

REVISTA DE REVISTAS

Derecho penal	792
-------------------------	-----

ble, amoldable a las necesidades de la vida real. Tal circunstancia hace interesante y singular la aportación de este trabajo.

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

DERECHO PENAL

NOVOA MONREAL, Eduardo, "¿Se justifica el derecho a castigar?", *Cuadernos Panameños de Criminología*, Panamá, núms. 11 y 12, Imprenta Universidad de Panamá, 1982-1983, pp. 61-75.

Esta reseña versa sobre una ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el tema "El derecho a castigar", celebrado en Mérida, Venezuela, en el año de 1982. Su autor era entonces profesor del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas en la Universidad Central de Venezuela.

Al tratar este tema, que tanta polémica ha suscitado, comienza por delimitar el uso de la expresión "derecho de castigar", a fin de abarcar las posiciones teóricas que sostienen el sentido absoluto de la pena y la necesidad de que ella se imponga como sanción a todo responsable de un delito por el solo hecho de haberlo cometido, independientemente de otros fines provechosos o meramente utilitarios que pudieran lograrse con su aplicación. Su examen se circunscribe al plano de la teoría del derecho, pero con un propósito crítico. Sus objeciones las formula en forma de proposiciones, que comentaremos a continuación.

1. "El Derecho de Castigar no se aviene con un Derecho de pura ordenación formal; luego su sustento debe encontrarse fuera del Derecho." A fin de que esta idea quede más clara, conviene explicar que para este autor el derecho es el instrumento de una determinada concepción política, y su función es la de:

Formular el conjunto completo, armonioso y eficiente de normas necesario para imponer una determinada concepción política de organización social, y esta concepción, desarrollada de acuerdo a ideas políticas, económicas y sociales aceptadas por quienes ejercen el gobierno efectivo de la sociedad, será comunicada a los juristas para que ellos se encarguen de la elaboración concreta del derecho positivo correspondiente. (P. 64.)

La tarea de los juristas es entonces determinar cómo aplicarlo mejor y con más eficacia práctica. Y tras esto asevera el autor que "un pretendido derecho de castigar que permite introducir toda una rama jurídica destinada a sancionar severamente las conductas injustas que producen mayor perturbación social, no es un concepto nacido del Derecho, sino algo que corresponde a ciertas ideologías políticas dominantes" (p. 64).

2. En seguida, según Novoa, el derecho penal debe estar separado de la moral, por lo que traspasar a aquél la noción de responsabilidad moral es un error. Al derecho le corresponde atender a la conducta externa del hombre, sin importarle su disposición anímica; en cuanto acate las normas, el fin del derecho estará cumplido. La excesiva identificación entre moral y derecho encierra riesgos para con el respeto a los derechos humanos, puesto que facilita que la autoridad social trate de indagar dentro de la intimidad psíquica del imputado. Su adecuada separación lleva a una concepción científica de la responsabilidad penal.

3. Dentro de la dogmática penal moderna, la corriente finalista iniciada por Hans Welzel afirma que toda la actividad delictuosa del sujeto está dominada por su actitud psíquica. En forma diversa el causalismo considera a la acción como fenómeno objetivo y presenta al tipo penal como una descripción legal de los sucesos del mundo exterior.

4. Las nuevas tendencias dogmáticas sobre culpabilidad son más irreconciliables con un supuesto derecho a castigar. La idea dominante es que la culpabilidad es un presupuesto indispensable para imponer una pena, y consiste en el reproche que se hace al autor porque "se ha decidido por el mal, a pesar de que disponía personalmente de la capacidad de elegir el camino del derecho", según palabras de Maurach, citadas por nuestro autor. Al principio del desarrollo de estos temas, el concepto de culpabilidad se conformó con exigencias morales, pero con el tiempo adquirió características jurídicas. Si bien la idea actual es de poder dirigirle al sujeto que realizó una acción antijurídica un reproche por haberla cometido, pudiendo haber actuado de manera diferente, esta afirmación es objeto de fuertes objeciones por parte de las ciencias del comportamiento, ya que en el desarrollo alcanzado hasta ahora por ellas, no han podido aún responder a la pregunta de si a un determinado sujeto, en determinadas circunstancias, le habría sido posible obrar en forma distinta a como lo hizo. Lo que este autor nos manifiesta es que para el derecho no es importante la disposición anímica del sujeto infractor, como fundamento de la reacción social a adoptar. La culpabilidad no debe ser considerada característica esen-

cial del hecho delictuoso, ni tampoco elemento anterior y necesario para justificar la reacción social (la imposición de una pena). Debe ella ser tenida como un mero antecedente a partir del cual decidir sobre la necesidad o conveniencia de una medida para contrarrestar los delitos.

Esta concepción, continúa diciendo Novoa Monreal, no modifica el contenido básico de la culpabilidad, de manera que seguiría formulándose el juicio de reproche al sujeto por haber realizado una conducta antijurídica pese a haber podido actuar de manera distinta; pero, y aquí viene la novedad, sin importar que en ese momento el sujeto tuviera o no conciencia de que su conducta era reprochable.

El desarrollo de las teorías dogmáticas ha ido logrando poco a poco que los argumentos utilizados para fundamentar el derecho de castigar vayan perdiendo consistencia, llegando algunos penalistas modernos (y como ejemplo cita a Enrique Gimbernat, por hacerlo en lengua española) a negar la culpabilidad como presupuesto del delito y de la pena, por considerar que se trata de una exigencia de imposible constatación.

Para concluir, el autor propone, primero, revisar cómo y por qué se aplican sanciones en el mundo actual, para luego poner de manifiesto que la legislación que se ocupa de la prevención y represión de las conductas consideradas delitos, cumple una función encubridora de la desorganización social existente, protectora de los intereses particulares de los grupos dominantes, y, por último, preservadora de un régimen social injusto.

Ahora bien, el título del artículo es: "¿Se justifica el derecho a castigar?" Nos parece indicar que él no se justifica en un Estado como el descrito líneas antes; pero el autor nos dice que tampoco sería deseable en un régimen político más sano, "porque en una vida social basada en la dignidad, en la igualdad, y en el pleno desarrollo de los hombres, promovida y lograda en un ambiente de solidaridad entre ellos y de participación de todos en las actividades sociales, no puede admitirse que algunos individuos se coloquen por encima de los demás, los enjuicien y dicten condenas en su contra" (p. 67).

Efectivamente, en una sociedad como la antes descrita, no se justificaría el *ius puniendi*, así como muchos otros conceptos que saldrían sobrando.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

TORIO LÓPEZ, Ángel, "Límites político-criminales del delito de comisión por omisión", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 37, fascículo III, septiembre-diciembre de 1984, pp. 693-707.

Este trabajo del profesor de la cátedra vallisoletana es la relación española presentada a la sección de los delitos de omisión del XIII Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en El Cairo en octubre de 1984.

El autor parte de indicaciones metódicas que buscan un equilibrio, tratándose del delito de comisión por omisión, entre sus presupuestos lógicos legislativamente fijados, que son una exigencia indeclinable del Estado de derecho, y sus presupuestos teleológicos, es decir, la posibilidad de que la acción omitida neutralizase el peligro y, ulteriormente, el resultado lesivo del bien jurídico.

Para ello desarrolla de espléndida manera la evolución histórico-conceptual del delito de comisión por omisión a partir de la ciencia penal del siglo XIX, que por no concebir la imputación de un resultado que no haya sido causado por el autor y no hallar un *quid* causal en la omisión, debía renunciar a una fundamentación de la comisión por omisión en el plano del ser (causal) e intentarlo en el del deber ser (normativo). Esta perspectiva se expresa claramente en la dirección teleológica-valorativa de la ciencia penal continental europea durante las décadas iniciales del siglo XX, para la cual el omitente no causa —*ex nihilo, nihil*— el resultado, sino que responde de él por no realizar la acción que lo hubiese impedido cuando tenía un deber específico de evitarlo. La consideración de la acción esperada como medio de disminución del peligro y evitación de la lesión del bien jurídico pone diáfano de relieve, apunta Torio, la perspectiva teleológica de la comisión por omisión. Valorativamente, la comisión por omisión es equiparada a la acción causal del resultado. Distintos en el ámbito teleológico del ser *real*, delito de acción y delito de comisión por omisión se equiparan en el plano de los valores.

El presente —afirma Torio— se caracteriza por una prolongación sucesiva del pensamiento teleológico valorativo en el derecho penal, en lo concerniente al delito de acción y al de comisión por omisión. Esto se evidencia, desde luego, en la consideración progresiva del derecho penal como medio de protección de bienes jurídicos. En la parte especial se critican hoy las figuras en que no es dable verificar la dirección de ataque a tales bienes (homosexualidad consentida entre adultos, pornografía, prostitución, incesto). En la parte general se censuran los delitos de peligro abstracto y tiende a exigirse la existencia efectiva del

peligro concreto o de la lesión al bien jurídico. Se niega la tipicidad de las acciones que no originan ni intensifican la lesión del bien jurídico abstractamente protegido por la ley penal. Paralelamente, se evidencia esa prolongación sucesiva del pensamiento teleológico valorativo en los delitos de acción, donde se distingue entre causaciones prohibidas y no prohibidas, entre causación e imputación objetiva, pues bien puede ocurrir que una causación, como tal, no sea tenida como antinormativa (típica), en el sentido del derecho positivo. Este debilitamiento del momento causal, influido también por la filosofía contemporánea de la ciencia, conduce a una aproximación nueva de acción y comisión por omisión. La causalidad es condición necesaria pero no suficiente de la tipicidad, la cual radica primordialmente en la imputación objetiva del resultado a la acción, o, en su caso, a la omisión. La dimensión *lógica* del delito parece retroceder ante la consideración *teleológica* y ante todo *axiológica*.

El equilibrio entre descripción y valoración es lo que no debe sobrepasarse en la fundamentación del injusto, dado que el principio *nullum crimen sine lege* concreta la certeza del derecho y supone la realización de un postulado lógico, esto es, de una descripción exacta de los presupuestos de la pena. Junto a una descripción precisa de la base real o material del delito de acción ha de darse una definición lo más precisa posible de los presupuestos reales (lógicos) del delito de comisión por omisión. Aunque la causalidad no es, por ejemplo, dice Torio, *elemento* material del delito de comisión por omisión, es un *momento lógico* imprescindible de él, que debe precisamente destacar con evidencia la descripción legislativa de esta clase de delitos. En este sentido lógico, y por tanto real, debe procederse a una precisión legislativa, en lo posible agotadora, de la totalidad de elementos fundadores de la responsabilidad del omitente por el resultado sobrevenido. Correlativamente, a fin de evitar en este sector la penetración de criterios moralizadores, de acuerdo con la actual política criminal debe destacar suficientemente la ley el plano teleológico propio del delito de comisión por omisión, es decir, la posibilidad de que la acción omitida neutralizase el peligro y, ulteriormente, el resultado lesivo del bien jurídico. Únicamente cuando estos momentos lógico y teleológico de la comisión por omisión estuvieran legislativamente garantizados, podrían valorarse el delito de comisión por omisión y el correspondiente delito de acción como realidades jurídicas equivalentes.

Tras estas consideraciones enfrenta Torio el problema de legislar sobre el delito de comisión por omisión. Le parece indispensable, en países donde, como en España, existe notable fluidez entre lo moral y lo

jurídico, no silenciar legislativamente el problema contentándose con la afirmación de la ley de que son punibles tanto las acciones como las omisiones. Postula, en seguida, que la norma jurídica sobre la comisión por omisión debería mostrar con evidencia, sin suscitar dudas interpretativas, la *necesidad* de que la acción omitida hubiera impedido el resultado, desechando la doctrina dominante sobre la materia, que se conforma con una probabilidad rayana en la certidumbre. Dicha norma jurídica debe implicar, además, la exigencia de que la acción omitida pudiera disminuir el riesgo y consiguientemente evitar la lesión del bien o interés protegido por la norma. Elemento constitutivo del delito de comisión por omisión es, igualmente que en el delito de acción, la *imputación objetiva*. Este punto de vista debería encontrar expresión en las fórmulas legislativas del delito de comisión por omisión, con el fin de promover la formulación de un juicio negativo de peligro, es decir, de un juicio afirmativo de que la acción hubiera evitado el peligro y, ulteriormente, la lesión del bien jurídico protegido.

En cuanto a la concreción legislativa de los fundamentos o fuentes del deber de actuar, según Torio corresponde a la ley, en atención a la certeza del derecho y a la experiencia de la división ideológica de la judicatura, reflejada en las propuestas favorables a un *uso alternativo* del derecho, la tarea de delimitar de modo posiblemente agotador y definitivo el injusto merecedor de pena. La fórmula legal debe excluir implícitamente la fundamentación de la comisión por omisión en la infracción de un deber moral o de un deber jurídico general de actuar, mediante la exigencia de un *deber jurídico específico* de impedir el resultado. Una regulación parcial de la posición de garantía es preferible a la falta de regulación, con la consiguiente penetración del pensamiento analógico valorativo en el elemento nuclear de los delitos de comisión por omisión.

La fluidez existente entre algunos delitos de omisión simple, como la omisión del deber de socorro, y los delitos de comisión por omisión, como el homicidio y las lesiones, exige una consideración legislativa coordinada entre ambos grupos.

A fin de excluir una *equiparación abstracta* entre delito de acción y delito de comisión por omisión no debe prefijarse un límite mínimo al marco penal de éste. Tal límite mínimo coincidiría, por tanto, con el mínimo de la pena legal correspondiente. Dada la diversidad de situaciones que puede plantear esta clase de delitos —por ejemplo, relaciones entre omitente y víctima, bien jurídico atacado, transición fluida con el delito de omisión simple—, no debe impedirse que el mínimo de la pena sea esencialmente objeto de concreción judicial.

El artículo reseñado del profesor Torio es teóricamente valioso y legislativamente inspirador.

Alvaro BUNSTER

TRIVIZAS, Eugene, "Disturbances associated with football matches. *Types or Incidents and Selection of Charges*", *The British Journal of Criminology*, Londres, vol. 24, núm. 4, octubre de 1984, pp. 361-384.

Este artículo se refiere a la violencia que rodea los innumerables partidos de fútbol que se llevan a cabo cada temporada en Inglaterra. Esa violencia se suscita en las tribunas, entre los fanáticos de los equipos rivales, que a veces llega hasta el mismo campo de juego, debiéndose frecuentemente interrumpir el partido, y en las riñas, robos y borracheras que suceden en las zonas aledañas a los estadios, entre enojados espectadores que no pudieron acceder al lugar del encuentro, o viciosos y ladrones que se aprovechan de las multitudes para realizar actos vandálicos.

Trivizas nos introduce al tema exponiendo las cifras de los asistentes a los estadios por temporada: cuatro millones trescientos setenta mil ciento diecinueve personas, de las cuales se arresta al final de cada encuentro a un promedio de 625 asistentes.

Los incidentes que suceden durante el transcurso del encuentro futbolístico, fueron distribuidos por el autor en cuatro categorías básicas, y, desglosadas, dieron 14 tipos de incidentes, dispuestos homogéneamente de acuerdo al patrón básico de interacción de las categorías. Dichas categorías son las siguientes: 1. Incidentes que resultan de actos grupales o de actos de miembros de un grupo, contra una multitud o un miembro de la multitud del grupo contrario; 2. Incidentes en que participa un grupo o un miembro de un grupo contra los jugadores, el árbitro o las instalaciones del estadio; 3. Incidentes donde la conducta del grupo o de un miembro del grupo se dirige contra sus espectadores cercanos, o del público en general; 4. Incidentes de grupo o miembros del grupo, contra la policía.

De cada categoría el autor nos explica las situaciones que con más frecuencia se repiten, y las diversas combinaciones que de estas categorías básicas se presentan, y nos ofrece los correspondientes ejemplos.

Estos incidentes que nos describe, si lo vemos en función de las categorías, nos ayudan a comprender lo que sucede cuando se habla de

desórdenes multitudinarios. Es por eso que son valiosos los ejemplos que aparecen citados.

Es común ya para todos nosotros que cuando hay un espectáculo al que asisten multitudes, se corren mayores riesgos, pues las aglomeraciones favorecen los actos agresivos de todo tipo, aprovechando el anonimato que ofrece el estar rodeado de tanta gente.

Ahora examinaremos cómo la conducta de las personas envueltas en estos incidentes es clasificada por la policía inglesa en determinadas categorías legales, y la razón que se tiene en cuenta en cada caso.

La discrecionalidad policíaca (criterio) juega un papel significativo en la administración de justicia. Particularmente sirve para: 1) Decidir cuándo se está violando la ley, en un determinado momento o situación particular, y 2) Determinar a quién debe llevarse ante los tribunales.

El artículo que comentamos nos descubre una tercera dimensión: la posibilidad de clasificar a qué tipo de infracción pertenece la conducta que ha originado la intervención policíaca.

Las conductas recogidas por las leyes británicas aplicables a los disturbios causados por multitudes, están definidas en forma vaga, imprecisa y muy extensa. Consecuencia de ello es que el sujeto detenido en un partido de fútbol que termina violentamente, puede ser considerado bajo distintos aspectos. Dependerá del policía el cargo por el que habrá de detenerlo, y lo importante de esta decisión está en la diferente sanción que cada conducta tiene asociada. Esa decisión es una función semijudicial, en el sentido de que la elección de la infracción atiende al rango de las sanciones ante las que deberá decidir el juez.

Las posibilidades de actuar de la policía respecto de una persona detenida por las actitudes de los que inician riñas (o participan en ellas) durante un partido de fútbol, podrían encuadrarse dentro de los delitos que el *common law* tipifica, como, por ejemplo, riñas, desórdenes y asambleas ilegales. Sin embargo, los procesos seguidos por esos cargos son normalmente evitados por la policía. Son pocos los procesos que a lo largo de un año se presentan por ataques al orden público, de conformidad con el *common law*.

El por qué la policía prefiere utilizar el derecho legislado por las faltas que según el mismo autorizan el arresto, nos es explicado por Trivizas del modo siguiente: En el momento de un desorden, de acuerdo con la Ley de Daños por Desórdenes, el gobierno se responsabiliza y reembolsa el pago de los daños causados, pues dicha ley indica que cuando cualquier casa, tienda o edificio, resulten dañados o en que se cometa hurto, o que queden destruidos por la turba, deberá compen-

sar al propietario la autoridad policíaca del distrito. La cantidad podrá reducirse en la medida en que el propietario haya contribuido a su menoscabo por no haber tomado las precauciones debidas, o haber tomado parte en la provocación. En tal caso, si la policía realiza arrestos por desórdenes en una zona circundante a un estadio de fútbol, y después el propietario de una casa o comercio afectados reclama los daños sufridos, el acta de la policía será una clara prueba en favor del particular, y el gobierno deberá responder por dichos daños.

La segunda razón es que un proceso por cargos establecidos en el derecho legislado es sumamente rápido. Y, por último, es más difícil asegurarse de que el sujeto será castigado cuando se trata de delitos del *common law* porque: a) como el juicio es largo (ya que éste incluye la intervención del jurado popular), a la fecha en que los policías que detuvieron al alborotador se presentan a declarar en su contra, ya han olvidado muchos detalles, lo que hace perder efectividad a su versión; b) en el momento del juicio, ya los acusados habrán oído a los testigos, lo que les permite presentar una defensa encaminada a desvirtuar o justificar los hechos. En cambio, si la presentación ante el juez es inmediata, será ahí y en ese mismo momento donde cada una de las partes rendirá su versión de los hechos, y c) la seriedad de los cargos del *common law* y la severidad de sus sentencias hace dudar al jurado de si las conductas agresivas que son resultado del fanatismo por un juego de fútbol deben ser castigadas tan duramente.

Desde luego que esto no se refiere a los últimos actos agresivos que hemos presenciado a través de la televisión en los estadios de fútbol europeos. Tratándose de asesinatos, los cargos sí que pertenecen al *common law*.

Continúa el autor diciendo que el cargo que con más frecuencia utiliza la policía es el referente al "uso de lenguaje amenazante o insultante" o a "conductas que perturban o pueden perturbar el orden público". Tanto invoca dicha ley, que ya se la conoce por "la amiga del policía".

El autor se pregunta si una persona puede ser considerada perturbadora de la paz pública cuando la agresión había ya comenzado, por unirse a los ríjosos. En ese caso, dice, ya no existía una situación de paz pública. La respuesta se la dio el tribunal al expresar que deben tomarse las conductas por separado, en forma individual, y también por separado cada acto de violencia que sea capaz de perturbar la paz pública.

¿Qué considera la policía para elegir los cargos que autorizan el arresto? 1. Aspecto administrativo: la policía evita los cargos previstos en

el sistema de *common law* por su larga duración, y para evitar reclamaciones por daños que son resultado de un desorden, de acuerdo a la Ley de Daños por Desórdenes de 1886; 2. La seguridad de que el detenido será castigado. Naturalmente, la policía no quiere perder su tiempo y esfuerzo sin ver resultados provechosos para su actividad. Los cargos de conducta o lenguaje amenazador, insultante o abusivo, les resultan fáciles de probar, y 3. La severidad en la sentencia. La ley que la policía maneja con más frecuencia (*Public Order Act* de 1936) tiene grados de penalidades que parece satisfacerles, por no ser ni muy leves ni muy severas.

La tendencia en la legislación criminal de ese país ha sido en los últimos años la de favorecer el uso de la discrecionalidad policíaca, en lugar de acentuar las definiciones, sin ningún intento serio de establecer una gradación significativa de las faltas y conductas agresivas.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

DERECHO PROCESAL

AMODIO, Ennio, "Nuovi valori 'costituzionali' nella giustizia penale del continente europeo", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, vol. 27, núm. 3, julio-septiembre de 1984, pp. 918-951.

En este artículo el autor, catedrático de derecho procesal penal comparado en la Universidad de Milán, se propone analizar cuáles son las tendencias actuales del proceso penal en tres países de Europa occidental: Francia, Italia y la República Federal de Alemania. Para este objeto, Amodio intenta superar la contraposición que suele hacerse entre la fase posterior a la posguerra, llamada del garantismo por la expansión y consolidación de los derechos fundamentales del inculpado, y la fase de los años setenta conocida como de la emergencia, de carácter involutivo y marcada por la prevalencia de las exigencias de defensa social.

La fase del garantismo se advierte de manera particular en Italia y Alemania Occidental:

Las dos naciones, salidas de una análoga experiencia autoritaria que llevó al repudio de las garantías individuales en homenaje a los principios del Estado totalitario, recorren el mismo camino: desde la Constitución como primer intervención legislativa dirigida a remo-