

## REVISTA DE REVISTAS

Derecho penal . . . . . 734

drá reclamar responsabilidad por tal incumplimiento. El alcance de esta disposición lo explica el autor (pp. 509 y ss.) proponiendo este caso: el vendedor entrega mercancías que en 60% no son conformes con el contrato, y en 40% se dañaron al ser transportadas. El vendedor puede, argumentando que hay un incumplimiento esencial, rescindir el contrato, y entonces el vendedor tendrá que recibir las mercancías dañadas, tal como llegaron al comprador. En otras palabras, el efecto del artículo es dar al comprador la posibilidad de revertir el riesgo al vendedor, cuando hay incumplimiento esencial.

Jorge ADAME GODDARD

### DERECHO PENAL

BORNA, Shaheen, "Free Enterprise Goes to Prison", *The British Journal of Criminology*, Londres, vol. 26, núm. 4, octubre de 1986, pp. 321-334.

Tradicionalmente la construcción y administración de establecimientos penitenciarios ha sido responsabilidad de los gobiernos estatales o locales. Recientemente el gobierno de los Estados Unidos decidió delegar dicha función a la iniciativa privada. A esto se refiere el artículo que se reseña, mismo que comienza explicando la forma en que el gobierno se allegó fondos para construir prisiones de administración privada, los términos en que las corporaciones participaron y los argumentos que social y jurídicamente se han manejado como resultado de haber privatizado las prisiones.

En estos momentos la materia carcelaria aparece como un floreciente negocio, ya que según cifras del Departamento de Justicia en abril de 1985, la población carcelaria ascendía a 445,381 prisioneros. Hay 210,000 personas más en prisiones locales, esperando su juicio o purgando una condena menor por alguna infracción. Recordemos que el término prisión en el sistema estadounidense se refiere al lugar donde encontramos a los sentenciados por un delito que merece pena privativa de libertad mayor de un año, y son operadas por el gobierno estatal o el federal, y existen otras instituciones (*jails*), para los responsables de delitos menores y aquellos que esperan ser juzgados, y su administra-

ción corresponde al jefe de policía de la ciudad o al *sheriff* del condado.

La atracción no radica sólo en el aumento de la población, están también los crecientes costos relacionados con su administración, mantenimiento y personal capacitado. Se ha declarado que en 1982 el gobierno del país gastó en sus prisiones diez billones de dólares.

Es por ello que el tema de las prisiones ha empezado a ser llamativo para ciertos sectores de la iniciativa privada. Ahora la pregunta es si esta concepción del sistema penitenciario es correcta, legal y moralmente. No es la primera vez que las cárceles son vistas como una fuente de ingresos. En el siglo XIX algunos estados alquilaban a sus reos a los empresarios que los requerían como esclavos en sus plantaciones y fábricas. La práctica continuó por algunos años más hasta que fue prohibida a principios de los setenta cuando las prisiones volvieron a las manos estatales.

Después comienza otra nueva etapa, cuando el sector privado interviene nuevamente en el sector, ofreciendo alternativas al aprisionamiento, como son el tratamiento ambulatorio y programas para combatir la drogadicción. Poco duró esta situación, ya que las prisiones volvieron a verse como una fuente de ingresos en 1975 cuando la compañía R.C.A. de Pennsylvania utilizó como mano de obra barata un pequeño número de delincuentes juveniles.

¿Cuáles son los resultados a que debemos atender para saber si la administración privada de una prisión cumplió con su cometido? La autora se pregunta a cuál de las finalidades que tiene la prisión vamos a dar preferencia: ¿al aislamiento del delincuente?, ¿a la rehabilitación?, ¿a la prevención general?, o ¿al castigo por su conducta? Cada una de estas metas tiene diferentes implicaciones y distinto es su impacto social; de la decisión que se tome corresponderá el tipo de gobierno que convenga a cada prisión.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

DUNHAM, Douglas W., "Inmates Rights and the Privatization of Prisons", *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 86, núm. 7, noviembre de 1986, pp. 1475-1504.

El artículo gira sobre la participación privada en la administración de las prisiones estadounidenses, cuyos voceros afirman que ellos pue-

den operar ese tipo de establecimientos más económica y eficientemente de como lo ha venido haciendo el sector público.

El problema que puede presentarse, dice el autor, radica en la necesaria protección que el Estado debe ofrecer a sus prisioneros, el respeto de las garantías constitucionales que como ciudadanos poseen y que, en su mayoría, no cesan por el hecho de haber cometido un delito. Sólo algunas de ellas se ven restringidas en razón de su confinamiento y las necesidades propias del establecimiento.

La participación de los particulares en el ámbito penitenciario no es nueva en los Estados Unidos, ya que han venido ofreciendo atractivos programas para los preliberados, o se han encargado en algunas prisiones de los alimentos, el servicio médico y otros servicios para los detenidos. Sin embargo, ahora parece necesaria su colaboración en otros planos, ya que se enfrentan a un problema de sobrepoblación carcelaria, con el consiguiente deterioro de las condiciones de vida. Algunos estados han modificado recientemente sus legislaciones para permitir el funcionamiento de prisiones a cargo de una sociedad privada (como ejemplo cita una en el condado Santa Fe, Nuevo México).

La segunda parte del artículo se refiere a las restricciones constitucionales que existen para el establecimiento de prisiones privadas, y desarrolla el marco legal del orden y disciplina internos. Una de las restricciones está relacionada con la prohibición de imponer un castigo cruel e inusitado. Cuando el Estado priva a alguien de su libertad, se obliga a darles buen trato, y en ello se incluye ofrecer atención médica, comida adecuada y seguridad física. La administración, sea del tipo que sea, debe comprometerse a cumplir estos requisitos, bajo pena de ser acusada de violar esta previsión constitucional. El principal interés de un establecimiento penitenciario debe seguir siendo sus moradores, y no el obtener beneficios económicos.

En la tercera parte el autor explica por qué el gobierno debe retener la facultad de controlar algunas decisiones, como las relativas al orden y las medidas disciplinarias que pudieran afectar la extensión de la condena, la contratación y preparación del personal de seguridad, los traslados de establecimiento y las decisiones sobre negar o conceder libertad bajo palabra.

Finalmente, en la cuarta parte se habla de responsabilidad de los particulares por violaciones a los derechos civiles de los internos, y concluye con que la privatización de las prisiones de ninguna manera debe afectar a los detenidos en su rehabilitación. El cambio de régimen

debe hacerse con extrema cautela. El gobierno no puede evadir la obligación constitucional de mantener prisiones con condiciones adecuadas para vivir en ellas. Si los intereses de los grupos de inversionistas privados concuerdan con los intereses de los internos, entonces el uso de las prisiones privadas puede ser una opción a las peligrosas condiciones en que actualmente se encuentran los centros de detención estadounidenses.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XL, fasc. III, septiembre-diciembre de 1987, pp. 579-607.

Enrique Gimbernat, catedrático de derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, manifiesta su desacuerdo con la posición doctrinaria que pretende hacer de la omisión un concepto puramente ontológico. Es menester afirmar que lo omitido haya sido además de posible (contenido ontológico), debido (contenido axiológico). Cuando el mandato desobedecido esté contenido en una norma jurídico-penal, la omisión será delictiva.

Expuesto su punto de vista respecto del concepto de la omisión, el autor aborda el tema genérico del comportamiento, del cual considera requisitos esenciales el estado consciente y la posibilidad física del hacer o no hacer obviamente distinto al que se adoptó en el caso concreto, de tal suerte que faltando cualquiera de ellos no podrá afirmarse la conducta. En el comportamiento pasivo en particular, tampoco habrá conducta cuando el sujeto carezca de ciertos conocimientos que el acto exigía o bien cuando las circunstancias objetivas de la situación hagan físicamente imposible la acción.

Estando consciente, el sujeto puede controlar su acción aun cuando ésta se esté realizando en forma semiautomática (conducir, subir una escalera), por lo que incluso en tales casos, afirma Gimbernat, existe conducta.

La voluntad, destaca, no es requisito de la conducta, "no es preciso que el sujeto 'quiera' cada uno de sus movimientos o de sus no movimientos".

En la última parte de su interesante estudio, Gimbernat presenta las posiciones discrepantes a la suya, las cuales centran sus críticas en dos ideas fundamentales: a) La imposibilidad de integrar en un solo concepto las formas activa y pasiva de comportamiento, y b) La necesidad de normatividad en el concepto de comportamiento (concepto social), que por consiguiente habrá de entenderse como lesión dolosa o imprudente de bienes jurídicos.

El autor responde a tales objeciones afirmando que si la acción y la omisión tienen características comunes (conciencia, relación con el mundo exterior por el manejo de procesos causales y posibilidad física) pueden comprenderse en una definición común. Respecto al concepto social, la acción simple, atípica, queda fuera de su contexto, siendo precisamente éste el punto de partida de la tesis del autor, por lo que considera que iniciar de un concepto normativo es invertir el orden lógico del proceso, con lo cual no está de acuerdo.

Por último, Gimbernat presenta sus consideraciones finales, en las cuales explica la actualidad de su tesis.

José Luis RAMOS RIVERA

HASSEMER, Winfried, "La persecución penal: legalidad y oportunidad" (trad. Silvina Bacigalupo), *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 50, 1988, pp. 13-21.

Se ha establecido el principio de legalidad en los órdenes sustantivo, adjetivo y ejecutivo penales. Corre paralelo a la afirmación del Estado de derecho y, por ende, al sistema tutelar del individuo. La máxima expresión de aquel principio es, tradicionalmente, el doble dogma de legalidad en la previsión del delito y de la pena: *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*.

No obstante, hay margen para la admisión de reglas de oportunidad (esto es, normas de selección a la luz de cierto arbitrio) en el régimen procesal penal. En este ámbito, la cuestión se refiere, con frecuencia, al ejercicio de la acción penal (o de justicia penal) por parte del órgano titular de ese ejercicio: el Ministerio Público. Existen otras posibles manifestaciones de la oportunidad.

En el artículo que aquí se reseña, Winfried Hassemer, profesor en la Johann Wolfgang Goethe-Universität, analiza la proyección de aque-

llos dos principios en el derecho procesal penal. Para esto pasa revista a los argumentos esgrimidos en favor de cada uno de ellos. Enseguida establece los "presupuestos para una opción", es decir, algunas de las "correlaciones y estructuras que debería tomar en cuenta una opción de mezcla entre legalidad y oportunidad".

Se dice, ante todo, que la legalidad acentúa la idea de justicia, en tanto que la oportunidad subraya el concepto de conveniencia. Asimismo, aquel principio encuadra dentro de las teorías absolutas de la pena, y en este sentido resulta "clásico", en tanto que el segundo corresponde mejor a los fines relativos de la pena, lo que le atribuye un carácter "moderno". El exceso en esta dirección "moderna" puede abrir la puerta de la fractura penal y el terrorismo de Estado.

El principio de oportunidad tiene efecto descriminalizador (o despenalizador). En torno a este punto, el profesor Hassemer hace notar que la descriminalización no incumbe al enjuiciamiento, al través del principio referido, sino al derecho penal material. Anota: "Resulta teóricamente contrario al sistema y políticamente un engaño público el proclamar públicamente la criminalización en los códigos penales... y excluirlos clandestinamente en el proceso penal."

En favor de la oportunidad se aduce el descongestionamiento de los tribunales. Empero, el mismo objetivo puede obtenerse mediante procesos abreviados (reducidos y sumariales), con la ventaja de que aquí hay ejecución judicial y participación del acusado.

Se quiere justificar la oportunidad en el marco de un "cálculo de utilidad". El autor se pregunta, en este punto, por los conceptos de "utilidad" y de "daño". Sostiene que a largo plazo la aplicación de la oportunidad genera graves daños para la justicia, además de que afecta negativamente la confianza de la población en la regularidad del derecho penal.

Si el derecho procesal acepta supuestos de oportunidad, su compatibilidad con el Estado de derecho dependerá de que tales hipótesis se hallen determinadas con precisión. Otra cosa destruiría totalmente la legalidad procesal: "la persecución penal oportunista se expande entonces como una epidemia."

El autor sugiere que la admisión de casos de oportunidad se equilibre con diversos medios conducentes a "delimitar los peligros para el principio del Estado de derecho". En este sentido menciona: participación del juzgador como instancia de control, aprobación del afecta-

do, requerimiento de fundamentación del acuerdo de suspensión y existencia de un procedimiento de acusación obligatoria.

Se afirma, finalmente, que la relación entre los principios comentados no es tanto un problema de textos legales, como de "efectiva implantación del derecho".

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

KURY, Helmut, "Treatment of Offenders and Treatment Research in the Federal Republic of Germany", *Revue de Droit Comparé*, Tokio, vol. XXI, núm. 2, 1987, pp. 45-93.

Se trata de un artículo escrito por el profesor de la Universidad de Freiburg, al sur de Alemania Federal, durante su estancia en Japón, donde continuó con sus estudios de criminología.

Recientemente, en la República Federal de Alemania, se ha discutido la falta o los desalentadores resultados que ha tenido la aplicación de medidas para rehabilitar delincuentes. Ello viene a demostrar que todo el entusiasmo inicial fue desproporcionado, ya que si bien no cumplió con las metas planteadas, tampoco se trata de un fracaso total. La culpa no es sólo de las instituciones, una parte la tiene también la comunidad, que mostró siempre reservas sobre el éxito de los programas estatales. El desarrollo que ha alcanzado la criminología actualmente ha permitido grandes avances en la materia, pero al mismo tiempo han aparecido nuevas dudas y preguntas para las que no hay todavía respuesta.

En la República Federal de Alemania se han venido utilizando programas de rehabilitación desde los años sesenta, encabezados por la inauguración de once instituciones inspiradas en el modelo de terapia social. En un principio contó con la oposición de la administración de justicia, para después tolerarla y más tarde auspiciarla. Del total de prisioneros son pocos los que se benefician con el programa por las pocas plazas disponibles (el 1.09% de 34,350 detenidos). Los establecimientos son normalmente pequeños y están abiertos para delincuentes adultos; sólo existe uno que recibe mujeres.

Unida con el tratamiento en las prisiones, la finalidad de ellas sigue debatiéndose entre los estudiosos del tema. Calliess y Müller Dietz en 1986 afirmaron que debe tenerse en cuenta la protección de la

sociedad de ataques futuros, cuando se habla de que la mente de las prisiones es la rehabilitación y reintegración del delincuente a su comunidad. "La tarea de protección es inherente a la privación de libertad, pero no es su propósito o meta final."

En los Estados Unidos de América, Dinamarca y los Países Bajos, se han venido ofreciendo tratamientos de rehabilitación, tanto en establecimientos como en su propia comunidad, aun tratándose de responsables de delitos graves. Estos lugares fueron el paraíso para los reformadores, ya que para su puesta en marcha no se escatimaron recursos, y su desarrollo no puede verse desligado de los avances que ha tenido la criminología en dichos países. No es sino hasta los últimos años cuando los psicólogos y sociólogos han cobrado importancia en la investigación criminológica. En Alemania el estudio de la criminología fue reconocido apenas en 1984, en una sola universidad, que ofreció un curso de prueba con duración de dos años, para profesionales, como psicólogos, sociólogos y pedagogos. Actualmente se ofrece la materia en treinta universidades del país, en las facultades de leyes.

Hoy en día las prisiones son el mejor campo de trabajo para los psicólogos especializados en el área criminal. El 2.8% del total de profesionales se encuentra laborando en el campo de la justicia penal, y se han concentrado en instituciones para delincuentes juveniles y establecimientos donde se desarrolla la terapia social. El tratamiento que se ofrece en ellos incluye las formas clásicas de terapia, como el psicoanálisis, terapia conductista, terapia Gestalt, trabajo de grupo y nuevas formas de psicoterapia que han demostrado conseguir resultados positivos. Se ofrece tanto individual como colectivamente.

El autor dedica algunas páginas a explicar en qué consisten estas formas de tratamiento rehabilitador, que son muy ilustrativas para la gente conocedora del tema.

El Código Penal de la República Federal tiene previsto que algunos condenados puedan cumplir la sanción en un establecimiento de terapia social, consistente en capacitar para una vida en libertad, a reincidentes múltiples, mediante la ayuda de terapias dirigidas. El régimen de la prisión debe designarse para ayudar al prisionero a reintegrarse a la vida en comunidad. Se conceden permisos de fines de semana y trabajo en el exterior, con o sin supervisión.

En cuanto al interrogante de si es posible rehabilitar en las prisiones, el autor, citando las fuentes, afirma que los sujetos que tuvieron terapia muestran una mejoría promedio de 14% más alta que los que no fueron tratados. Estos estudios han sido severamente criticados, acu-

sados de fallas en la metodología, o simplemente se ha rechazado la posibilidad de rehabilitar dentro de una prisión. Repite las críticas que él considera fundadas y explica las fallas que en la relación de terapeuta-paciente a menudo se presentan y que pueden alterar los resultados, aunque acepta que las posibilidades de rehabilitar en una prisión son altamente limitadas. Se declara partidario de completar el tratamiento una vez que el sujeto se encuentra libre, ofreciendo un apoyo concreto y una orientación en el proceso de reintegración.

En la última parte del artículo nos da a conocer un proyecto de investigación sobre tratamiento en prisión preventiva, para jóvenes y adultos jóvenes, que están desarrollando y evaluando un grupo de criminólogos del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, en Freiburg. Con los apartados del proyecto que nos da a conocer, nos ejemplifica las dificultades que presenta una investigación de este tipo, y muestra las posibilidades limitadas de rehabilitación que una institución total como es una prisión, permite.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

MAIER, Julio B. J., "República y justicia criminal", *Lecciones de Derecho y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 50, 1988, pp. 237-289.

Este artículo contiene una descripción crítica del régimen procesal penal argentino y defiende una vasta propuesta de reforma, que se desarrolla en el estudio mismo y en su apéndice.

Indica el autor que la Constitución argentina y la legislación secundaria (más la práctica subordinada a ésta) marchan por caminos diferentes en cuanto al enjuiciamiento penal. Aquella postula un régimen avanzado, con amplias garantías, coincidente con el recogido por los convenios internacionales modernos en los que Argentina es parte. En cambio, "el sistema nacional de administración de justicia en materia penal conserva, sustancialmente, las formas del procedimiento de la época colonial".

Otro tanto sucede —señala Maier— en el ámbito de la organización judicial. Aquí existe una composición excesivamente jerárquica, que impide distinguir claramente entre el control sobre el funcionario o el órgano jurisdiccional y el control sobre la decisión. También prevalece el "burocratismo", que da lugar a problemas de comunicación entre los cuerpos jurisdiccionales.

En la práctica, el sistema penal resulta discriminatorio: atiende más a los casos sencillos, en que participan “los habitantes menos favorecidos socialmente”, que a los delitos no tradicionales (por ejemplo, económicos, contra el medio ambiente, drogas, etcétera); hay una elevada cuota de impunidad en este último campo.

De lo anterior derivan graves consecuencias: “el cuerpo social está alejado de la administración de justicia; la población, en general, no tiene posibilidades de comprender cómo se administra justicia, ni de controlar su eficiencia”.

La reforma planteada es de carácter global. Apareja cambio cualitativo, nuevo perfil de los funcionarios judiciales, nuevos términos en el tratamiento de los casos, nuevo enfoque de la administración de justicia.

Entre los cambios de mayor relevancia, el autor cita la incorporación del juicio oral y público a las prácticas judiciales. Igualmente, el abandono de la antigua forma preparatoria de la acción penal oficial, por parte del juez instructor, “inquisidor cuyo mantenimiento proviene del compromiso político entre la reforma del siglo XIX y su pasado inmediato, la Inquisición”. Se opta, en cambio, por encomendar la investigación al Ministerio Público, con un control judicial suficiente.

A esos avances se agrega “un tratamiento innovador en el plano de la organización judicial, con el objeto de desburocratizar la administración de justicia y personalizar el tratamiento del caso penal”. En este sentido, se lucha contra los fenómenos de “delegación” y se alienta la participación ciudadana en la tarea de administrar justicia.

Maier da cuenta de los progresos observados en la discusión de la reforma, que ha merecido —manifiesta— una favorable opinión generalizada.

Como apéndice figura la exposición de motivos del proyecto de Código Procesal Penal de la nación. Ése se halla dividido en seis libros, que se ocupan, sucesivamente, de: 1) Disposiciones generales, 2) El procedimiento común, 3) Recursos, 4) Procedimientos especiales, 5) Ejecución, y 6) Costas e indemnizaciones.

En el apéndice consta, además, la exposición de motivos de la Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público. En ese documento se alude a los principios que orientan la organización judicial propuesta: eficiencia (proyectada a la persecución penal y a las garantías ciudadanas), personalización, democratización, transparencia e idoneidad de los funcionarios judiciales.

MORAIS DE GUERRERO, María G., "La peligrosidad y medidas de seguridad en el proyecto del Código Penal Sosa-Tamayo", *Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Caracas, núm. 10, 1986, pp. 27-61.

La autora manifiesta que su interés en el estudio de la peligrosidad y de las medidas correspondientes, proviene del desempeño que tuvo como coordinadora del Centro de Observación del Recluso, anexo a la Penitenciaría de Neves, Brasil.

Analiza el desarrollo del concepto de peligrosidad, a finales del siglo XIX y principios del XX, que refleja la circunstancia histórica, política y social de la época. Al empuje del positivismo, surge aquel concepto cuando hace crisis la sociedad, aumenta la criminalidad y aparecen otras conductas "igualmente incómodas", como la vagancia, la prostitución, el abandono de menores, el homosexualismo, etcétera. Entonces interviene el derecho y sustituye la idea de castigo por la de prevención. Esto apareja mayores medios de control social para aplicarse a individuos que pudieran incurrir en delito, no sólo a los infractores actuales.

Hay diversas caracterizaciones acerca de la peligrosidad. El denominador común es la "probabilidad de delinquir". En efecto, "la peligrosidad se resuelve siempre en un juicio de probabilidad y por lo tanto no es algo de absoluta certeza". Esto da lugar a gravísimos abusos.

Se reconoce generalmente dos tipos de peligrosidad: predelictual y posdelictual. Esta última es más aceptada por la doctrina y la legislación, en virtud de que el pronóstico de peligrosidad es menos arbitrario —pues se funda en el delito cometido— y en esta virtud "atenta menos" contra el principio de legalidad y las libertades individuales.

Enseguida, la autora estudia las medidas de seguridad. Menciona algunos de sus antecedentes remotos y recuerda la forma en que aquéllas se desarrollaron al cabo de la Edad Media, para enfrentar el grave problema de la vagancia en Inglaterra, Francia y España. En el siglo XVI hubo en Holanda casas para la reforma de meretrices y vagabundas. En España, en el siglo XVII, existieron "galeras para mujeres", destinadas a la reclusión de prostitutas y "holgazanas".

La escuela clásica del derecho penal sustentó la imputabilidad en el libre albedrío. A su vez, la pena se establece sobre la base de la imputabilidad y la culpabilidad o responsabilidad moral del delincuente. En cambio, para la escuela positivista tiene importancia central la

peligrosidad, cualquiera que sea la situación psicofísica del infractor. Por ello, preconiza la construcción de un derecho penal basado en el "tipo de autor", no en el "tipo de acto".

Modernamente, las medidas de seguridad surgen en forma orgánica en el proyecto de Código Penal suizo, de Stoss, en 1893. Diversos congresos especializados apoyan esta idea, que se recoge en el derecho positivo entre 1919 y 1939: España, Yugoslavia, Suiza, Perú, México, Colombia, etcétera. En el Código italiano Rocco, de 1930, se establece el sistema *doppio binario*, que hace coexistir los conceptos de culpabilidad y peligrosidad, y las consecuencias de pena y medida de seguridad.

La autora examina a continuación las propuestas sobre esta materia en el proyecto de Código Penal para Venezuela, presentado a la Comisión Legislativa del Congreso de la República por los profesores José Miguel Tamayo Tamayo y Jorge Sosa Chacín. El artículo 36 de este documento manifiesta: "A los efectos de la ley penal es peligrosa la persona, aunque sea inimputable o no punible, cuando es probable que incurra de nuevo en delito." Conforme a este precepto, los índices de peligrosidad son la personalidad del procesado, la gravedad del delito y la capacidad de delinquir demostrada por el infractor en la preparación del delito.

Por lo que hace a las consecuencias de la peligrosidad, ésta incide en la adecuación de la pena y en la imposición de medidas de seguridad cuando el sujeto peligroso sea inimputable. En cuanto a lo primero, el artículo 83 previene: "Dentro de los límites establecidos en la ley para cada hecho punible, el tribunal aplicará la pena según la mayor o menor peligrosidad del culpable y según el mérito de las circunstancias agravantes y atenuantes que puedan concurrir en el hecho." En cuanto a la naturaleza de las medidas, todas son privativas de libertad. Según la segunda parte del artículo 113, consiste en internaciones: hospital psiquiátrico, establecimiento de tratamiento especial para sordomudos, establecimiento especial para sujetos declarados con imputabilidad disminuida y establecimiento especial educativo para indígenas.

En el proyecto, las medidas de seguridad son sustitutivas de la pena —sistema que la autora considera acertado— y tienen duración indeterminada. Su orientación es correctiva.

PALAZZO, Francesco C., "Colpevolezza ed ignorantia legis nel pensiero di Francesco Carrara" *L'Indice Penale*, Padova, año XXII, núm. 3, septiembre-diciembre de 1988, pp. 507-519.

Sería una forzada apología de Carrara, empieza diciendo el profesor ordinario de derecho penal de la Universidad de Florencia, atribuirle las premisas de aquella categoría de culpabilidad que sólo recientemente se ha desarrollado en Italia con plena autonomía y riqueza conceptual, sobre el ejemplo de la doctrina germana. Para desentrañar el pensamiento del gran maestro de Pisa acerca de la culpabilidad y la *ignorantia legis* cabe señalar previamente que su teoría del delito reposa en premisas iusnaturalistas, por cierto de matriz católica, pero neutralizadas en sus posibles manifestaciones de tendencia ética por robustísimos valladares edificados sobre el terreno de una objetiva racionalidad, tanto del fundamento como de los contenidos del derecho penal.

Esto da base, cree Palazzo, para alguna dificultad conceptual y alguna potencial contradicción. Carrara no puede ignorar el hecho de que en el centro de su dispositivo tan racional de "tutela jurídica" se halla el hombre en su concreta individualidad, ni el hecho de que nadie garantiza que aquel derecho a cuya tutela mira lógicamente la sanción penal corresponda siempre puntualmente el orden racional de los "derechos preexistentes". La secuencia en que se colocan las garantías no es sólo la que se dirige desde la acción a los derechos violados y a la sanción, sino también la que va desde el autor a la acción y a la sanción. El nexo entre el autor y la acción queda asegurado por la culpabilidad, y el que media entre la sanción y el autor, por la exclusión de la responsabilidad por hecho ajeno. La ausencia de respeto a estos dos principios implica fuertes peligros de *instrumentalización* del individuo. Carrara ha insistido particularmente en lo que hoy llamaríamos la prohibición de la responsabilidad por hecho ajeno, pero en cuanto a la exigencia del nexo psíquico entre autor y acción, es decir, a la exigencia de la fuerza moral, los párrafos correspondientes del *Programma* omiten subrayar el fundamento ético-garantizador de la culpabilidad para proceder en cambio a una descripción casi apodíctica de los requisitos de la fuerza moral. Singular "insensibilidad" ésta en un hombre agobiado por la preocupación de sustraer el derecho al arbitrio de los poderosos, y consecuente, sin embargo, en el constante rechazo de cualquier contaminación entre ética y derecho. Al determinar la "cantidad" del delito, "no teniendo la jurisdicción penal —dirá—

otra base de legitimidad que la tutela jurídica, no puede transformarse en un instrumento de santificación del alma", con la consecuencia de que "una infracción de los derechos ajenos no aumenta en su gravedad por haberse cometido con mayor frialdad o mayor malicia". El resultado de esto es la renuncia a la elaboración de un concepto de culpabilidad capaz de desempeñar un papel realmente garantizador respecto de las posibles funciones de la sanción penal.

En cuanto al *error iuris*, la contradicción es flagrante. En muchos pasajes de la obra carrariana la *scientia iuris* cuéntase entre los requisitos de la "fuerza moral", pero en otros no es menos neta la posición asertiva de la irrelevancia del error de derecho penal. "El error de derecho no excusa jamás", dice en el *Programma*. Esta afirmación se reitera en los *Opuscoli*, al distinguir entre error sobre la ley penal, que no excusa, y error sobre la ley extrapenal, equiparado al *error facti*. Recorriendo la obra del maestro pueden hallarse muchos párrafos en que pareciera más bien que la conciencia de violar la ley penal debe entenderse como un sinónimo del conocimiento del contenido material ofensivo del delito. Esta conjetura no puede conciliarse, sin embargo, con el catastrofismo con que el maestro describe los efectos de la eventual eficacia excusante del *error iuris*, que "expondría a la ruina todo el edificio del derecho punitivo". Éstos no son efectos prácticos o efectos procesales, sino *dogmáticos*: "si se admitiese semejante disculpa, la ley penal se tornaría *condicional*, llegaría a quedar subordinada a la voluntad de todo particular que por descuido o malicia se atuviese a lo oscuro de ella".

A nosotros nos compete hoy, después de un siglo de historia —concluye Palazzo— garantizar el juicio de culpabilidad sin disecarlo en la abstracción de un concepto privado de vida.

Álvaro BUNSTER

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XL, fasc. III, septiembre-diciembre de 1987, pp. 645-663.

El autor, profesor titular de derecho penal en la Universidad de Barcelona en España, en este estudio presenta su posición respecto al sen-

tido en que debe entenderse el "conocimiento" de la *antijuricidad* como elemento del reproche.

Para abordarlo, divide el tema en dos partes: la primera constituida por las situaciones en las que el sujeto no tiene la seguridad de que su conducta infrinja el ordenamiento, concibiéndolo sólo como posible (conocimiento eventual); la segunda integrada por aquellas situaciones en que no se plantea siquiera la posibilidad de que su conducta infrinja la norma (co-conciencia).

El autor reconoce que la teoría dominante considera el "conocimiento eventual" suficiente para excluir el error de prohibición y que incluso hace al sujeto penalmente responsable como si hubiera tenido un conocimiento seguro negándole toda posibilidad atenuatoria.

En tal virtud afirma que son dos los requisitos que las mayorías exigen para la existencia del conocimiento eventual: *a)* consideración seria en el sujeto de que su conducta sea antijurídica, y *b)* su conformidad con ello.

Silva Sánchez rechaza la anterior postura y se adhiere a las posiciones discrepantes que sostienen que: 1) el segundo elemento (conformidad o aceptación) no es indispensable, y 2) que realmente el conocimiento eventual en ciertos casos puede ser tratado en forma privilegiada en relación con el conocimiento seguro.

Los argumentos que esgrime giran en torno a la crítica que hace a la doctrina dominante por aplicar al "conocimiento eventual de la *antijuricidad*" los mismos criterios que emplean para distinguir entre lo eventual y culpa consciente. En efecto, considera que el dolo eventual está integrado por un elemento cognoscitivo y otro volitivo, y por su parte el conocimiento eventual de la *antijuricidad* es un problema exclusivo del conocimiento sin ninguna relación con la voluntad.

Por otra parte, destaca el autor que la duda en el conocimiento eventual puede ser: resoluble, en cuyo caso el sujeto responderá como si hubiera tenido un conocimiento seguro por haber violado un deber de información; e irresoluble, cuyo tratamiento debe ser privilegiado frente al conocimiento seguro.

Finalmente, el autor analiza la estructura de la "co-conciencia" segura y eventual, y su distinción con la culpa inconsciente referida a la prohibición, pues en ambas figuras se presenta la situación de no representación psíquica; al efecto contempla algunos casos concretos fallados por el Supremo Tribunal español.

La comprensión del artículo, por su profundidad y complejidad, requiere sólidos fundamentos y una amplia cultura jurídico-penal en el

lector, que definitivamente se sentirá estimulado a la reflexión por su lectura.

José Luis RAMOS RIVERA

SPURLOCK, Donna S., "Liability of State Officials and Prison Corporations for Excessive Use of Force against Inmates of Private Prisons", *Vanderbilt Law Review*, Nashville, Tennessee, vol. 40, núm. 4, mayo de 1987, pp. 983-1021.

Se trata de un artículo más sobre el tema de la privatización de las prisiones, mismo que aparece como una alternativa al creciente problema de la sobrepoblación carcelaria y los altos costos de su administración. Si bien estos aspectos pueden ser resueltos si se opta por la privatización, ante el cambio surgen dos problemas legales: primero, ¿qué tanta fuerza está autorizado a aplicar contra un reo, un vigilante que fue contratado por una empresa privada?, y segundo, ¿quién será el responsable cuando el guardia se exceda?

La autora, quien se muestra partidaria de esta posibilidad, analiza todos los aspectos relacionados con las responsabilidades tanto del Estado como de la empresa privada, cuando alguien del personal administrativo o de vigilancia de una prisión se excede en sus funciones. Existe tanto la prohibición constitucional de la tortura y otros métodos primitivos de castigo, como protección tratándose de personas legalmente privadas de su libertad, contra el uso excesivo de fuerza que un empleado de una prisión privada emplee sobre un detenido. Nos explica los cuatro criterios en los que puede basarse una acción por violación de estos derechos constitucionales.

La parte tercera del artículo se refiere a las limitaciones constitucionales que existen para el uso de la fuerza sobre individuos encarcelados, poniendo énfasis en tres aspectos que afectan la responsabilidad estatal y la de los oficiales del sector privado: las bases de la responsabilidad, la viabilidad de las defensas empleadas, y la competencia de un Estado para delegar su responsabilidad del cuidado de los prisioneros.

En la cuarta parte examina la responsabilidad que tienen tanto los oficiales del Estado como los directivos de la prisión-empresa, en el caso de que se presente una queja por "uso excesivo de la fuerza des-

plegada por sus empleados”, ya que los internos tienen dos acciones a emprender en esos casos: una reclamación ante una corte estatal o ante una corte federal. La autora nos explica cuáles son las ventajas de optar por una o por otra vía. Asimismo, nos cita un caso en que esta acción se presentó, y la forma en que fue resuelta. Aunque se trataba de una prisión privada, se resolvió que sus actos deben ser considerados como actos del Estado, en razón de la delegación de funciones; por lo mismo, las prisiones, aunque sean de administración privada, están obligadas a cumplir y respetar los derechos que la Constitución reconoce a los detenidos.

La prisión-empresa está expuesta a ser demandada por los internos “por uso arbitrario de fuerza”, con más frecuencia que la prisión de administración estatal, aunque ambas realicen la misma actividad y se enfrenten a las mismas situaciones de violencia, motines y amenazas de fuga. Para la primera resulta más difícil la defensa de sus actos, y mientras esto no se resuelva, con una modificación legislativa, se acumularán acusaciones en su contra, lo que impedirá que las decisiones de encargar a las empresas privadas la administración de una institución penal, se sigan otorgando. Este es un problema, expresa la autora, que es urgente se resuelva. Las instituciones de este tipo deben necesariamente tener una disciplina y un orden estrictos. La autoridad es necesaria no sólo en los momentos de conflicto, sino para mantener la tranquilidad y paz requeridas para poder cumplir con el trabajo encomendado.

Por último, concluye afirmando que el establecimiento de las prisiones privadas depende sólo de una determinación, y que no es realista pensar que la existencia de una institución privada nos resolverá todos los problemas que la administración de una prisión conlleva.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

VÍQUEZ JIMÉNEZ, Mario A., “La situación del menor en riesgo social e infractor en Costa Rica”, *Revista Judicial*, San José, Costa Rica, año XIII, núm. 45, diciembre de 1988, pp. 91-103.

El autor, apoyado en cuadros estadísticos, nos ilustra con gran claridad sobre la situación del menor en el ámbito tutelar de Costa Rica. En forma sistemática, divide su obra en dos capítulos:

En el primero expone las causas que, en su concepto, dan origen a las conductas desviadas en la juventud; así, estima que los avances tecnológicos presentan atracciones que los jóvenes no pueden alcanzar por carecer de recursos económicos. Esto hace vulnerable al menor que no llega a ver satisfechas sus iniciales aspiraciones. En tal sentido, destaca el autor que la desviación social juvenil "no parte del sujeto mismo".

El caso concreto de Costa Rica, evidencia condiciones alarmantemente propicias para la desviación, pues la mitad de la población es menor de diez años y el país enfrenta actualmente una severa crisis económica.

Viquez resalta los efectos psicológicos que producen en el joven las condiciones socioeconómicas descritas: inmadurez, tendencias impulsivas e irreflexivas que se originan desde el propio seno familiar que la mayoría de las veces es desorganizado.

La escolaridad de los jóvenes desviados es baja o de plano inexistente, por lo que no tienen nada a que sujetarse.

En el segundo capítulo, Mario Viquez describe la forma institucionalizada de enfrentar el fenómeno en Costa Rica. Ante el número de organismos encargados de la atención del menor, propone una labor complementaria y de retroalimentación, así como la adopción de políticas preventivas.

Continúa con la explicación de las etapas que comprende el Sistema Institucional de Atención, las cuales genéricamente consisten en:

*Primera.* Labor de socialización primaria en la familia, escuela y a través de los medios de comunicación masiva.

*Segunda.* Cuando la primera resultó insuficiente se inicia un control formal; el menor desviado es detectado y detenido. Los medios utilizados son los policiacos. Al respecto el autor recomienda la capacitación policiaca, el freno a los abusos de autoridad y evitar a toda costa el internamiento provisional del menor en cárceles de adultos.

*Tercera.* Detenido el menor, es trasladado al Centro de Diagnóstico y Referencia del menor en riesgo social. Una vez hecho el diagnóstico, se divide al menor en infractor o en riesgo social y se inicia el tratamiento.

Finalmente, en sus conclusiones el autor presenta propuestas concretas tendentes al mejoramiento de la atención al menor.

José Luis RAMOS RIVERA