

**Derecho penal . . . . . 1170**

plazo de *prescripción* legal por vía convencional o estatutaria, aspecto controvertido en la doctrina, en el que el autor, al igual que la justicia uruguaya, se inclina por la validez de una abreviación en el término prescriptivo.

Finalmente, Turcatti propone la expresión normativa de la cuestión:

El dividendo se abonará en la forma y época que determine el Directorio. Todo dividendo no cobrado dentro del término de *dos años* de haberse anunciado por publicaciones en el *Diario Oficial* y otro de circulación, anunciando su pago, quedará *prescripto (sic)* a favor de la sociedad y las sumas que resulten por ese concepto, serán incorporadas al fondo de reserva.

¿Justo o injusto el término que se propone? Lector, en la respuesta que tú estimes pertinente, no olvides las características del tráfico y derecho mercantiles. La brevedad de los plazos es un sello peculiar.

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

## DERECHO PENAL

ÁLVAREZ GÓMEZ, Ana Josefina, "La violación, ¿delito sexual?", *Alegatos*, México, núm. 4, septiembre-diciembre de 1986, pp. 12-16.

La autora comienza aclarando que su artículo no consiste en un análisis jurídico sino criminológico, sobre el tantas veces abordado tema de la violación, centrándose en dos aspectos que a lo largo del mismo desarrolla.

En cuanto al porqué de esa conducta agresiva, la violación tiene como origen y causa última la ideología patriarcal que prevalece en nuestras sociedades, y a ésta se la define como aquel grupo humano en donde la toma de decisiones, leyes y normas de convivencia, son dictadas por los varones en función de los intereses prioritariamente masculinos.

Las relaciones sociales que encontramos en una sociedad organizada de esta forma, son de desigualdad y mantenidas por la violencia; el sometimiento de una persona o grupo al poder de otro. El patriarcado es la expresión más clara de las relaciones de dominación del hombre

sobre la mujer, situación que se mantiene hasta nuestros días. El poder económico y social continúa en manos masculinas, mientras que la función de la mujer sigue estando en el ámbito familiar, sin olvidar que el Estado fomenta que las cosas se mantengan de la misma forma, asegurándose así la existencia de fuerza de trabajo y la descarga de importantes responsabilidades sociales.

La violación aparece, entonces, como una extensión más de la violencia y sometimiento que enfrentan las mujeres dentro de una sociedad patriarcal, igual que la discriminación laboral, el ser golpeadas por su pareja y hasta prostitutas. La mujer se vuelve una cosa más que es posible poseer, usar y luego abandonar. Y a que continúe esta ideología contribuyen las mismas mujeres con ciertas actitudes, comportamientos y hasta juicios sobre la realidad.

En cuanto al segundo punto que toca el artículo, se refiere a cambiar la consideración que tenemos de la violación como un delito sexual, y pensar en él como un delito contra la persona, una demostración más de sometimiento del débil ante el fuerte. Y con este cambio podríamos manejar el problema de una manera distinta, más favorable a la involucrada por hacerlo de manera fría y objetiva, pues actualmente ningún otro crimen tiene reglas de corroboración tan estrictas, o requiere de una conducta y carácter más inocente por parte de la víctima, se evalúan aspectos que en la mayoría de los delitos no son tomados en cuenta, porque la tipificación se centra en el acto y no en ciertas características personales de la víctima. Lo que realmente afecta no es el sexo del sujeto pasivo, sino su derecho a disponer libremente de su cuerpo. Lo medular es la intrusión y la violación de su privacidad, de su yo, de su libertad.

Y termina el artículo con una muy adecuada consideración: que el tratamiento que la víctima de la violación requiera, médico o psicológico, forme parte de la reparación del daño, a que debe condenarse al culpable del delito.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

GIULIANI-BALESTRINO, Ubaldo, "L'equivalenza non causale tra le condotte dei concorrenti nel reato", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, fasc. 3, julio-agosto de 1985, pp. 650-705.

Forma parte este escrito de los estudios sobre la reforma de la parte general del Código Penal italiano en lo relativo al concurso de perso-

nas en el delito, a cargo del Centro Nacional de Prevención y del Consejo Nacional de Investigaciones.

El autor, profesor ordinario de derecho penal comercial en la Universidad de Turín, trata el tema en un paralelismo constante entre el delito de varios, por una parte, y la sociedad comercial y los acuerdos que en ella se adoptan, por otra.

El primer tercio del trabajo está consagrado a negar la relación causal como base del concurso de agentes. Empieza el autor por recordar dos episodios históricos ilustrativos: la condena a muerte por la ordenanza borbónica de 1816 de los diputados a la Convención que en enero de 1793 votaron por enviar a la guillotina a Luis Capeto (Luis XVI) y el fusilamiento en 1944, durante la llamada República de Saló, de los miembros del Gran Consejo Fascista que el 25 de julio de 1943 votaron favorablemente la orden del día propuesta por Dino Grandi, conducente al golpe de Estado que depuso a Benito Mussolini. Recalca Giuliani-Balestrino que en uno y otro caso respondieron sólo algunos de los que causaron la muerte del rey y la deposición del dictador, respectivamente. No sólo los diputados a la Convención sino millares y acaso centenas de millares de individuos, incluidas las *tricotteuses* que rugían de placer sádico cuando caían las cabezas en la Plaza de La Concordia bajo el aparato implacable inventado por el señor Guillotin, contribuyeron al regicidio, y no sólo los firmantes del Gran Consejo sino el mariscal Badoglio, Víctor Manuel III y muchos antifascistas que prepararon y favorecieron los acontecimientos de 1943, fueron responsables del derrumbamiento del régimen mussoliniano. Del mismo modo, en el delito cometido por el consejo de administración de una sociedad serán imputados sólo los votantes, mas no los demás miembros de ella que de alguna manera contribuyeron a él. Esto, a juicio del autor, no se concilia con la conciencia social. Importa, además, un absurdo lógico y una iniquidad práctica evidentes si en una decisión delictiva votada por unanimidad no logra reconocerse el orden de los votantes. Todos habrían querido el delito, pero no habría prueba de que *alguien* hubiera votado antes de formarse la mayoría necesaria, es decir, *nadie* entre los votantes sería *conditio sine qua non*, de la decisión y, con ello, del delito. Y he aquí que la unanimidad, que debería agravar el hecho, vendría paradójicamente a absolver a todos los votantes. Por estas y otras razones, inferidas por él y otros autores de la ley penal italiana, afirma Giuliani-Balestrino que la causalidad resulta inaceptable como base del *concursum delinquentium*.

En lugar de ella propone el concepto de equiparación. El voto, dice, es un procedimiento que *equipara* a los votantes ("un hombre, un voto").

Siempre que un concurso de agentes se torne concreto en una organización que *equipara* a los sujetos, éstos devienen todos concurrentes. En una nave amotinada, todos los que se adhieren al motín aunque éste ya se halle en curso o aunque se hubiera verificado de todos modos, son amotinados, así se trate del mozo como del almirante. En el juego de azar prohibido, se es jugador porque se juega y no porque se juegue mucho o se juegue poco. Es la equiparación la que hace que el hecho pertenezca a todos, como bien lo indica la expresión romana *societas sceleris*. El delito no se basa, pues, en la causalidad, sino en un principio que es precisamente el de la equivalencia *no* causal. La esencia del concurso se expresa en la prohibición de dar una contribución "media" a la realización de una de sus fases, y no en el requerimiento de un nexo causal entre la conducta concurrente y el delito realizado. Trátase de un problema de tipicidad, que se resuelve sobre la base de la conformidad de la conducta de concurso a un modelo abstracto (*siempre* el voto, aun supérfluo, en favor de la resolución delictiva es concurso; *jamás* lo es, en cambio, la simple abstención o la simple ausencia). Siendo un problema de tipicidad, nada tienen que ver con él la idoneidad y la eficiencia causales.

Aunque el principio parezca de más dudosa vigencia tratándose de lo que la dogmática penal denomina partícipes (auxiliador e instigador), Giuliani-Balestrino sostiene que el hecho atípico de éstos se vuelve significativo en el plano del concurso cuando ha influido en el desenvolvimiento de la relación causal, reforzado el propósito común, facilitado la preparación o la ejecución, favorecido la realización del resultado, determinado o facilitado la ideación o la deliberación, etcétera.

En otros términos, se puede ser concurrente cuando, respecto de los otros sujetos que obran para realizar el mismo fin delictivo, se hace *lo mismo* o se hace *otro tanto*. En el primer caso se formula un juicio naturalístico de identidad, en el segundo un juicio valorativo de equivalencia. Es una concepción bipartita de la coparticipación delictiva, susceptible de parangón con lo que acontece en la sociedad comercial.

Sostiene Giuliani-Balestrino que la cuestión fundamental del concurso es el porqué *algunos* concurrentes en sentido naturalístico son concurrentes en sentido jurídico y otros no. Frente al problema tradicional de la participación delictiva visto como el del fundamento de su punibilidad, él se plantea, pues, el del *umbral* de su punibilidad. Su respuesta a esta cuestión estriba en un finalismo eficaz de la contribución, que debe calificarse normativamente como significativo para que asuma jurídicamente el carácter de concurso. A su juicio, esa idea preside el artículo 110 del Código Rocco, al cual, para mayor claridad,

debería agregársele el siguiente párrafo: "Es concurrente quien, en una de las fases del concurso, realiza actos u omisiones de significativa utilidad para la realización del fin delictivo común." Esta significación de actos u omisiones debe depender, cuando sea posible, de un acto de equiparación de las contribuciones de los concurrentes, y si la equiparación falta, de una significación concreta de la conducta del concurrente, de la misma importancia que la del otro. Tal concepción relativamente extensiva del concurso debe conducir a una concepción restrictiva de la tentativa y a una exclusión de la autoría mediata como forma de coparticipación delictiva. En cuanto al elemento subjetivo, el concurrente debe tener conciencia de aportar una contribución a la realización del fin delictivo ajeno y su comportamiento psicológico puede equivaler hasta al dolo eventual.

Este escrito contiene ideas muy sugerentes, que procuran dar sentido a la renuncia conceptual y valorativa del vigente Código Penal italiano a las formas de intervención plural en el hecho punible.

Alvaro BUNSTER

LATHNER, Luis, "Tendencias de criminalidad en la región latinoamericana y el Caribe", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Santurce, Puerto Rico, vol. XIX, núm. 2, enero-abril de 1985, pp. 265-271.

El conocido profesor Luis Lathner presentó esta ponencia en el segundo simposio sobre la criminalidad en distintas culturas, en la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, en su carácter de presidente del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), y se refirió básicamente a un documento que dicho Instituto está elaborando y que es una versión actualizada (años 1978-1982) del *Compendio de estadísticas criminales en Latinoamérica y el Caribe*.

A partir de esta investigación, el autor analizó la importancia de los valores culturales para la determinación de los delitos, y los recientes desarrollos en América Latina, a fin de medir y comparar las tendencias del fenómeno de criminalidad.

El informe presenta datos que abarcan a veinte países de la región, referentes a alguno de los campos de la justicia penal, en la época analizada de cada país. Explica los principales obstáculos a que se enfrenta

una investigación de este tipo, entre ellos se destaca que las autoridades que debían de facilitar los datos y responder el cuestionario que se les envía, se niegan a hacerlo o dicen carecer de dicha información. Advierte que la mayor disponibilidad de datos estadísticos se encuentra en los ámbitos penitenciario y judicial, y que es muy frecuente no encontrar dato alguno en el policial, hecho que explica por qué el trámite administrativo en aquellos sectores no es fácil de eludir, pero tratándose de personas sujetas a proceso, o ya sufriendo una condena, hay muchas oficinas de gobierno involucradas con ello, además de la misma familia de los reos que pueden aportar documentación oficial en el momento que se les requiera. Otra es la situación tratándose de la actividad de la policía, ya que es práctica común que detienen a las personas para investigarlas sin que den aviso a autoridad alguna, y mucho menos es imaginable que tengan un registro de ello.

Las cifras que ILANUD maneja están siempre basadas en los delitos registrados, sin ignorar que una gran cantidad de ilícitos no son denunciados por las víctimas, y esta actitud de la ciudadanía está relacionada con la imagen de credibilidad que se tenga en el aparato de justicia del propio país. En algunos países del área, la situación común es que no se denuncia porque es sólo una pérdida de tiempo y permitir la intromisión de la policía en la casa de uno.

Continuando con el análisis, en Centroamérica, con la sola excepción de El Salvador, la tendencia es al aumento en los delitos registrados, estando a la cabeza de ellos los delitos contra la propiedad. En el cuadro que muestra las cifras de denuncias por tipo de delito, a lo largo de varios años en un mismo país, es notorio en primer lugar la diferencia en la cantidad total de delitos denunciados a la policía, según sea el tipo de que se trate, encontrando que los delitos sexuales son los de menos comisión, a juzgar por las cifras oficiales.

En el informe presentado por el director del Instituto no aparecen todos los países de la región, en gran parte por las razones antes aducidas; sin embargo, de los países que cooperaron y proporcionaron información, misma que ILANUD ya recopiló y analizó, se llegó a las siguientes conclusiones:

a) En la región analizada se observa una tendencia a incrementarse la criminalidad general —salvo notables excepciones— que va en algunos casos, y esto es muy grave, muy por encima del crecimiento demográfico.

b) El incremento es notable tratándose de delitos contra la propiedad, excepto en algunos países centroamericanos donde los delitos contra la integridad personal los superan, y finalmente

c) Como hipótesis el autor plantea que es posible afirmar que en aquellos países donde el sistema de justicia ha gozado tradicionalmente de gran prestigio, los registros de delitos, y más concretamente, las denuncias de los mismos, tienden a ser más abultados en proporción total.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

MILLER, Henry T., "Recent changes in criminal law: the federal insanity defense", *Louisiana Law Review*, Baton Rouge, vol. 46, núm. 2, noviembre de 1985, pp. 337-360.

La controversia en torno del veredicto de "inculpabilidad por razón de enfermedad mental" ha conducido en los Estados Unidos a enunciar legalmente a nivel federal lo que en nuestra tradición jurídica penal se conoce como fórmula legal de la inimputabilidad. Este trabajo, dividido en dos partes, examina en la primera la nueva definición, y en la segunda el correspondiente problema del peso de la prueba.

El autor empieza por pesquisar los orígenes de la "defensa por enfermedad mental" en el derecho penal inglés y hace notar que la Iglesia, contrariamente al antiguo *common law*, distinguía tempranamente la condición o estado mental (*mens rea*) del acto cometido (*actus reus*). Esta distinción se incorporó a la noción de delito del *common law* a través de un proceso que duró centurias. En el siglo XIV la *criminal insanity* se caracterizaba como la incapacidad de distinguir el bien del mal y su alegación exitosa se traducía en el perdón real. Tal criterio se afirmó en el siglo XIX en la famosa fórmula del caso *Queen v. M'Naghten*, en que el veredicto de inculpabilidad por razón de enfermedad mental, presentado aquí en traducción más o menos libre, se enunció así: "Para que prospere una defensa fundada en enfermedad mental debe quedar claramente probado que, al momento de cometerse el acto, la parte acusada obraba en virtud de un defecto de la razón derivado de enfermedad de la mente que le impedía saber la naturaleza y calidad del acto que realizaba, o, si la conocía, que lo que realizaba era ilegal."

Frente a fórmulas como la *M'Naghten*, que dejan al jurado la determinación de si la enfermedad o defecto torna incapaz al acusado de conocer la ilegalidad de su acto y que se apoyan, por tanto, en el solo elemento cognoscitivo, se habla en seguida en la tradición anglosajona de "paradigmas científicos", que emplean elementos tanto cognoscitivos como volitivos, y que confían a los expertos la determinación de la en-

fermedad. Entre éstas cabe mencionar la regla Durham estadounidense, conforme a la cual “un acusado no es criminalmente responsable si su acto ilegal fue producto de enfermedad o defecto mental”, y la incluida por el *American Law Institute*: “Una persona no es responsable de conducta criminal si al momento de esa conducta, como resultado de enfermedad o insuficiencia mental, carece considerablemente de la capacidad, sea para apreciar la criminalidad de su conducta, sea para confor- marla al requerimiento de la ley.” Hay, todavía, una tendencia abolicionista, muy próxima a los criterios del *common law* del siglo XIII, que sólo acepta alegar enfermedad mental para probar que el acusado carecía de la “intención criminal”, y que no permite pesquisar la enfermedad que excluiría por sí misma la culpabilidad criminal.

La nueva fórmula federal de la inimputabilidad por enfermedad mental es del siguiente tenor: “Es defensa afirmativa frente a la prosecución conforme a cualquier ley federal que el imputado, al tiempo de cometer los actos constitutivos del delito, era incapaz, por efecto de grave enfermedad o deficiencia mental, de apreciar la naturaleza y calidad o la ilegalidad de sus actos.”

En opinión de Miller, esta fórmula ha satisfecho tres objetivos. En primer lugar, ha reducido la utilización del testimonio de los expertos al descartar la definición científica “cognoscitivo-volitiva”, devolviendo el énfasis al aspecto cognoscitivo. Deriva ello del escepticismo frente a la dificultad científica de medir la capacidad de autocontrol de una persona y de calibrar el deterioro de esa capacidad. En segundo término, ha excluido la alegación de “responsabilidad disminuida”, de que no hace mención expresa alguna. Finalmente, el texto federal estrecha el alcance de la “enfermedad o deficiencia mental” al exigir que ellas sean “graves”. Propósito del congreso fue, en efecto, excluir específicamente ciertas enfermedades mentales de la tarea judicial. Constan en la historia fidedigna del establecimiento de la ley declaraciones como las siguientes:

El concepto de gravedad se agregó para acentuar que el comportamiento no psicótico, o neurosis como la de “personalidad inadecuada” o “personalidad inmadura”, o un padrón de “tendencias antisociales”, no constituyen una defensa. El comité entiende asimismo... que el uso voluntario de alcohol o drogas... no constituye enfermedad...

La parte del escrito de Miller, consagrada al peso de la prueba en esta materia, deja sentado que la defensa debe comenzar por ofrecer prueba que arroje dudas sobre la salud mental del procesado o “leve prueba” de su perturbación mental. Tras esa fase se plantea la cuestión sobre cuál de las partes debe soportar el *onus probandi* propiamente

dicho, esto es, el llamado peso de la persuasión. La Corte Suprema, ya en un fallo de 1895, había sentado que era la acusación la que debía demostrar la salud mental del acusado más allá de toda duda razonable, decisión a que mucho más tarde la Corte desconoció categoría constitucional, de modo que el Congreso quedó con facultades, como lo hizo recientemente, de poner sobre los hombros del acusado la prueba de su enajenación mental por medios claros y convincentes. Entre tanto, las jurisdicciones estadales han estado divididas sobre la materia.

Álvaro BUNSTER

PAGLIARO, Antonio, "Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, fasc. 3, julio-agosto de 1985, pp. 623-649.

El destacado profesor de Palermo se ocupa en este estudio del concepto de hecho en su función procesal, en su carácter de conjunto de elementos específicos de un particular delito, y en su acepción de conjunto de los elementos que hacen a un sujeto merecedor de pena. Todo ello a propósito de un renacimiento que se observa en Italia de la "tripartición" en el análisis del delito, conforme a la cual los elementos o características de éste serían el hecho, la antijuricidad y la culpabilidad.

Al primer concepto de hecho, que tiene raíces remotas en el de *corpus delicti*, pertenecen la voluntad y conciencia de la conducta material así como las calificaciones normativas requeridas por la ley penal, siempre que estas últimas se refieran a la realización exterior de la conducta delictiva (por ejemplo, la ajenidad de la cosa en el hurto) y no representen, en cambio, simples presupuestos jurídicos (como, por ejemplo, la relación laboral en la omisión punible de hacer imposiciones previsionales). El "hecho" así concebido, que carece de homogeneidad estructural y sirve sólo a necesidades procesales, no puede ser acogido por el derecho sustantivo para sus propios fines sistemáticos y su necesidad de certeza, pues en él la exigencia de la tipicidad es una característica ineludible, con todo su lastre de elementos subjetivos. Sin ella, cabría configurar un delito en que el significado del acto u omisión no correspondiese al significado de la incriminación.

En cuanto al hecho como la especificidad de un tipo de delito, aparte de engarzar con una visión del derecho penal como sancionatorio, visión que el autor no tiene, no se compadece con el real alcance del principio

*nullum crimen sine lege*, que en verdad se refiere a todos los elementos del delito y no sólo a los que caracterizan un tipo delictivo singular. Tampoco se ve esa concepción justificada por consideraciones de política criminal. Al sostenerse que el hecho, como forma específica de ofensa, daría realce jurídico a una base empírico-criminológica con límites garantizadores, no se tiene en cuenta que el médico que interrumpe la gravidez por premiosas necesidades sanitarias o el soldado que en la guerra mata a su enemigo, serían tenidos, sin que deba recurrirse a una concepción restrictiva del hecho, como que han provocado un aborto o dado muerte a un hombre, respectivamente. Las sutiles disquisiciones en torno a la teoría del delito no ayudarán, al menos por un largo tiempo, a reforzar la advertencia hecha al pueblo de que los hechos delictivos traen graves consecuencias. La advertencia sería útil, todo lo más, al legislador en cuanto a formular claramente las desincriminantes en la parte general, induciéndolo a expresarse en la parte especial de una manera plástica y sugestiva. Carece, en seguida, de base la pretensión de que el abandono de las teorías restrictivas sobre el hecho conduciría necesariamente a las teorías unitarias del delito, con su secuela de resultados deplorables para la libertad del ciudadano. A estas teorías puede salirse al paso con otras formas de análisis, como la que el autor propondrá adelante. Por último, argumentan los partidarios del "hecho" como conjunto de los elementos específicos de un particular título de delito que su concepción abriría la perspectiva de una desvinculación de las desincriminantes del principio *nullum crimen sine lege* y de la prohibición de la analogía, al dejar de ser penales las normas sobre las desincriminantes y pasar a ser normas generales en conflicto con las penales. A ello se opone Pagliaro haciendo presente, entre otras razones, que al menos el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber aparecen en Italia claramente disciplinados por la ley penal y no son simplemente principios generales que deambulan a través del conjunto del ordenamiento jurídico. La certeza del derecho y la tutela de la libertad son, a su juicio, exigencias que concurren a excluir la integración analógica de las disposiciones que contienen desincriminantes.

En tercer término, la concepción del hecho como conjunto de los elementos que hacen al sujeto merecedor de pena se basa en la distinción entre tales elementos y los que la ley requiere sólo por razones de oportunidad, que no deberían formar parte del "hecho". Dicho de manera más explícita, si se quisiera utilizar, como parámetro para elaborar una noción de "hecho" en sentido estricto, el concepto teleológico de *Strafwürdigkeit* ("merecimiento" de pena), sería menester proponer

un "hecho" capaz de comprender todos los elementos del delito con la sola exclusión del reo, de la capacidad jurídica penal, de las condiciones extrínsecas de punibilidad y de la ausencia de condiciones extrínsecas de no punibilidad. En opinión de Pagliaro, el gran peso de la tradición en torno del "hecho" desaconsejaría el empleo de ese término con un significado nuevo, aun cuando éste pudiera hallar un apoyo científico válido.

Antes de exponer su propia concepción del hecho, el profesor de Palermo formula su rechazo a la teoría de los imperativos, a la teoría de las normas de Binding, a las ideas de Welzel en punto a ontología y a la elaboración con tendencia ética de un entuerto o injusto personal. Formula, a seguido, agudas objeciones al intento de Wolter de apoyar los conceptos de *personales Unrecht* y de *Strafwürdigkeit* en la teoría de la prevención general, poniendo en el centro la idea de riesgo, llega así a su propia visión del problema. Dentro del delito (o ilícito penal) se pueden distinguir el hecho (*fatto di reato*), comprensivo sólo de los elementos estructurales objetivos y subjetivos, y la imputación del hecho como ilícito penal a un sujeto. Situando luego en relación el hecho del delito con el componente teleológico que resulta de la función de prevención general, puede indicarse como "entuerto" (*torto*) aquel conjunto de los elementos del hecho (*fatto di reato*) de que depende la *Strafwürdigkeit*. Allí deben comprenderse, en consecuencia, todos aquellos elementos en función de los cuales varía el merecer pena. Los componentes subjetivos que la común doctrina —aprisionada en la insostenible antítesis entre antijuricidad objetiva y culpabilidad— suele remitir al concepto de culpabilidad (no tanto el dolo y la culpa como, más bien, los comportamientos individuales de que dependen la intensidad del dolo y el grado de la culpa en el sentido del artículo 133 del Código Penal), deben reconducirse ahora al concepto de entuerto, desligado de la noción de antijuricidad objetiva e iluminado, en cambio, por la prevención general. Por ello, resultado doloso, resultado culposo, resultado objetivamente atribuido, nexo de causalidad, conducta típica, circunstancias del delito, dolo, culpa, previsibilidad y evitabilidad del resultado en la responsabilidad objetiva, dolo específico, presupuestos, calificaciones subjetivas, ausencia de causas de justificación y de disculpa y ausencia de causas intrínsecas de no punibilidad, serán todos elementos que habrán de considerarse a los fines de establecer el "merecimiento" de pena. Y el "entuerto" que se configura en torno de estos elementos habrá de tenerse por "personal" (el único constitucionalmente admisible, por lo demás, en el ordenamiento italiano) si los ele-

mentos mencionados pueden ser referidos al sujeto a través de la conciencia y voluntad o a través de la cognoscibilidad y evitabilidad.

Son extraños al entuerto, en cambio, los elementos requeridos sólo por la oportunidad de punir: condiciones extrínsecas de punibilidad, causas extrínsecas de no punibilidad, finalidades y representaciones privadas de relación con el bien jurídico tutelado. Entre estos elementos la doctrina ha individualizado hasta ahora sólo las condiciones extrínsecas de punibilidad, pero la perspectiva por él adoptada, afirma Pagliaro, hace percibir claramente que también puede suceder que otros elementos del delito se requieran por la ley porque, en su ausencia, no es oportuno punir, y no porque aumenten el "merecimiento" de pena.

En el interior del entuerto se sitúa la conducta ilícita. Esta es una conducta comprendida en el hecho (*fatto di reato*), contra la que apunta la función de prevención general que se despliega a través del establecimiento de sanciones penales. En cuanto conducta, hállase constituida por una voluntad que se realiza y comprende, por ello, todos los elementos y sólo los elementos que pertenecen a la voluntad como a la realización. En cuanto típica e ilícita, es elemento constitutivo de ella el contenido del querer y de la realización. La conducta ilícita puede constituir el concepto superior unitario al cual referir las conductas dolosas y las culposas, las comisivas y las omisivas. Fuera de ella quedan aquellos elementos que no es menester que queden cubiertos por la voluntad (por ejemplo, los resultados atribuidos a título objetivo) o que no es necesario que se proyecten en la realización (por ejemplo, el dolo específico).

Esta sistematización dogmática tiene el mérito de hacer evidente la preeminencia de la conducta ilícita sobre todo otro elemento del delito a los fines de delinear una imputación personal. Tiene también la ventaja de tornar inequívoco el papel del contenido del querer respecto a la determinación de la tipicidad. No hace referencia, en fin, a nociones demasiado inciertas o incluso no identificables desde un punto de vista científico, como las de hecho en sentido estricto y de antijuricidad objetiva.

La adopción del concepto de conducta ilícita ofrece, según Pagliaro, todavía otra ventaja para el sistema penal, y es la de consentir, gracias a la categoría de los elementos negativos de la conducta ilícita, una sistematización dogmática inobjetable para las causas de justificación y de disculpa. Según esta teoría, la conducta ilícita se compone de elementos positivos y negativos. Así como los elementos positivos, para poder pertenecer a la conducta ilícita, deben hallarse presentes tanto en la voluntad como en la realización, así también los elementos negativos

pertenecerán perfectamente a la conducta ilícita sólo si un cierto elemento positivo de que constituyen la negación, se halla ausente, sea de la voluntad, sea de la realización. Por ejemplo, en el delito de participación ilícita en asociaciones de carácter internacional (artículo 274 del Código Penal italiano), la naturaleza internacional de la asociación es un elemento positivo de la conducta ilícita y, por ello, el delito surge tanto en el caso en que, contrariamente a la opinión del sujeto activo, la asociación no tenga carácter internacional, cuanto en el caso de que la asociación posea tal carácter y el sujeto activo se halle en error sobre este punto. La ausencia de autorización del gobierno es, en cambio, un elemento negativo de la conducta ilícita y, por ello, no hay delito cuando la autorización haya sido concedida, aunque el agente lo ignore, ni lo hay tampoco cuando el sujeto considere erradamente que la autorización ha sido concedida.

A estos desarrollos siguen en el artículo de Pagliaro otros no menos interesantes sobre responsabilidad objetiva y riesgo consentido, que no se reseñan en razón de las diferencias legislativas que en este punto tiene el sistema penal nacional con el que sirve de base a las especulaciones del autor.

El artículo de Pagliaro, expresivo de su reconocido talento, se inscribe en una poderosa corriente de revisión dogmática en el país de Beccaria y Carrara.

Álvaro BUNSTER

PLAWSKI, Stanislaw, "La semi-liberté", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, París, núm. 1, enero-marzo de 1985, pp. 15-29.

Este artículo del ex profesor asociado de la Universidad de Lille se ocupa del fundamento teórico de la semilibertad y de la experiencia que sobre ella se tiene en Francia.

Tras caracterizar la semilibertad como el trabajo externo en una empresa libre que no depende de la administración penitenciaria, con la obligación de reintegrarse de noche a la prisión y la autorización —en principio— para salir en los días feriados, Plawski se detiene en la evolución de esta institución en Suiza, Bélgica, Italia y Francia, no sin reconocer el antecedente más o menos remoto de ella en el régimen penitenciario irlandés de William Crofton, donde la semilibertad era una fase preparatoria de la libertad condicional.

La fuente de la semilibertad en Suiza es el artículo 37 de su Código Penal, que acoge un sistema elástico de libre progresión para el condenado y durante el cual puede ser ocupado fuera del establecimiento. Por vía interpretativa de ese precepto surgen en la Confederación Helvética dos instituciones: la semilibertad y la semidetención. La primera es una preparación del recluso para la libertad, o mejor, el comienzo de su reinserción en la vida social. No basta su trabajo en un establecimiento externo, sino su diario retorno a un recinto independiente de la prisión, donde puede tener contacto libre con miembros de su familia. La semidetención tiene rasgos muy diferentes. Amén de hallarse legalmente prevista *expressis verbis*, concierne ella a las penas cortas privativas de libertad de tres o más meses para los adultos o a la pena de detención para los adolescentes, y está destinada a condenados que no conocen la prisión. Mientras la semilibertad es un periodo transitorio entre la vida en prisión y la vida libre, a objeto de preparar a los reclusos para esta última, la semidetención se concibe como una medida orientada a evitar el encarcelamiento, que es siempre una ruptura con la vida normal, profesional y familiar y una cierta estigmatización ante el ambiente social.

En Bélgica se da una dualidad parecida.

En Italia, el Código de Zanardelli de 1889 había introducido tempranamente el trabajo *all'aperto*, mantenido por el Código Rocco de 1930, que instituyó el juez de ejecución. En la codificación penitenciaria de 1975 se ha establecido la semilibertad, que permite al condenado a prisión pasar fuera del establecimiento una parte del día a fin de participar en el trabajo, en la actividad educativa o en otra actividad propicia a la reinserción social. Las personas admitidas a este régimen son situadas en establecimientos especialmente destinados a ellas o en sectores especiales autónomos de los establecimientos ordinarios, y vestidas con indumentaria civil. El régimen es obligatorio para condenados a pena privativa de libertad por conversión de multa impaga y para quienes no han sido condenados a prestación de servicio social o a trabajo en instituciones públicas. Es facultativo respecto de condenados a prisión o reclusión no superiores a seis meses y a todo condenado que ha sufrido ya, a lo menos, la mitad de una pena de prisión o reclusión más alta. En este último caso se tiene en cuenta el progreso experimentado en el tratamiento.

En Francia, por último, se dan actualmente dos formas de semilibertad: a) aquella que es fase final de la pena privativa de libertad, como vestigio del sistema progresivo suprimido en 1975, y b) la semilibertad *ab initio*, acordada por el tribunal al momento de la condena o por el

juez de aplicación de penas al comienzo de la ejecución de la pena privativa de libertad. El juez de aplicación de penas puede admitir en este régimen de semilibertad a los condenados a una o más penas privativas de libertad que sólo tienen que cumplir un tiempo de detención inferior a un año.

Luego de esta exposición, que el autor llama teórica, presenta una visión crítica de la práctica de la semilibertad en Francia. Conforme a la estadística oficial, la cifra de las personas admitidas en la semilibertad entre 1973 y 1981 tiende a crecer lentamente, con preponderancia numérica apreciable de los casos decididos por el juez de aplicación de penas. Casi el 50 por ciento corresponde a personas sentenciadas por delitos contra el patrimonio, el 25 por ciento a personas condenadas por infracciones al código del tránsito y algo más del 17 por ciento a otros delitos no intencionales. Lamenta Plawski que la minoría de semilibres se distribuya en centros autónomos y la mayoría en reclusorios. De esta manera, un número muy considerable de semilibres debe retornar de su trabajo a prisiones clásicas, con atmósfera malsana para la resocialización. Es, en seguida, característico de la semilibertad en Francia que la enorme mayoría de los semilibres trabajan en diversas empresas y los casos de admisión al régimen de semilibertad por razones de enseñanza, de formación profesional o de tratamiento médico sean extremadamente raros y casi inexistentes. Ello es atribuible a los órganos que acuerdan la semilibertad o a la necesidad de trabajo, que aleja otras posibilidades de aprovecharla. Trátase de un problema de difícil solución. Otro fenómeno que influye sobre la semilibertad es la cesantía, que hace que la forma más realista de aplicarla *ab initio* sea a las personas que ya tienen un trabajo estable, para evitar que lo pierdan o que tengan que buscar uno nuevo.

Plawski da cuenta en seguida de la investigación hecha por el Instituto de Criminología de la Universidad de Lille en relación con 110 personas en semilibertad en la cárcel de esa ciudad en los años 1971 a 1973. Aparte las limitaciones financieras que debió enfrentar el trabajo, tropezó con obstáculos de diverso orden: falta de oportunidad para entrevistar al condenado y necesidad consiguiente de valerse de cuestionarios *ad hoc*, carencia de información tocante a su personalidad en el expediente respectivo, falta de contacto con los empleadores o reticencia de ellos, dificultad para la verificación de la reincidencia, etcétera. Valiosos son, en cambio, los antecedentes aportados por el personal encargado de aplicar la semilibertad, como educadores y asistentes sociales. Al exigir la administración penitenciaria, a partir de 1976, el

anonimato en la encuesta, cerró desgraciadamente toda posibilidad de obtener información sobre la vida posterior del condenado.

Cabe mencionar algunos resultados interesantes de la encuesta. Desde luego, los encuestados se manifiestan en general en favor de la semilibertad, principalmente porque sustrae al marco de la prisión y permite el contacto con la familia. Dicen, en seguida, no haber tenido problemas con los empleadores, aunque en este respecto las respuestas no son siempre precisas. En cuanto a la apreciación del trabajo mismo, la mayoría de las respuestas son positivas. En general, reclaman mejores condiciones en el establecimiento a que deben retornar diariamente.

El documento de Plawski deja constancia del hecho decepcionante de que en la muestra de 110 personas con que se ha trabajado se han producido 32 casos de reincidencia en un periodo de cinco años, lo que acaso se deba a criterios deficientes en varios casos de admisión al régimen de semilibertad. Con todo, si media una orientación clara de la política penitenciaria y no el azar debido a circunstancias individuales, y se hacen prevalecer los centros autónomos sobre los recintos de las cárceles ordinarias, cree Plawski que la semilibertad *ab initio* puede ser un eficaz instrumento de resocialización.

Documentos como el reseñado deben tenerse muy en cuenta al poner en práctica la semilibertad, introducida en la reforma al Código Penal para el Distrito Federal en 1984.

Álvaro BUNSTER

RESUMIL DE SANFILIPPO, Olga, "Legitimación cultural de la víctima: la víctima en el sistema de justicia criminal", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Santurce, Puerto Rico, vol. XIX, núm. 2, enero-abril de 1985, pp. 301-314.

La propuesta central que aparece en el artículo que se reseña consiste en humanizar el derecho penal sustantivo, procesal y ejecutivo, poniendo énfasis en la mira de la víctima.

La profesora Resumil explica el cambio que ha tenido el enfoque hacia las víctimas de los delitos, en parte por aportaciones de los criminólogos, quienes pretendieron desarrollar una nueva ciencia: la victimología, encontrando un primer obstáculo en el derecho penal, que continúa con su visión criminalcéntrica.

Al principio la atención a la víctima era únicamente en cuanto a su

papel denunciante de que un delito se había cometido. La sociedad era la ofendida y víctima mediata, a quien había que resarcirle el daño causado.

Desde el punto de vista criminológico la atención a la víctima de un delito ha evolucionado en lo que respecta a la prevención y reparación de las ofensas de que puede ser objeto. La atención jurídica aparecía con fines de tutela penal, de participación en el proceso penal, representando a la sociedad y en el momento de la ejecución de la pena.

En nuestros días, la víctima juega un papel diferente, ya que el delito se evalúa ahora en función de la interacción de la pareja penal, considerando tres aspectos: *a)* la percepción que de la víctima tiene el sujeto activo y viceversa; *b)* el grado de relación, proximidad y distancia emocional entre ambos, y *c)* la conducta que tiene la sociedad hacia la víctima del delito.

Pero, ¿hay realmente una interrelación ofensor-víctima? Encontramos distintas teorías que así lo exponen: entre ellas la de Lamborn, quien establece niveles de responsabilidad de la víctima al momento de comisión del delito, y así sitúa en el primer nivel a la invitación, en el segundo la facilitación, en el tercero la provocación, en el cuarto la perpetración, en el quinto la cooperación y por último la instigación, con la cual la misma víctima promueve activamente la comisión del delito.

Teorías como la citada promovieron un cambio en la perspectiva tradicional de la víctima como sujeto pasivo del delito, y trajeron como consecuencia cambios en la legislación, con los que la responsabilidad del sujeto activo se ve disminuida, cuando se considera que la víctima intervino para favorecer la comisión del hecho ilícito. Igualmente, el juez comenzó a valorar la conducta de la víctima en el momento de dictar la sentencia.

El riesgo de convertirse en víctima está siempre presente para todos nosotros, pero varía de acuerdo con una serie de circunstancias. Éstas han sido clasificadas de distintas formas, pero podemos reducirlas a tres grandes grupos: 1. el ámbito biofisiológico (edad, sexo, raza y condición física); 2. el contenido social (profesión, estatus social, condición económica, familiar y ambiental), y 3. predisposición psicológica (desviaciones sexuales, estados psicopatológicos y rasgos de carácter).

En sociedades como la puertorriqueña, nos dice la autora, el urbanismo funciona como precipitante de mayor marginalidad, los grupos más victimados son los niños, las mujeres, los enfermos mentales, ciertos grupos étnicos y las clases menos privilegiadas.

El tercer apartado lo dedica a la víctima en el sistema de justicia criminal, y gracias a las aportaciones que la victimología ha venido ofre-

ciendo a la política criminal, se considera ahora que la participación de la víctima en el proceso debe ser considerada en forma diferente, brindándosele apoyo y comprensión.

En el inicio de la investigación la víctima es un factor determinante, pero conforme el proceso va desarrollándose, su función se ve reducida. El Ministerio Público decide bajo qué cargos presentar al acusado ante el juez, así que ella volverá a tener injerencia cuando su testimonio sea requerido. Durante la fase ejecutiva, la sanción que se impone se aplica con carácter de retribución jurídica como pago al Estado por la infracción de la norma penal, y a la víctima sólo le resta el recurso de la reclamación civil.

La legislación de Puerto Rico no prevé qué parte de los ingresos del sentenciado se destinen a la reparación del daño causado a la víctima, como lo hace nuestra Ley de Normas Mínimas en su artículo 10.

En las conclusiones la autora indica que las reformas que ha sufrido sus sistema penal, considerando de forma diferente a las víctimas de los delitos, crearon una nueva forma de legitimación, cuyo efecto práctico aparece en la exculpación o atenuación de la responsabilidad del autor del delito.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

## DERECHO PROCESAL

MONROY CABRA, Marco Gerardo, "Procesos declarativos, ejecutivos y cautelares", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, vol. I, núm. 2, 1984, pp. 50-56.

Inicia el autor su artículo con el concepto del proceso adoptando el de Calamandrei al afirmar que es una serie de actos coordinados y regulados por el derecho procesal a través de los cuales se verifica el ejercicio de la jurisdicción. Señala que el proceso tiene una función pública, como que busca la actuación del derecho cuando se presenta un conflicto de intereses. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, consagran el derecho a un proceso regular.