplearlo yo*". Esto no significa, por cierto, que las justificaciones no existan, si se empieza por recordar el mandato constitucional de que en toda causa criminal el acusado debe contar con la asistencia de un abogado defensor, y si se tienen en cuenta y se analizan, como el autor lo hace sobre abundante material informativo y con fina penetración en el apartado I de su trabajo, tanto las justificaciones que promueven el bien social y moral del cliente como las que, prescindiendo del interés de los diversos actores, se orientan al sistema contradictorio mismo de la justicia penal. Es mucho lo que en estos planos se ha escrito y

analizado, válido no sólo para un debate contraído al círculo restringido de los defensores públicos, como se lo presenta en este artículo, sino también para el más amplio de los abogados defensores penales en general.

El autor, por lo que luego se dirá, lleva sin embargo razón al calificar su documento de esencialmente narrativo. Dice muy sugestivamente que el estilo formal y doctrinario de argumentación que caracteriza a buena parte de la bibliografía jurídica contemporánea puede muy fácilmente eludir las realidades de la experiencia humana. El empleo de la narración responde en su caso a su firme convicción de que la experiencia individual debe considerarse muy cuidadosamente y analizarse de manera crítica y elevada. La muy dramática cuenta que pasa a rendir en el apartado II de su propia experiencia individual no puede ser más esclarecedora y justificativa de esa posición.

El autor es uno de los seis hijos de una familia negra procedente de una pequeña comunidad rural de Merced, California, En San Joaquín Valley. Mientras él, tras terminar los estudios preuniversitarios, se graduó en derecho y antes de alcanzar la destacada posición académica que hoy ostenta en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, ejerció intensamente la función de defensor público en materia penal en el Distrito de Columbia. Bárbara, una de sus hermanas menores, permaneció en California desempeñando honradamente el cargo de oficial de policía. Ella y él se situaban, pues, en trincheras antagónicas del sistema punitivo.

Un día fue Bárbara salvajemente asesinada en su casa, en presencia de su hijo pequeño, crimen que nunca llegó a esclarecerse, no obstante el celo infinito desplegado al efecto por su hermano Charles, junto a la policía respectiva, en dar con el culpable, y su deseo ardiente de que no favoreciera al criminal garantía procesal alguna; de que se utilizara por el Estado toda la prueba, obtenida por cualquier medio, para convencerlo, y de que sobre él recayera, a título de retribución, todo el rigor de la justicia. Tal disposición de ánimo, incompatible con el empeño siempre desplegado por Ogletree, en tanto defensor público, por poner a prueba al Estado frente al jurado y por restringir al máximo la acción posible de la policía en la persecución de los sospechosos lo hizo dudar de la fe, hasta entonces depositada en su propio oficio de defensor público, que incluso pensó en abandonar. Las páginas consagradas a este relato no pueden ser más vivas y elocuentes en este escrito.

Algún tiempo después del horrible suceso debió atender, como defensor público, el caso en extremo difícil de un violador y homicida enfrentado a una abrumadora prueba de cargo. Como siempre desplegó, aunque con éxito final forense menos que relativo, todo el celo de que siempre había dado prueba, y que, por cierto, queda también vividamente documentado en su artículo. Fue ese su proverbial celo, desplegado en un caso judicial por demás ominoso, con posterioridad a la tragedia de su hermana Bárbara y no afectado por ella, el que lo ha conducido al intento de dilucidar sus causas, intento de que deja valioso testimonio el vibrante trabajo que reseñamos.

Destaca Ogletree en el apartado III las dos motivaciones centrales que lo llevaron a no dejar de lado su menester de defensor público, y que él, con alguna licencia autoconcedida, llama *heroísmo*, esto es, el deseo de "medirse con el sistema" y ganar; y *empatía*, vale decir, la identificación con otra persona en peligro. Según el autor, si especialmente estas motivaciones operan juntas, aparecen tal vez más sostenibles que las justificaciones abstractas.

Empezando por la *empatía* como motivación, Ogletree va más lejos de los enunciados que de ella ha solido ofrecer la doctrina estadounidense, y la proyecta, tratándose sobre todo de la relación entre el defensor público y su defendido indigente, allende lo que los teóricos más avanzados han dicho de la empatía al entenderla como una relación de amistad, pero como una relación de amistad *dentro del contexto del sistema legal*. Ella no sólo requiere, a su juicio, que el interlocutor se limite a oír a sus clientes, sino que entienda sus problemas y que se apiade de ellos, en el correcto sentido en que debe verterse al español el término *compassion*. El autor expresa su relación con el cliente simplemente como la de hacer por él *todo* lo que cabe hacer por un amigo: recibir a toda hora sus llamadas telefónicas, ayudarlos a encontrar trabajo, interceder en sus problemas domésticos, asistir a sus bodas y funerales, mantener contacto con sus familias si son enviados a prisión, etcétera; todo lo cual presupone rechazar la concepción frecuente de que el abogado debe mantenerse alejado de los problemas personales de sus clientes en obsequio a una perspectiva profesional despersonalizada y a la erección de una barrera frente al agotamiento y la frustración. Cree Ogletree, por el contrario, que tratándose sobre todo de inculpados indigentes, que son por lo general criminales, es esencial mirar más allá del cargo que se les dirige y lograr una percepción real de la vida a menudo

difícil y penosa que ha precedido a la omisión del hecho. Mantener distancia puede significar, en su opinión, desentenderse de la humanidad del cliente, de sus atributos positivos, del trasfondo en que se perpetró el delito y de las múltiples necesidades que trascienden su situación criminal actual. Además, el abogado que se preocupa de su cliente como individuo llega a guiarlo mejor a través de la maraña del sistema legal, y desea tener éxito. Como resultado, emplea gran celo en defenderlo.

A la empatía se agrega el *heroísmo*. El defensor público se siente un héroe salvador de su cliente a través de todas las adversidades. Ese sentimiento está, por cierto, animado por el deseo de ganar, de vencer en el pleito, meta que, si se alcanza, lleva a ver al abogado, especialmente en el servicio de defensores públicos, con acusada y estimulante reverencia. Invoca Ogletree en este contexto el aserto de Heyman y Liebman, según quienes "algunas personas devienen defensores en lo penal porque aman el desafío, son competitivos por naturaleza y aparecen movidos de una curiosidad personal nada usual. Acarician la idea de representar al oprimido cuando la balanza se inclina en su contra y, frente al acusador omnipotente, se ven privados de todo recurso". Por otra parte, si un abogado está convencido de la naturaleza heroica de su función puede ser capaz de argumentar más vigorosa y persuasivamente en favor de un cierto resultado, sea ante el jurado, en negociaciones o en otros contextos.

El propio Ogletree se encarga, sin embargo, de prevenir frente a las limitaciones de la empatía y el heroísmo, que bien pueden no sobreponerse a la reiteración de crímenes violentos por el defendido, a las condiciones poco gratas del oficio y su implantación material, a la tentación de vencer heroicamente a toda costa, incluso procediendo a veces profesionalmente de manera incorrecta, o a la asignación desigual de horas de trabajo y atención, por motivos de empatía, a un caso y a otro. La solución puede estar, a juicio del autor, en que la empatía habilite al defensor "heroico" a ampliar su entendimiento de lo que realmente significa "ganar el caso", y el heroísmo mantenga al abogado "empático" concentrado en la meta de ganar el caso, y no tentado de conceder demasiado tiempo a otros problemas o necesidades de su cliente. A enseñar este equilibrio, según expone —entre otras cosas— en el apartado IV y último de su trabajo, dedica el autor buena parte de su actividad académica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

La versación, la perspicacia, la sensibilidad, la experiencia humana y la sinceridad exhibidas por el profesor Ogletree Jr. en esta contri-

bución, hacen de ella un estupendo instrumento de la reflexión sistemática, tan necesaria en nuestro medio, acerca de los principios y límites jurídicos y morales en que ha de enmarcarse el ejercicio de la profesión legal penal.

Álvaro BUNSTER

ROMANO, Mario, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoría del reato", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, vol. 35, fasc. 1, enero-marzo de 1992, pp. 39-53.

Es frecuente, dice el catedrático de derecho penal de la Universidad católica de Milán, el recurso de esas categorías en la bibliografía penal de los últimos años. Diremos, por nuestra parte, que empezado siendo así en la bibliografía germana, con los términos *Strafwürdigkeit* y *Strafnotwendigkeit*, el primero de forzada traducción al español y al italiano, en el sentido de ser el sujeto activo del delito digno de pena, merecedor de pena, de donde lo poco convincente sustantivación *merecimiento de pena*, en español; y *meritevolezza di pena*, en italiano; el segundo, en el significado de necesidad de pena.

El merecimiento de pena y la necesidad de pena, pues, suelen mencionarse en la bibliografía a propósito de casi todos los temas de la teoría del delito: de las condiciones objetivas de punibilidad a las causas de impunidad; de la tipología de los delitos a los delitos culposos; del exceso en la legítima defensa a la tentativa inidónea; de las causas excusantes al desistimiento voluntario; del concurso de delitos a la prescripción de la acción penal y, por cierto, de la commisuración penal en sentido estricto a la commisuración penal en sentido lato. La invocación de estas categorías, dice muy precisamente Romano, se hace en cuanto importan criterios de interpretación, de verificación y de corrección de los sistemas penales positivos.

Algunos han querido ir más lejos y tener al merecimiento y a la necesidad de pena como un cuarto nivel o grado en la teoría del delito. A fin de tomar partido en esa discusión, Romano empieza por investigar los casos en que esas categorías convergen y los casos en que divergen. Convergen, ciertamente, cuando se trata de decidir sobre si una conducta lesiva de un bien jurídico valioso, en que se incurre reiteradamente, debe ser incorporada al elenco de los hechos punibles: la decisión positiva estribaría en que esa conducta merece y requiere ser punida. En ese punto, carece de sentido postular el

merecimiento y la necesidad de pena como constitutivos de un cuarto nivel o grado en la teoría del delito, tras la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Tres tesis diversas postulan la inclusión de las dos nuevas categorías entre los niveles o grados de la infracción: 1) Para la primera, el merecimiento de pena traspasa toda la teoría general del derecho penal e interesa a todas las fases del delito, desde el momento prelegislativo hasta la conmisuración penal. Expresiones de ese merecimiento pueden encontrarse fuera de los tipos de delito, y dentro de ellos junto a la antijuridicidad y la culpabilidad, como factores "agregados", constituyendo el cuarto nivel o grado. Tal es el caso de la presencia de condiciones objetivas de punibilidad afirmativas de un disvalor que no se comprende en los niveles anteriores, y de ausencia de esas condiciones, que, al excluir el merecimiento de pena, excluyen la responsabilidad (Schmidhäuser). 2. Para la segunda, antijuridicidad y culpabilidad, por una parte, y pena, por otra, están profundamente separadas, de manera que la mayoría de los ilícitos culpables (civiles, administrativos, etcétera, no aparejan una pena: para que ésta se comine se requiere algo más que en ella misma se contiene como autónomo disvalor ético-social, expresado en el merecimiento de pena (Langer). 3. Para una tercera, en fin, las tres categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, núcleo "irrenunciable" de todo delito, son demasiado abstractas y, por ello, no logran dominar el material jurídico presente en el código penal; antes bien, proceden a nivelar las multiformes perfiles politicocriminales de los singulares tipos delictivos. A fin de que el hecho merecedor de pena sea un hecho "necesitado" de pena es menester, además, que la tutela penal sea idónea y necesaria y que la intervención penal no acarree alguna consecuencia colateral desproporcionadamente dañosa. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad son, pues, los tres requisitos de la categoría de la "necesidad de pena", que junto a la de "merecimiento de pena" expresado en la antijuridicidad y la culpabilidad, conforma un *autónomo presupuesto material* del delito (Schünemann).

Obsérvese que las tres tesis son de procedencia alemana. Por comodidad expositiva, el autor italiano comienza por refutarlas en un orden inverso a aquél en que las expone en su artículo, orden al que nos hemos atenido en esta reseña. Romano hace notar agudamente que si es indispensable concretizar y sistematizar los elementos constitutivos de cada tipo de delito, como postula Schünemann, ello no es suficiente para construir con ellos un cuarto nivel o grado, fuera de los tres ya clásicos, además de que antijuridicidad y culpa-

bilidad resultarían así despojadas de su contenido significativo. A la tesis de Langer se opone con el fuerte argumento, entre otros, de que en la gran mayoría de los casos todo lo que aparece en la descripción legal del tipo singular individualiza lo que se prohíbe e implica las razones de fondo que el legislador tiene para prohibirlo, de donde aparece innecesario hacer con esa sustancia el contenido de dos nuevas categorías. De la tesis de Schmidhäuser recoge la función vasta que aquél atribuye al merecimiento de pena, pero se le asigna también a la necesidad de pena, y entra luego argumentar sobre todo en torno de las condiciones objetivas de punibilidad. De su concepto quisiera él ver segregadas, primeramente, las condiciones objetivas de procedibilidad, pertenecientes no al derecho penal sino al procesal penal, de modo de estructurar como elementos constitutivos del delito (con las correspondientes consecuencias respecto de la culpabilidad) sólo aquellos factores que contribuyen a la ofensa del bien jurídico protegido por la norma, y nada más. Para Romano, el delito como materia *penalmente* prohibida, de intenso contenido negativo, es una ilicitud que a la vez *merece* pena y *ha menester, necesita* de la pena.

La ley podrá requerir algo más para la punibilidad de la ilicitud culpable o excluir la punibilidad frente a aquélla, pero ello acaecerá sólo a causa de perfiles "externos" que no condicionan ni eliminan el "disvalor criminal" ya expresado en el ordenamiento. No hay pues, espacio autónomo en la teoría del delito para el merecimiento y la necesidad de pena como cuarto nivel o grado del delito mismo.

Álvaro BUNSTER

SCHUMANN, Karl F., "Una sociedad sin prisiones", *Doctrina Penal*, Buenos Aires, vol. 14, núms. 53-54, enero-junio de 1991, pp. 109-128.

El título suena utópico: ¿qué sociedad podría vivir sin cárceles? Un Estado que pretenda garantizar seguridad y orden a sus ciudadanos, necesita de un arsenal de instrumentos como policía, juzgados y prisiones. ¿Se podría aplicar un derecho penal que renuncie a las penas privativas de libertad? La sociedad debe ser protegida de ciertas personas, por ello se mantienen las prisiones como última posibilidad.

El autor del artículo analiza la situación actual en Alemania, donde la pena que con más frecuencia se utiliza es la multa y "sólo el 5.8 por ciento de los condenados debieron ir a la prisión", y se atreve a aventurar que "es posible que en los próximos años el 5.8 por

ciento de los casos de privación de libertad se podrán reducir a 5, 4 o 3 por ciento". ¿Lo logrará Alemania?, ¿cómo? No nos parece difícil si continúa vigente la concepción de que la privación de libertad implica el riesgo de llegar a arruinar la existencia de los penados, exponiéndolos al desprecio social, desocupación, reincidencia y criminalidad como modo de vida, entonces resulta que la abolición de tales penas será cada vez más difícil de legitimar.

La privación de libertad representa, de década en década, un ataque cada vez más grande a los derechos humanos. Así leemos una larga serie de conductas de la vida diaria que les están completamente excluidos de la vida diaria en prisión. En la propaganda sobre resocialización mediante la ejecución penal, se ha perdido de vista que las prisiones son instituciones totales que limitan el contacto de los internos con el mundo exterior y su libertad: la falta de libertad de horarios; la separación con las autoridades; la convivencia obligada, los bajos salarios que simbolizan para el preso el escaso valor de su fuerza de trabajo... todo conduce a debilitar la autonomía y la autoestima de los internos. Los presos se vuelven internos de buen comportamiento, pero pierden capacidad de vida en sociedad, por falta de autonomía y conciencia de sí mismos; el pensamiento gira cada vez más alrededor de la vida carcelaria, más tarde, ya liberado llegará a sentirse un marginado.

La renuncia a las penas privativas de libertad no permite seguir ignorando los problemas de quienes cometen hechos punibles. Puesto que las personas más recargadas de problemas permanecen en libertad, éstos, tarde o temprano, serán nuestros, lo que nos obliga a tomarlos en serio y ser más tolerantes. Lo que no se puede extirpar y tampoco esconder en la prisión debe ser entendido en sus verdaderas causas, y cuando no sea modificable, aceptado en mayor medida. Hay penas que son efectivas sin segregar, como las multas, el decomiso de propiedad y ganancia del hecho delictivo, penas infamantes y el trabajo en favor de la comunidad.

Un punto decisivo para liberarnos de las penas privativas de libertad es terminar con la imagen del delincuente cultivada por nuestra educación y los medios, en el sentido de que habría personas peligrosas que deben ser controladas mediante encierro. Hulsman ha sostenido la tesis de que no habría hombres peligrosos, sino sólo situaciones existenciales peligrosas y, en consecuencia, lo que deberíamos es tratar de evitarlas. Una situación peligrosa señalada es la que presentan los liberados, quienes se hallan ante la puerta de la cárcel sin trabajo, vivienda ni conocidos.

En suma, sería necesario dismantelar sucesivamente la privación de libertad, empezando por la educación estatal, siguiendo con el derecho penal de menores, dentro del cual es muy arriesgado el encierro punitivo por los graves daños a la personalidad que implica. Reaccionar a delitos con encierro es poner en marcha un círculo vicioso como el referido a la pena de muerte: ambas soluciones contribuyen a la brutalización de la sociedad, legalizando muertes y degradando el valor de la vida humana. Cuando los delinquentes son encerrados el ciudadano se olvida de ellos, ignorando su difícil situación existencial.

El autor aborda también el tema de la pena de muerte y las penas perpetuas, advirtiéndonos que ese adjetivo en Alemania quiere decir libertad condicional tras 15 años de prisión y dictamen favorable.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, "Ley penal y hecho punible en el Código Penal peruano de 1991", *Derecho*, Lima, núm. 46, diciembre de 1991, pp. 33-61.

Este conciso panorama es uno de los varios trabajos consagrados al nuevo Código penal del Perú en este número de la revista. Para Villavicencio, el vigente Código se ha liberado del poderoso influjo ejercido por el Código Penal Tipo para Latinoamérica en los proyectos peruanos preparados entre 1984 y 1986, y ha recibido la influencia de la reforma penal reciente en Brasil, España, Alemania, Portugal, Austria, Argentina y algunos otros países. El Código abandona, pues, el criterio retributivo y su orientación es político-criminal y preventiva, no sólo como medio protector de la sociedad, sino también de la persona humana. Sobre los comentarios del autor a los preceptos de su Título Preliminar nos remitiremos a nuestra reseña en este Boletín del artículo del profesor Bramont, y nos desentenderemos de la cuenta de Villavicencio relativa a las normas concernientes a la ley penal, que no aportan novedades de interés.

Por lo que hace al hecho punible, las infracciones penales se clasifican en delitos y faltas.

El delito culposo requiere que la conducta afecte *el deber de cuidado* y se verifique un resultado. El deber de cuidado se concibe en relación a la vida social en situaciones concretas y surge del ordenamiento jurídico como concepto objetivo y normativo que no puede

ser general sino sólo de incumbencia del sujeto individual. El resultado tiene carácter limitativo, integra el tipo y no es, por tanto, una *condición objetiva de punibilidad*.

Precisiones mayores hace el autor en relación con el delito omisivo, donde distingue el tipo que describe la conducta que prohíbe (*estructura comisiva*) y el que prohíbe conductas *diferentes* de las que describe (*estructura omisiva*). Los casos de omisión propia están descritos expresamente, como en todos los códigos. En cuanto a los delitos de omisión impropia, no tipificados expresamente, y que derivan su penalidad, según Villavicencio, de la interpretación a cargo del juez de un delito comisivo que admite estructuras omisivas, lo que sobre el particular desarrolla no agrega nada nuevo ni demasiado diferente a lo que desde hace más de un cuarto de siglo viene postulando la doctrina penal contemporánea. Lo que en esta materia expresa en seguida, ahora respecto del Código penal peruano, es que no concuerda —y, por cierto, tampoco concordamos nosotros— con la norma de aquél según la cual el deber de impedir el resultado puede ser hasta un simple deber moral.

En materia de error, el Código peruano legisla, explica, tanto sobre el error de tipo como sobre el error de prohibición. El primero excluye el dolo si es invencible, y determina, si es vencible, responsabilidad a título de culpa, cuando el hecho aparece punido como delito culposo. Por lo que hace al error de prohibición, la responsabilidad se excluye si es invencible, y se disminuye si es vencible; posición netamente welzeliana.

En la tentativa distingue el Código del Perú entre la acabada y la inacabada. El desistimiento voluntario de esta última excluye la punibilidad. Tampoco es punible la tentativa inidónea.

La imputabilidad queda excluida para los menores de 18 años y para quienes, “por grave alteración de la conciencia... no posean la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esa comprensión”: fórmula mixta.

Entre las causas de justificación, la legítima defensa aparece legislada de la norma clásica, y también el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho. No legisla el Código específicamente sobre la obediencia jerárquica ni sobre el consentimiento del ofendido.

La regulación del *concurso delinquentium* distingue las formas clásicas de intervenir, pero no abandona, en materia de complicidad, la distinción entre cómplice primario y cómplice secundario, que tantas cavilaciones ha provocado a la doctrina en países como Italia

antes del Código Rocco, España, Argentina y otros. El cómplice primario es equiparado, en la pena al autor, al paso que el secundario se ve favorecido por una disminución prudencial. Se consagra la accesoriedad limitada y, en el caso de la persona física que delinque obrando a nombre o en interés de una persona moral, se la castiga aun cuando no posea las calidades penales exigidas a ésta por la figura correspondiente.

Podrá advertirse que, en términos generales, este nuevo Código Penal peruano de 1991 no contiene, en la regulación del hecho punible, normas que no equivalgan por contenido a las del Código Penal Federal mexicano y a las de la mayoría de las entidades fedrativas.

Álvaro BUNSTER

DERECHO DEL TRABAJO

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "El *ombudsman* y la responsabilidad de los servidores públicos en México", *Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 2, abril-junio de 1993, pp. 39-57.

El motivo de hacer la presente reseña del interesante estudio del doctor Fix Zamudio, se debe al hecho de que en escasas ocasiones ha abordado cuestiones relacionadas específicamente a sectores de trabajadores. Estudioso profundo de temas constitucionales, procesales y de derecho social, ha dedicado sus investigaciones a diversas materias y ramas jurídicas, de las cuales hemos desprendido importantes conocimientos como la que hoy dedica al derecho burocrático, rama del derecho del trabajo infortunadamente poco explorada pues se toca tangencialmente cuando se trata de derechos individuales de este sector de trabajadores. Por esta razón, hoy que se ocupa de los servidores públicos no hemos dudado en ningún momento en analizar los aspectos laborales de su tema a través de las inteligentes observaciones que nos hace en relación con la moderna institución del *ombudsman*.

Es preciso previamente anotar que el doctor Fix-Zamudio ha sido uno de los primeros investigadores jurídicos que se han ocupado del estudio a fondo de dicha institución nacida en Suecia, pero desarrollada ya en casi todo el mundo con diversos nombres y categorías como "Procurador del Pueblo", "Defensor del Pueblo," "Defensor Cí-