

## DERECHO PENAL

HENDERSON, Lynne, "Rape and Responsibility", *Law and Philosophy*, Dordrecht, Holanda, vol. 11, núms. 1-2, 1992, pp. 127-178.

Los cambios de carácter económico, político y social que se han venido dando en nuestra sociedad han permitido en el ámbito jurídico la modernización de nuestra legislación.

En el año 1991 se efectuaron algunas reformas al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República Mexicana en materia del Fuero Federal, libro segundo ("Delitos sexuales"), cuya denominación fue cambiada a "Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual".

En este permanente proceso de cambio podríamos ubicar el artículo de Lynne Henderson de la Escuela de Derecho de la Universidad de Indiana, en virtud de que analiza delitos tales como el de violación, desde la perspectiva del derecho norteamericano.

En la introducción, la autora se describe como una "afortunada" sobreviviente de una violación cometida por un extraño. Hace hincapié en que es afortunada porque le creyeron y el que lo cometió sigue en prisión después de diez años. Dice que conoce mujeres no tan afortunadas, porque los vinculados con la justicia creyeron que la violación había ocurrido por su culpa, porque nadie les creyó, porque ellos conocían al violador o porque incluso estaban casadas con él, y lo que pasó no era un crimen. Dice que comparte muchas cosas con las víctimas: la rabia, el dolor, la angustia y el miedo.

Menciona Henderson que a pesar de que la sociedad norteamericana considera como una grave felonía a la violación (cópula sexual no consentida y forzada), es el caso que muy raras veces se sanciona por la justicia de su país.

Se queja de que en muchos libros de texto norteamericanos, a la víctima de una violación se le siga llamando *prosecutrix* (acusadora), subrayando la noción de que es una ofensa privada y no un delito, y que la mujer (y no el Estado) debe cargar con el peso de probar más allá de cualquier duda razonable que fue violada.

Apunta en su artículo como causas de impedimento de la eliminación de la violencia sexual contra la mujer y del reconocimiento de que la violación es un delito real y frecuente, las siguientes: 1) Una historia cultural de heterosexualidad que se manifiesta en la legislación penal de la violación, que resulta en una regla no escrita

de inocencia masculina y culpa femenina, ya que la mujer debe responder no sólo de su propia conducta sino por la conducta de los hombres, quienes son incapaces de controlar sus impulsos pasionales. Se dice que la mujer debe conocer eso y evitar la estimulación masculina, si desea evitar una relación sexual, además de que el hombre tiene el derecho de satisfacer sus "necesidades" mediante la cópula heterosexual. Este tipo de "culpa" solamente cambia en caso de que el hombre sea negro y la mujer blanca, pues ahí el varón es el cultural y penalmente responsable, y 2) Las dificultades que surgen al tratar de cambiar esa historia utilizando para ello el derecho penal.

Por otra parte, señala que también está equivocada la postura radical de muchas feministas que aseguran que la cópula heterosexual es violenta y explosiva, negando las experiencias placenteras que la mujer puede tener en una relación heterosexual y cambiando simplistamente una historia de heterosexualidad en inocencia femenina (*victimización*) y culpa masculina.

Es analizado el estereotipo cultural de la violación, por el cual se considera que ésta solamente es cometida o por extraños, sicópatas y armados, o por un grupo de negros, contra una inocente mujer blanca, sobria, vestida decentemente y casta. La mayor parte de los miembros de esa cultura reconocerán como violación esos asaltos, particularmente si hay daño externo y visible en la víctima. Esto ha dado origen a que muchos hombres no sean perseguidos, procesados o sancionados y también a que muchas mujeres ni siquiera denuncien el delito ni busquen consejo profesional, pues no cabe dentro de ese contexto cultural.

Debido a que la mayoría de las mujeres norteamericanas han sido violadas por alguien que no es un completo extraño, las feministas han empezado a usar términos como *acquaintance rape*, *date rape* o *marital rape* para convencer a la sociedad que la violación se da en esos contextos (entre conocidos, entre quienes tienen una cita para salir o inclusive entre cónyuges) y que pueden ser igual de intencionales, violentas y traumáticas para las víctimas como la violación cometida por un extraño escondido tras los matorrales.

Las feministas, por su parte, se quejan de que la interpretación de la ley ha sido a través de puntos de vista masculinos, como cuando las cortes interpretan el concepto de fuerza (violencia) y de resistencia para decidir si realmente ocurrió o no una violación.

La autora señala que los trabajos de Foucault sobre sexualidad humana concluyen que la sexualidad se ha convertido en un discurso

(un sistema de lenguaje y significados) y una construcción social, en oposición a una actividad de placer; sin embargo, es muy raro que el sexo haya existido independientemente de *roles*, moralidad o cultura, es decir, de un complejo de instituciones y creencias, que incluyen religión, medicina, filosofía, derecho, economía e historia, todo lo cual crea ciertas actitudes acerca de la mujer.

Para explicar lo anterior, la autora señala el siguiente ejemplo: la tradición judeo-cristiana ha creado un tema de tentaciones sexuales de los hombres por la mujer y se ha condenado esa tentación como pecado. A pesar de que la Iglesia (teología católica-romana y la protestante) condena el sexo extramarital si no es para procrear, la mujer ha resultado siempre más culpable que el hombre en esta historia. Aquí, entre otras citas (culpabilidad de Eva, condena de Adán, etcétera), menciona a San Alberto el Grande quien decía que mientras más se resista una mujer, más lo desea (*no significa sí*).

Con otros ejemplos trata de hacer más clara su argumentación, pues existen muchos prejuicios sociales y creencias que varían en las distintas sociedades, dependiendo del nivel cultural, económico o edad de las personas; no puede culparse al hombre de algo inevitable y necesario biológicamente como la natural necesidad de satisfacer sus instintos sexuales; la mujer es culpable de excitar al hombre, si dice *no* muy tarde y el hombre no puede controlarse, ella es la culpable; el hombre tiene relaciones sexuales por placer físico y la mujer por amor y afecto; el hombre puede tener relaciones extramaritales y la mujer no; el hombre considera "sexy" (excitante) lo que la mujer puede considerar como cómodo, de moda o bonito; una mujer seductora que no responde a un hombre es despreciable, es una provocadora y merece que la violen; la mujer siempre está deseosa y manipula al hombre; el testimonio de la víctima debe tomarse con reserva, pues la violación es de fácil acusación, de prueba difícil, y de defensa más difícil para la parte acusada, no obstante que sea inocente.

Debido a la preocupación por el problema, sostiene Henderson, han habido reformas a la ley, fomentadas por los grupos de feministas; sin embargo, en California no se pudo proteger a menores varones ya que, se decía, la garantía protegida era la prevención de embarazos de adolescentes. Se protegía la castidad femenina como una propiedad para el matrimonio.

Se eliminó la necesidad de "denuncia inmediata" y la "corroboración", otros estados abolieron el requisito de "resistencia" y la "excepción marital". Se han creado leyes (*shield laws*) que protegen a

las víctimas y evitan que sean cuestionadas ante un juez o jurado sobre su vida sexual previa. Otros estados se han enfocado más en la falta de consentimiento que en la violencia. Sin embargo, por falta de voluntad para el cambio, los acusados continúan resultando inocentes.

Aquí menciona la maestra de California el caso de una joven estudiante jamaicana que fue sodomizada por tres estudiantes blancos, quienes la emborracharon, los cuales después de comprobarse su "responsabilidad" y de ser investigados fueron encontrados inocentes porque la muchacha no denunció oportunamente el suceso, porque voluntariamente acudió al dormitorio de uno de los muchachos, además no se resistió y como consecuencia del consumo de intoxicantes se desmayó, por lo cual nunca pudo hacer evidente su consentimiento. El jurado argumentó inconsistencia en las declaraciones de la víctima, ya que ésta no dijo cuánto había bebido, si estaba parada o sentada, y posiblemente por la idea cultural generalizada de la que se habló antes, de la "lujuria femenina" y la "promiscuidad de la mujer negra", se concluyó que la chica consintió en lo que le pasó.

En el estado de California se hicieron reformas referentes al consentimiento, nos informa la investigadora: éste se redefinió para requerir una cooperación positiva dirigida al ejercicio libre de la voluntad, dado libre y voluntariamente. También menciona que una relación previa, o por haber salido antes, no es suficiente para constituir consentimiento. En la definición de violación se incluye la coacción (*duress*) que se entiende como una amenaza directa o implícita de fuerza, violencia, peligro, opresión [pena o injuria (*hardship*)] o retribución suficiente que coaccione a una persona razonable de susceptibilidad ordinaria a realizar un acto. El total de las circunstancias, incluyendo la edad de la víctima y su relación con el acusado, son factores que se deben tomar en cuenta para valorar la existencia de la coacción (Cal. Pen. Code s. 261.2, 261.6).

La autora busca proporcionar la distinción entre violación y sexo: señala que aquél es un delito violento que no tiene nada que ver con la pasión sexual, es un acto de poder y odio; es un asalto que ataca la integridad física y emotiva de la víctima; es brutal como cualquier asalto vicioso y violento. De este modo, trata de distinguir en las mentes de muchos, entre el daño y el placer que se producen con uno u otro.

Sin embargo, reconoce ella, es muy difícil hacer entender a muchos hombres norteamericanos que existe violencia, aunque no haya huesos rotos ni daños externos visibles. Además, tampoco lo toman

seriamente debido a que es imposible describir con palabras el dolor ya que, aunque se pudiera, los hombres no tienen vaginas y no pueden imaginarlo.

Hay una crítica en el texto hacia las feministas radicales, como Catherine MacKinnon (*Toward a Feminist Theory of the State*), quienes ven a la violación como delito sexual y no como delito violento y señalan que el problema es el mismo de siempre, el control masculino del acceso y uso de las mujeres, resultado de las prácticas sexuales que privilegian la agresión física y violencia masculinas. En suma, estas feministas no alcanzan a distinguir entre violación y cópula, entre una experiencia profundamente perturbadora y otra inmensamente placentera.

El tema es difícil, pues hablar de buen sexo y de mal sexo, diciendo que cuando hay mal sexo no necesariamente hay violación y que el buen sexo tampoco tiene que ver con orgasmos vaginales y que la penetración sea absolutamente necesaria para el placer sexual de muchas mujeres no es suficiente. En una atmósfera de confianza y deseo, la actividad heterosexual, incluyendo la cópula, es una fuente de gran placer, es una experiencia de inmensa intimidad, no de invasión.

Drucilla Cornell ["Myth, Allegory, and the Feminine", *Cornell Law Review*, 75 (1990): 644, 690] (p. 167) está de acuerdo con MacKinnon en que existe dominación masculina, pero si una persona busca en el sexo una intimidad y conexión con otra (valor femenino) en vez de "libertad" de otros (valor masculino), entonces la relación sexual no es opresiva.

Por su parte, Lois Pineau ["Date Rape: A Feminist Analysis", *L.&Phil.*, 8 (1989): 235] (p. 168) señala que debe existir una sexualidad comunicativa y no contractual, ya que ésta asume que la fuerza en el sexo es consentida para evitar un vigoroso acto de rechazo. Se debe ver como una conversación formal y no como una oferta de la mafia, usando la amistad como modelo. En una conversación entre amigos, las personas se preocupan y tratan de comunicarse entre ellas. Si no se entienden tratan de esclarecer el significado de lo que dicen.

La autora señala que para que la violación sea tomada en serio, es importante que se cambie la forma de ver las cosas; por ejemplo, que no se considere *a priori* que la mujer es culpable por su propia naturaleza, que el hombre sea responsable de sus propios actos y que por esa razón muchos lo rechazarían como una opción de conducta. Termina la autora con los datos de un interesante estudio

donde demostró que el 30% de estudiantes universitarios violarían a una mujer si creyeran que no serían sancionados y 50% forzarían a una mujer a tener relaciones si pudieran salirse con la suya.

En síntesis, la conclusión de la autora va encaminada a plantear la necesidad de cambios y creencias sobre la inocencia masculina y la culpabilidad femenina, pero sobre todo a la eliminación de la tolerancia cultural en torno a la violencia en contra de la mujer y a la necesidad de tomar en serio a la violación y hacer responsables a las personas por sus actos.

Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA

PAVARINI, Massimo, "¿Menos cárcel y más medidas alternativas?", en Beloff, Mary Ana; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), *Cuadernos de la cárcel*, Buenos Aires, Ed. especial de Derecho Penal y Criminología, 1991, pp. 23-35.

El artículo se refiere a la vía italiana de limitación de la cárcel, reconsiderada sobre la base de la experiencia histórica y comparada, ya que Italia es un país que efectivamente ha podido abstenerse de la cárcel, recurriendo cada vez menos a ella para sancionar a los infractores del Código Penal.

Histórica y culturalmente las alternativas legales a la pena privativa de libertad pueden ser conducidas por algunas estrategias de fondo diferentes y, a menudo, irreconciliables entre sí. El fin reduccionista de la cárcel, afirma su autor, ha sido entendido como posible de alcanzar mediante una estrategia única de alternativas a la pena privativa de libertad. Poco se ha entendido como una práctica coherente de descriminalización y despenalización.

Tres son las necesidades fundamentales que nos llevan a esta búsqueda de alternativas a la prisión: justicia, utilidad y disciplina. La primera está motivada por las necesidades de aplicar una pena justa, y conforme con ello no todas las violaciones de la ley penal pueden ser "pagadas" con la libertad. La pena privativa de libertad puede ser —antes todavía que inútil o socialmente nociva— simplemente injusta.

Como segundo punto se propone que se busque una pena que sea más útil que la pena privativa de libertad. La pena de prisión no incide en el delincuente que ya ha violado la ley penal, y tampoco en el que todavía no lo ha hecho. Frecuentemente, más que

inútil se revela dañina porque favorece la reincidencia. En consecuencia, algo "distinto de la cárcel" debe ser intentado para que la pena sea socialmente más útil. Podríamos pensar, escribe el autor, en espacios extracarcelarios, estrategia que es perfectamente posible porque el espacio social fuera de la cárcel ha sido progresivamente invadido por instancias de disciplina social de tipo formal. Una pena que tenga contenido disciplinario y se aplique mediante modos de tratamiento en lo social por agencias profesionales, puede ser más útil a los fines de prevención especial que otra pena que, teniendo siempre contenido disciplinario, se aplique en un ámbito penitenciario.

Por último, la sanción que vaya a decidir imponer el juez u otra autoridad, deberá ser siempre una pena que tenga un contenido disciplinario, pero que quizá será más útil y, ciertamente, menos aflictiva.

Ha existido un falso concepto de medidas alternativas a la pena privativa de libertad: a cualquier medida (acortar el tiempo de la pena) para suavizar el régimen carcelario se le ha clasificado así. Quien tiene en sus manos la decisión de reducir el sufrimiento carcelario es la misma autoridad que gobierna la propia institución y juzga la conducta observada en la cárcel.

Es diferente el pensamiento de utilizar alternativas a la cárcel. Cada una de las posibles medidas tiene distinta eficacia respecto a la finalidad de emplear cada vez menos cárcel. En el sistema italiano las manifestaciones en favor de estas medidas tuvo inicio a mediados de los años setenta; posteriormente se fue radicalizando en unos diez años, ampliando las condiciones legales para recorrer vías alternativas, o bien introduciendo nuevas propuestas. Las reformas llevadas a cabo en esa época terminaron por atribuir a la ejecución penal una fuerte autonomía, por lo que el condenado puede ahora, casi siempre, ver reconsiderada su propia situación en función de valoraciones especial-preventivas o simplemente disciplinarias.

La única estrategia de alternativas, recordemos, que puede estar en condiciones de prescindir completamente de la cárcel misma comienza con el Código Penal, en el momento de legislar sobre las sanciones. El ordenamiento italiano, finaliza, contempla de manera abstracta algunas medidas alternativas de aplicación discrecional, lo que no da certeza alguna de su aplicación efectiva.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, "Proyecto modelo de reglamento de Establecimientos Penales", México, 1992, p. 49.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos no se ha limitado a enviar "Recomendaciones" a los gobiernos a fin de que corrijan deficiencias y eviten prácticas indebidas en el ámbito penitenciario, también ha intervenido en las últimas reformas que en materia penal, procesal penal y de menores infractores se dieron en nuestra legislación. Ahora nos presentan un Proyecto de Reglamento para los centros penitenciarios del país, el cual pretende evitar en lo posible que sigan sucediendo las vergonzosas situaciones que otras publicaciones sobre el tema ("Propuesta y reporte sobre el sistema penitenciario mexicano" y "Diagnóstico de las prisiones en México"), aparecidas en 1991, mostraron de los establecimientos penitenciarios del país.

El problema central de los establecimientos penales, considera la Comisión, es el de la violación recurrente de los derechos humanos elementales. Debido a ello se dan situaciones de violencia que, en la mayoría de los casos, podrían evitarse tomando medidas preventivas. Esa es la razón de que se haya organizado este cuerpo normativo alrededor del tema de la tutela de los derechos humanos. No se perdió de vista, afirma en la exposición de motivos la Comisión, que el nuevo orden penitenciario, que tendrá que seguir a la entrada en vigor de un reglamento de esta índole, implica un incremento del gasto. Por eso, optó por normas flexibles, como en el caso de los dormitorios, en el que se constriñe a los gobiernos a que las habitaciones ofrezcan el espacio suficiente para (máximo) cuatro internos.

Dividiremos esta reseña en cuatro partes. El contenido de la sección relativa al trabajo se basa en el convencimiento de que la obligación constitucional que tiene el Estado de promover la creación de empleos subsiste cuando se trata de personas privadas de su libertad, ya sean procesadas o sentenciadas, en virtud de que el derecho al trabajo no se pierde con el quebranto de la libertad (artículo 15). Es esta la primera vez que se indica que el director es el obligado a tramitar o conseguir que en los centros penitenciarios haya trabajo (artículo 17). El trabajo deberá organizarse para lograr la rehabilitación de los internos y la autosuficiencia penitenciaria.

El trabajo en las prisiones será remunerado, no obligatorio, respetuoso de la ley laboral, y no podrá ser impuesto como corrección disciplinaria. Las tareas de mantenimiento y limpieza de las instala-



ciones podrán ser consideradas como actividad laboral, si lo indica el Consejo Técnico Interdisciplinario.

Se procurará la creación de industrias o talleres rentables basada en estudios de las características de la economía local, especialmente del mercado oficial, así como de las que tenga la población del establecimiento (artículo 18). El gobierno del estado promoverá la participación del sector privado, y podrá colaborar en ello el Patronato para la Reincorporación Social de la Entidad. Un segundo apartado está formado por los derechos a la salud, a la higiene, a la alimentación, a la privacidad, a la visita íntima y a la comunicación con el exterior, que son, para la Comisión Nacional de Derechos Humanos, derechos sin cuyo ejercicio no se preserva la dignidad, y en consecuencia, no se logra la readaptación social.

Encontramos un capítulo sobre los servicios médicos (es tan mala la situación que en este campo presentan las prisiones mexicanas, que cualquier propuesta de mejoras es bienvenida) que entre otras indicaciones dispone qué hacer con los enfermos contagiosos en las prisiones. Los casos de SIDA y otras enfermedades de fácil propagación en medios cerrados como éstos, son mal atendidos en estos momentos. El artículo 34, inciso K, de este Proyecto de Reglamento solicita "un área con espacio y camas suficientes, y con los implementos, los servicios sanitarios y el material médico indispensables para que se alojen los enfermos que padezcan enfermedades contagiosas". Ellos, al igual que los inimputables y los que en cualquier momento padezcan una enfermedad mental o nerviosa, deberán ser separados, pero no incomunicados ni segregados, y tampoco podrá castigárseles con no permitirles recibir visitas.

Se dará especial apoyo a las actividades encaminadas a resolver problemas de alcoholismo o de neurosis. Se buscará la participación de grupos de alcohólicos y neuróticos anónimos o sus similares. Les faltó mencionar a los adictos a las drogas. Y sería interesante advertir que la participación en estos grupos debería ser impuesta por el juez, o bien, considerársele parte del tratamiento rehabilitador y, por tanto, volver obligatoria su asistencia.

Un tercer apartado corresponde al Consejo Técnico Interdisciplinario y sus funciones asignadas. Se delinear las características profesionales mínimas de sus integrantes y se le otorgan amplias facultades en cuanto a la regulación de las actividades en los reclusorios. El Consejo ahora tiene injerencia en asuntos cotidianos, como por ejemplo, permitir que la limpieza de los establecimientos la lleven a cabo algunos internos, opinar si ciertas visitas pueden ser considera-

das criminógenas, o hablar con la familia de los internos para averiguar por qué no los visitan. A las sesiones del Consejo podrán asistir miembros de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

En el aspecto del régimen disciplinario (cuarto apartado), encontramos el catálogo de infracciones al reglamento y sus posibles sanciones. Las primeras están divididas en muy graves, graves y leves. Las segundas sólo puede imponerlas el director del establecimiento, después de cumplir un procedimiento que permite al infractor defenderse y que le obliga a escuchar la opinión del Consejo Técnico Interdisciplinario. Antes de aplicar la sanción se le concede al interno un plazo de 48 horas para inconformarse (artículo 88).

Son consideradas infracciones graves, entre otras conductas: *a*) participar en motines; *b*) agredir a alguna persona; *c*) oponer resistencia al cumplimiento de órdenes; *d*) intentar, facilitar o consumir la evasión; *e*) inutilizar las instalaciones o equipo de trabajo, causando con ello daños de elevada cuantía; *f*) divulgar noticias o datos falsos con el fin de menoscabar la seguridad de los establecimientos, si se consiguen estos fines; *g*) ofrecer o entregar dádivas al personal del establecimiento; *h*) traficar con bebidas alcohólicas, estupefacientes u otras drogas; *i*) embriagarse o intoxicarse; *j*) poseer, fabricar, traficar con armas, y *k*) organizar grupos de poder y control. A los autores de estas conductas se les podrá aislar en celda por un lapso no mayor de 5 días y de 15 en caso de reincidencia. El aislamiento lleva consigo la suspensión de todo tipo de contacto con el exterior y con cualquier persona del interior, excepto el abogado, el médico y el sacerdote, por el tiempo indispensable para cumplir con el fin de la visita. Deberá el aislado ser visitado diariamente por el médico, quien está obligado a prestarle auxilio médico y a denunciar cualquier anomalía. Si el médico lo considera necesario podrá pedir al director (por escrito) que suspenda o suavice el aislamiento. Las habitaciones a este fin destinadas deberán tener un área aledaña para que los internos caminen o realicen, alguna actividad física en soledad. Por ningún motivo el aislamiento debe ir acompañado de la suspensión de los alimentos y del agua potable (artículo 82).

Otras disposiciones llamativas de este reglamento modelo son las siguientes:

A) Respecto del personal, encontramos nuevas exigencias en el proceso de selección y ascensos. Igualmente se prevé un programa de estímulos y recompensas. Será condición indispensable para la obtención de un cargo y la permanencia en él, tomar todos los cursos que se organicen. Está expresamente prohibido (artículo 65) con-

tratar a miembros de las fuerzas armadas o de cuerpos policíacos (agrego yo que se debe incluir a los que hayan pertenecido a ellos).

B) En los establecimientos penitenciarios deberá darse facilidades (artículo 10) a las comisiones Nacional y Estatal de Derechos Humanos para que actúen en el ámbito de su competencia; permitirse a sus representantes, en todo momento, el acceso a cualquier área. Del cumplimiento de esta disposición son responsables los directores y quienes funjan, en sus ausencias, como sus representantes.

C) Como novedad aparecen las disposiciones relativas a la preliberación. Se reconoce que en esta nueva etapa del tratamiento, el régimen debe modificarse, quedando incluidas entre otras cosas: un alojamiento en zona distinta, continuar con las actividades laborales y educativas; participar junto con sus familias en las nuevas actividades que ayudarán a su reingreso a la sociedad; gozar de mayor libertad dentro del establecimiento, de permisos de salida o de un régimen de semilibertad, y obtener asistencia posinstitucional. Se recalca la importancia en este periodo de los patronatos de ayuda a liberados, y la necesidad de que los directores de penales vigilen constantemente su funcionamiento.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

ROMANO, Mario, "«Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, vol. 31, fasc. 1, enero-marzo de 1992, pp. 39-53.

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

El merecimiento de pena y la necesidad de pena, pues, suelen mencionarse en la bibliografía a propósito de casi todos los temas de la teoría del delito: de las condiciones objetivas de punibilidad a las causas de impunidad; de la tipología de los delitos a los delitos

culposos; del exceso en la legítima defensa a la tentativa inidónea; de las causas excusantes al desistimiento voluntario; del concurso de delitos a la prescripción de la acción penal y, por cierto, de la conmisuración penal en sentido estricto a la conmisuración penal en sentido lato. La invocación de estas categorías, dice muy precisamente Romano, se hace en cuanto importan criterios de interpretación, de verificación y de corrección de los sistemas penales positivos.

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

Tres tesis diversas postulan la inclusión de las dos nuevas categorías entre los niveles o grados de la infracción:

1) Para la primera, el merecimiento de pena traspasa toda la teoría general del derecho penal e interesa a todas las fases del delito, desde el momento prelegislativo hasta la conmisuración penal. Expresiones de ese merecimiento pueden encontrarse fuera de los tipos de delito, y dentro de ellos junto a la antijuridicidad y la culpabilidad, como factores "agregados", constituyendo el cuarto nivel o grado. Tal es el caso de la presencia de condiciones objetivas de punibilidad afirmativas de un disvalor que no se comprende en los niveles anteriores, y de ausencia de esas condiciones, que, al excluir el merecimiento de pena, excluyen la responsabilidad (Schmidhäuser).

2) Para la segunda, antijuridicidad y culpabilidad, por una parte, y pena, por otra, están profundamente separadas, como que la mayoría de los ilícitos culpables (civiles, administrativos, etcétera) no aparejan una pena: para que ésta se conmine se requiere algo más que en ella misma se contiene como autónomo disvalor ético-social, expresado en el merecimiento de pena (Langer).

3) Para una tercera, en fin, las tres categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, núcleo "irrenunciable" de todo delito, son demasiado abstractas y, por ello, no logran dominar el material jurídico presente en el Código Penal; antes bien, proceden a nivelar

los multiformes perfiles político-criminales de los singulares tipos delictivos. A fin de que el hecho merecedor de pena sea un hecho "necesitado" de pena, es menester, además, que la tutela penal sea idónea y necesaria y que la intervención penal no acarree alguna consecuencia colateral desproporcionadamente dañosa. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad son, pues, los tres requisitos de la categoría de la "necesidad de pena", que junto a la de "merecimiento de pena" expresado en la antijuridicidad y la culpabilidad, conforma un *autónomo presupuesto material* del delito (Schünemann).

Obsérvese que las tres tesis son de procedencia alemana. Por comodidad expositiva, el autor italiano comienza por refutarlas en un orden inverso a aquel en que las expone en su artículo, orden al que nos hemos atendido en esta reseña.

Romano hace notar agudamente que si es indispensable concretar y sistematizar los elementos constitutivos de cada tipo de delito, como postula Schünemann, ello no es suficiente para construir con ellos un cuarto nivel o grado, fuera de los tres ya clásicos, además de que antijuridicidad y culpabilidad resultarían así despojadas de su contenido significativo. A la tesis de Langer se opone con el fuerte argumento, entre otros, de que en la gran mayoría de los casos todo lo que aparece en la descripción legal del tipo singular individualiza lo que se prohíbe e implica las razones de fondo que el legislador tiene para prohibirlo, de donde aparece innecesario hacer con esa sustancia el contenido de dos nuevas categorías. De la tesis de Schmidhäuser recoge la función vasta que aquél atribuye al merecimiento de pena, pero se la asigna también a la necesidad de pena, y entra luego a argumentar sobre todo en torno de las condiciones objetivas de punibilidad. De su concepto quisiera él ver segregadas, primeramente, las condiciones objetivas de procedibilidad, pertenecientes no al derecho penal sino al procesal penal, de modo de estructurar como elementos constitutivos del delito (con las correspondientes consecuencias respecto de la culpabilidad) sólo aquellos factores que contribuyen a la ofensa del bien jurídico protegido por la norma, y nada más. Para Romano, el delito como materia *penalmente* prohibida, de intenso contenido negativo, es una ilicitud que a la vez *merece* pena y *ha menester, necesita* de la pena. La ley podrá requerir algo más para la punibilidad de la ilicitud culpable o excluir la punibilidad frente a aquélla, pero ello acaecerá sólo a causa de perfiles "externos" que no condicionan ni eliminan el "disvalor criminal" ya expresado en el ordenamiento. No hay pues, espacio au-

tónimo en la teoría del delito para el merecimiento y la necesidad de pena como cuarto nivel o grado del delito mismo.

Álvaro BUNSTER

## DERECHO PROCESAL

MENDOZA, Roberto y QUARTO, Paolo, "La legittimazione delle associazioni ambientaliste nei giudizi per danno ambientale", *Critica del Diritto*, Roma, año XVII, diciembre de 1991, pp. 6-16.

El artículo cobra relevancia en nuestro país y a nivel mundial, ya que algunos de los nuevos actores en la escena internacional en materia de la negociación de los problemas ambientales son los grupos ecologistas, denominados también organizaciones no gubernamentales.

Los organismos no gubernamentales tuvieron una carta de negociación importante en la reciente reunión de Río de Janeiro en junio de 1992, en la Cumbre de la Tierra; inclusive organizaron un foro alternativo denominado Global Forum, que paralelamente a la cumbre oficial daba las propuestas de la sociedad civil.

Uno de los temas debatidos en la Tienda 22 del Global Forum, que era la encargada de analizar los aspectos del derecho ambiental, fue precisamente el reconocimiento legal y procesal de las asociaciones ecologistas o ambientalistas, este tema fue preocupación de los juristas de todo el mundo que ahí se encontraban reunidos; es por ello que consideramos que el presente análisis es importante para seguir la línea de discusión de estos temas.

Los autores señalan, en primer término, generalidades en torno a la tutela de los intereses colectivos, que en materia ambiental surge primordialmente como un ámbito de competencia estatal con ciertas posibilidades de coordinación con agentes sociales que finalmente comparten el interés colectivo. En el caso italiano, el Ministerio del Ambiente es el antecedente directo de este tipo de coordinación.

En los años setenta los intereses ambientales y las disputas entre intereses en conflictos se dirimieron fundamentalmente en el área administrativa; los recursos administrativos son la fuente procesal directa, sin embargo quedaba fuera la defensa de los llamados intereses