

REVISTA DE REVISTAS

Derecho penal. . . . . 524

de derecho mercantil; "Derecho mercantil", en *Introducción al derecho mexicano*, t. II, y la *Empresa en el derecho mercantil italiano, su influencia en el derecho mexicano*. Bauche García, Diego, quien por cierto dio a su trabajo el título de *La Empresa*. En material laboral la consideraron: De la Cueva, *Nuevo derecho del Trabajo*, t. I; Muñoz Ramón, *Derecho del trabajo*, t. I. En derecho público: Fernández Ruiz, *El estado empresario*. Secretaría del Trabajo, *La empresa pública en México, factor de desarrollo económico y social del país*. Witker, *La empresa pública en México y en España*. En derecho pesquero la atendió Torres Córdoba, *Empresas comunes pesqueras*. En administración de empresas la observó Ackoff, R., *Planificación de la empresa del futuro*; Lucas Ortueta, Roj de, *Organización científica de la empresa*. En Contabilidad, la advirtió González Hernández *et al.*, *Holdings*.

Reflexión interesante la del doctrinario Torres y Torres Lara que nos promete ampliar en un futuro, con motivo de su publicación en la *Enciclopedia Jurídica Omeba*.

El reto permanece particularmente para los juristas, pues al parecer hasta ahora, no se ha logrado estructurar una adecuada doctrina jurídica, ni una legislación precisa y sistematizada sobre organización tan singular, aun cuando el Código de Comercio francés de 1808 ya la recogía (artículos 632 y 633).

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA

## DERECHO PENAL

BARBERO SANTOS, Marino, "El respeto de los derechos humanos: grandeza y servidumbre de la actividad policial", *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Palma de Mallorca, España, núm. 11, 1985, pp. 27-43.

El artículo se refiere a la actividad policiaca, comenzando por su origen y la evolución en dicha institución. El origen de la policía en sentido moderno —función eminentemente preventiva— aparece en Inglaterra con el *Metropolitan Police Act* de 1828, obra del inglés Robert Peel; a partir de éste se organizó la policía en diversos Estados. La policía

profesional y jerarquizada sustituyó en muchas de sus funciones al ejército y a los guardianes que se encargaban de mantener el orden.

El siglo XX es de desarrollo de la policía; así, nos dice el autor, las funciones que en España le asignaron en la Ley de Policía de 4 de diciembre de 1978 fueron:

Mantener y restablecer el orden público y la seguridad de los ciudadanos, garantizando el ejercicio de sus derechos y libertades y cuidando de la estricta observancia del ordenamiento jurídico.

Evitar la comisión de hechos delictivos y, de haberse cometido, investigar, descubrir y detener a los presuntos culpables y recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito poniéndolos a disposición de la autoridad judicial competente.

Prestar auxilio en caso de calamidades públicas y desgracias particulares, colaborar con las instituciones y organismos de asistencia pública y ayudar, a petición de las partes, al arreglo pacífico de las disputas entre los sujetos privados.

Entre los temas que aborda el artículo está el de la tortura como actividad común por parte de los cuerpos policíacos. El tormento como parte integrante del procedimiento penal aparece en la Edad Media, pero a partir de los últimos años, por acuerdo entre países, con base en instrumentos internacionales, reforzados por otros nacionales, se intenta que aquélla desaparezca de entre los métodos policíacos. El reconocimiento internacional de los derechos humanos aparece por vez primera en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, cuando reconoce que

nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Nadie puede ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

La Constitución española consagra los derechos y libertades básicas, sin que permita la práctica de la tortura o los tratos inhumanos o degradantes. Obliga a que la detención preventiva no dure más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, y que, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. Igualmente se garantiza la asis-

tencia del abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales. El reconocimiento a nivel constitucional de estos derechos fundamentales de la persona, no sólo constituye un límite infranqueable a la actividad de la policía, sino que requiere de ella una actitud de garantizarlos. Es en este sentido que se habla de la servidumbre de la actividad policial, como un obstáculo insuperable a su ejercicio, y finalmente terminar con aquel principio de que el fin justifica los medios. Un Estado democrático, como lo es el español, se caracteriza por implantar los mecanismos para un equilibrio armonioso entre el ejercicio de los poderes indispensables para el cumplimiento de las misiones de la policía, y el derecho del ciudadano a ser protegido contra los eventuales abusos cometidos en el ejercicio de estos poderes. Y esta protección abarca las tres esferas que configuran los poderes del Estado y la esfera de la policía. Respecto de esta última, el autor expresa que de la propia policía se requiere: a) métodos apropiados de selección y formación del personal, a los que ha de exigirse licenciatura en derecho, b) desmilitarización y configuración como servicio público desprovisto de carácter militar, c) ofrecer una nueva imagen de servicio al ciudadano.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Criminalidad y medios de comunicación de masas", *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. III, núm. 4, octubre-diciembre de 1985, pp. 81-97.

El artículo que se reseña es una conferencia dictada por el profesor chileno Juan Bustos, en la ciudad de México, sobre la influencia de los medios de comunicación de masas en la criminalidad. Comienza explicando las dos principales direcciones que han tomado las investigaciones sobre el tema. La tradicional, los considera causa que desencadena una reacción determinada en el destinatario, y la segunda los descubre como un medio de control social, en un sentido amplio.

Entre la teoría tradicional y la actual, hay posiciones intermedias. Hubo una época en que se les utilizó con un criterio manipulativo, después se atendió a la idea de que el auditorio era libre para elegir la información que deseaba y por lo tanto no había nadie engañado, ni manipulado. Siguió el desarrollo y se consideró a los medios de comu-

nicación satisfactorios de lo que la mayoría entendía, y todo aquel que no comprendía el mensaje como era esperado, pertenecía a una minoría de desviados.

Esto demuestra la complejidad que encontramos en el tema, además que no podemos olvidar que son una empresa, con fines lucrativos o no, según estemos pensando en el sistema capitalista o es uno diferente donde los medios de comunicación los maneje el Estado, y la información es considerada una mercancía, sujeta a las leyes del mercado. A los trabajadores de estas empresas se les impone una censura, conforme a la línea de los directores.

En cuanto a su relación con el fenómeno de la criminalidad, el autor explica que durante mucho tiempo se aseguró que existía una relación causal explicativa, queriéndose demostrar que el delito (efecto) se debía al mensaje recibido (causa), y por ello en el año 1851 en la Gran Bretaña, el Teatro Popular fue acusado de ser el causante del aumento en la tasa de la criminalidad entre los jóvenes. Muchas fueron las investigaciones que para confirmar o negar esto se realizaron, y diversas las hipótesis que de ellas surgieron. En forma breve mencionaremos las siguientes: *a)* la hipótesis de la catarsis, expone a los medios de comunicación como medio de escape a la propia agresividad individual, y de esta forma se evitan actos violentos propios; *b)* las que explican que los espectadores se identifican con el actor y copian su conducta; *c)* la estimulativa afirma que nos enseñan a tener una determinada respuesta ante ciertos estímulos, a fuerza de ver esa reacción en la televisión; *d)* la idea de que los medios desensibilizan ante la constante exhibición a la violencia ficticia, y *e)* la de la inhibición afirma que ellos impiden la demostración de expresiones agresivas.

Ante la variedad de hipótesis resulta difícil saber cuál de ellas es la que realmente se produce en los espectadores, además de que el efecto no será el mismo ante todas las personas que son sujetos pasivos de un medio de comunicación masivo. Lo que sí ha podido establecerse es una cierta relación entre la violencia juvenil y la violencia televisiva, porque los jóvenes son fácilmente influidos por ejemplos, lecturas, etcétera.

Las nuevas corrientes que investigan la función de los medios de comunicación masiva, están enfocadas a considerarlos como vehículo de una ideología de control. Han contribuido a mantener estereotipos, entre ellos el del criminal malo, muy malo, sucio, físicamente no agraciado, que aparece para hacernos perder la estabilidad y la confianza

en nuestra comunidad, y el de la víctima, inocente siempre, que no merecía ser atacada; se le ve siempre sufriendo por la conducta agresiva de un sujeto sin sentimientos. Esta es la forma en que comúnmente la televisión y los diarios nos entregan la noticia criminal, sirviendo de esta manera al mantenimiento de modelos de conducta esperada; por ejemplo, se espera de los sujetos involucrados en un delito, una conducta paciente y resignada. La exhibición de ciertas actitudes ante determinados hechos, en forma continua, para gente de todas las edades y condiciones sociales, económicas y culturales, forzosamente influye en algunas personas más que en otras, por lo que es razonable pensar en que hay relación entre los medios de comunicación masiva y la criminalidad, ya sea, para su comisión, para prevenirlos, o para provocar un rechazo social de la mayoría.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

GONZÁLEZ RUS, Juan José, "Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, núm. 12, septiembre de 1984, pp. 107-161.

En este artículo se hace un estudio de los llamados delitos informáticos, aunque el autor, cuidando el rigor jurídico aun por encima del académico, los menciona a nivel de "ilícitos informáticos" (hay que recordar que si dichas acciones no están contempladas en un tipo penal, es entonces que el rubro "delitos" es jurídicamente inexacto y quizá de aquí que el autor hable de "ilícitos").

Lo cierto es que, independientemente de las denominaciones alusivas, el profesor granadino nos clasifica dichos comportamientos en atención a los siguientes temas bien diferenciados:

1. Atentados y peligros para la intimidad derivados de la formación y explotación de bancos de datos personales.
2. Uso abusivo de los equipos e instalaciones informáticas y en particular el llamado "hurto de tiempo" (robo de tiempo) derivado del uso de la computadora por persona autorizada pero para su propio beneficio.
3. Introducción de datos o registros fraudulentos.
4. Alteración o destrucción de informaciones o ficheros.

5. Sustracción o divulgación de informaciones, ideas, proyectos, etcétera, contenidos en la computadora.

6. Tutela del *software*.

7. Transferencias fraudulentas de dinero, instrumentos de crédito, propiedades, etcétera, mediante la manipulación de la computadora que interviene en la gestión de operaciones financieras, bancarias, etcétera.

8. Repercusión penal de la falsificación o alteración de los datos contenidos en la computadora o de los informes generados, especialmente en lo relativo a su consideración como documento y su validez probatoria.

9. Violación por parte de los encargados del proceso electrónico de datos, de la obligación específica del secreto informático.

Luego de hacer un análisis relativamente detallado de dichas manifestaciones, el autor considera que mientras los delitos contra los elementos físicos del sistema como "cosas muebles" que son, reciben el mismo tratamiento que cualquier otra cosa susceptible de apoderamiento, destrucción o inutilización (incluidos el robo de uso, atípico en todo caso), los elementos lógicos como los archivos y programas encuentren dificultades insalvables para ser protegidos penalmente, dada la concepción del objeto material. Por otro lado, los archivos, programas y la información que contienen, en cuanto flujo electromagnético, no pueden ser considerados cosa mueble susceptible de integrar el objeto material de los delitos de apoderamiento, por lo que la copia o la transmisión fraudulenta de los mismos resulta atípica. La distinta concepción del objeto material del delito de daños bajo las leyes españolas, sí permite, en cambio, considerar punibles la destrucción o inutilización de los elementos lógicos.

Los intentos por "aplicar" otras figuras delictivas para llenar las lagunas jurídicas ofrecen igualmente resultados poco satisfactorios, e incluso aspectos tales como los programas de cómputo (*software*) se encuentran totalmente desprotegidos por ni siquiera estar incluidos dentro de la propiedad intelectual.

Igualmente atípicos resultan los delitos cometidos por medio de sistemas informáticos, por lo que la necesidad de introducir tipos penales específicos o modificar la regulación tradicional de las figuras de apoderamiento de manera que sean capaces de contemplar supuestos de esta naturaleza es invariablemente una labor inaplazable.

MANTOVANI, Ferrando, "Problemi penali delle manipolazioni genetiche", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, Nueva Serie, año XXIX, fasc. 3, julio-septiembre de 1986, pp. 653-680.

Es incontestable que la *ingeniería genética*, esto es, la posibilidad de transferir porciones del patrimonio hereditario de un organismo viviente a otro, ha abierto la puerta a la modificación programada del patrimonio genético de una célula y, con ello, del organismo a que la célula pertenece; por tanto, la ha abierto a la modificación programada de las características biológicas no sólo de las bacterias y otros organismos unicelulares, sino también de organismos pluricelulares, como plantas y animales, cual anfibios (ranas), sino también de mamíferos (ejemplo: ratas y conejos); e incluso, la ha abierto a la construcción de nuevas formas de seres vivientes.

Esto comporta la posibilidad de mejorar la calidad de la biosfera en que el hombre vive y la salud del mismo. Abre posibilidades en el plano industrial y agrícola a la producción alimenticia, la energía y las materias primas; en el plano médico-farmacológico hace posible la obtención de preciosas proteínas humanas y animales; en el plano de la llamada terapia de los genes promete tratamiento o eliminación de ciertas enfermedades transmitidas genéticamente; surgen perspectivas para la lucha contra el cáncer por el descubrimiento de los "oncogenes", a los que parece caber el papel de transformar células normales en neoplásticas.

Pero frente a estos desarrollos la opinión pública y las ciencias morales y jurídicas no han podido menos de ver los peligros que se ciernen de usarlos, *no en favor del hombre sino contra el hombre*, modificando sus rasgos biológicos y su comportamiento para hacer que unos destruyan a otros. Al respecto se busca reglamentar los experimentos de ingeniería genética, amenazar bajo pena las experiencias no notificadas previamente, realizar conferencias internacionales de bioética, etcétera.

Al analizar las posibilidades y riesgos de la ingeniería genética, cabe preliminarmente no confundirla con otras manipulaciones, como la inseminación artificial en el útero o las *manipulaciones germinales* o fecundación *in vitro*, que no se dirigen a la transformación del patrimonio hereditario del hombre. Por lo que hace directamente a aquellas posibilidades y sus correspondientes riesgos, cabe distinguir: a) las manipulaciones en organismos unicelulares; b) las manipulaciones gené-

ticas sobre el hombre, y c) las manipulaciones dirigidas a la construcción de nuevos seres vivientes.

a) En cuanto a los riesgos biológicos en la manipulación de organismos unicelulares, se ha planteado la cuestión de que si no existiría el peligro de que una bacteria, de otra manera inocua, pudiera, al ser manipulada, transformarse en un germen altamente patógeno para la especie humana, capaz de dar inicio, al escapar a todo control, a espantosas epidemias no susceptibles de terapia con los medios disponibles conocidos. No lo temen así los biólogos, por numerosas razones ligadas a esta clase de procesos. Mantovani divisa graves límites e insuficiencias en el derecho represivo de hoy para perseguir el hecho en el caso de que la epidemia se produjese, ya que ni siquiera la culpa sería de comprobación fácil. Más fructuosa le parecería la promulgación de un ordenamiento legal o reglamentario dirigido a evitar las epidemias imponiendo una disciplina muy completa de normas cautelares.

b) Relativamente a los riesgos biológicos de manipulaciones genéticas en el hombre nacido o por nacer, con finalidad terapéutica, terapéutica-experimental o experimental pura, ellos parecen no ser actuales ni inmediatos. En este respecto cabe mencionar especialmente, sin embargo, las operaciones de ingeniería *in vitro* sobre células germinales antes de la fecundación, y entre ellas, por supuesto, la *clonación*, que ya se ha efectuado en plantas, en anfibios y, posteriormente, en mamíferos. El riesgo biológico en este caso, como lo han advertido las recomendaciones del Consejo de Europa, consiste en la programación y reproducción "totalitaria" de seres humanos en serie, todos iguales genéticamente, todos superhombres o serviles, todos físicamente muy fuertes pero estúpidos, o todos superinteligentes, y así por delante.

c) Los riesgos biológicos de la creación de nuevas formas de seres vivientes se divisan en el hecho de que si se continúa mezclando genes humanos y genes no humanos, se podría en el futuro llegar a combinar con genes animales genes humanos que controlan las cualidades más típicamente humanas, como la vida psíquica, y, en consecuencia, a construir seres vivientes con caracteres animales y humanos. Se practica en ciertos países la fusión de células de huevo y de semen humanas y animales (por ejemplo, con propósitos de diagnósticos, ello es, para conocer la capacidad de penetración y el complemento cromosómico del esperma). Pero ya se enuncian hipótesis de nuevas unidades vitales, que serían el fruto de la fusión de genes humanos y genes de animales

superiores, lo que plantearía el problema de si se trata de vida humana o animal.

Mantovani hace frente a los riesgos de que la ingeniería genética se desenvuelva *contra* y no *a favor* del hombre recurriendo a los principios jurídicos que, en vez de racionalizar el pasado, sirvan para programar el futuro. Estos son los grandes principios de la tutela de la persona humana. No son, por cierto, los que responden a una concepción *utilitarista* del hombre, que lo ven como *hombre-cosa*, *hombre-masa* y *hombre-medio* y que lo hacen objeto de la más amplia disponibilidad pública a título de eutanasia eugénica, económica o sanitaria, incluso con su propio consentimiento. Son, en cambio, los de una *concepción personalista*, que lo ven en su valor ético, como *hombre-valor*, *hombre-persona*, *hombre-fin* y que consagran la indisponibilidad de la persona humana, de donde derivan, como subprincipios, los de: *a.* la salvaguardia de la vida, integridad física y salud del sujeto; *b.* la salvaguardia de su dignidad; *c.* la salvaguardia de una igual dignidad, y *d.* la salvaguardia del consentimiento.

El subprincipio de la salvaguardia de la vida, integridad física y salud del sujeto es inferible del artículo 32 de la Constitución italiana e impone que toda intervención médico-quirúrgica de alcance genético sea lícita en cuanto sea *útil* para la vida, la salud y la integridad física del sujeto, o, en todo caso, no dañosa. De este subprincipio derivan varios corolarios que, por supuesto, aquí se indican muy sucintamente.

Primer corolario es que la actividad terapéutica es lícita mientras subsiste la relación de proporción entre ventajas y daños posibles para la salud del paciente, en el sentido de que las primeras deben superar a los segundos sobre la base de la mejor ciencia y experiencia médica en el dado momento histórico. Un segundo corolario es el de que la experimentación terapéutica procede cuando subsiste la necesidad terapéutica de la intervención, siendo enfermedad no tratable de otro modo y la última esperanza terapéutica frente a una muerte cierta a distancia de tiempo más o menos breve. Un tercer corolario es que la experimentación científica o pura se admite si y en cuanto no comporte un daño o peligro de daño permanente a la integridad física y a la salud del sujeto. Un cuarto corolario concierne a la remoción de muestra de una persona viva con fines de trasplante, que es lícito si no comporta una disminución permanente de la integridad física (sangre, tejidos, etcétera), con la consiguiente prohibición tanto respecto de los órganos únicos como de los dobles, salvo la excepción en Italia, a partir de

1967, de los riñones. Un quinto corolario atañe a la disponibilidad de partes del cadáver, que es lícita si se trata de muerte cerebral irreversible y cierta. Y un sexto y último, tratándose de la ingeniería genética, es la afirmación de licitud de las *intervenciones de carácter terapéutico*, es decir, en favor de la vida y salud del sujeto en cuanto tienden al tratamiento y eliminación de enfermedades transmitidas genéticamente. *Contrario sensu*, queda a la vez afirmada la ilicitud de las *intervenciones genéticas no terapéuticas*, vale decir, que comportan un daño o peligro de daño para la integridad física, la salud y la vida del sujeto, indiferentemente de que la intervención se efectúe en el hombre nacido, en el feto o el embrión en el útero, en el embrión o las células germinales *in vitro*, toda vez que tal daño se manifieste en seguida en el sujeto nacido. En el plano penal pueden utilizarse las comunes figuras de homicidio o lesiones, dolosas o culposas. Dicho brevemente, la introducción de nuevo material genético se efectúa, y en eso concuerdan los propios cultores de la ingeniería genética, sólo cuando deba corregirse un defecto genético respecto de sujetos privados del material sobredicho o que lo posean estructuralmente alterado. Este límite fundamental es la garantía contra el uso de genes para modificar personas genéticamente normales o no normales, y la transformación del médico en "seleccionador genético".

Al anterior subprincipio de la salvaguardia de la vida, integridad física y salud de la persona humana viene a agregarse el de su dignidad. En virtud de éste es ilícito el transplante del cerebro, la conservación de la vida de la cabeza aislada del cuerpo, la hibernación de un sujeto aún vivo, el tratamiento de reanimación sobre un sujeto muerto cerebralmente de manera irreversible, la psicocirugía dirigida a alterar la personalidad, las manipulaciones genéticas sobre el hombre que se concretan en la transferencia de genes a células ováricas fecundadas o en la reproducción de individuos en serie (clonación), la construcción de nuevos seres vivientes con la combinación de genes humanos y animales, el alquiler de la mujer para fines reproductivos, el experimento sobre embriones humanos vivos, y sobre embriones *in vitro* obtenidos deliberadamente por fecundación extrauterina para fines de experimentación o investigación. Es fuera de duda que la salvaguardia de la vida y la salud del concebido (que no es un objeto sino un individuo humano del que no cabe disponer) es un principio del derecho italiano y de la mayoría de los ordenamientos modernos.

Un tercer subprincipio, el de la igual dignidad de los sujetos hu-

manos, se opone a la discriminación en materia de experimentación, remoción de órganos, etcétera, en términos de poder utilizar para tales efectos a condenados a muerte, a presidiarios, moribundos, viejos, enfermos mentales, negros, personas pertenecientes a civilizaciones retrasadas, etcétera. Ese mismo principio se opone a la creación programada, a través de la selección genética, de discriminaciones entre individuos, sean ellos hombres inferiores o superhombres.

Por último, el subprincipio del consentimiento del sujeto que se sitúa en el centro de la actividad médico-quirúrgica, donde deben prevalecer los derechos del paciente por sobre los deberes del médico, conduce a rechazar, por una parte, las intervenciones que en nombre del progreso se hacen al margen de dicho consentimiento, y, por otra parte, la invocación de un deber de curarse, frente al cual, en el plano jurídico, debe en verdad admitirse el derecho a no curarse, a descuidarse, a dejarse morir. Pero aun supuesto el consentimiento es ilícita la intervención médico-quirúrgica cuando supera los límites de la salvaguardia de la vida, la salud, la integridad física y la dignidad humana.

El problema de la inseminación artificial y de la fecundación *in vitro* con implantación posterior en el útero presenta la colisión del interés del sujeto por tener un hijo y el llamado derecho de éste de tener padre y madre. El conflicto puede resolverse: *A.* legalizando sólo la inseminación homóloga, en que prevalece el derecho del nacido a tener dos padres y, además, el interés en la coincidencia de la paternidad legal y la natural, genética; *B.* liberalizando la inseminación artificial, homóloga y heteróloga, matrimonial y extramatrimonial, solución que privilegia indiscriminadamente el interés individualista del sujeto a la filiación, con sacrificio del derecho del hijo a tener dos padres, y *C.* legalizando la inseminación homóloga y heteróloga, pero matrimonial, es decir, en mujer casada, con consentimiento del marido, con reconocimiento del *status* de hijo legítimo del nacido (aunque sea de semen diverso al del marido) y exclusión de cualquier derecho sobre el nacido por parte del donante extraño. Esta solución intermedia, que procura conciliar el interés en tener un hijo con el de éste de tener padre y madre, aunque con sacrificio de la identidad de la paternidad legal y de la natural, parece la más aceptable, tanto por razones antropológicas-filosóficas como por la inmanencia de la protección a la infancia en el ordenamiento jurídico, protección difícil de armonizar con la preconstitución de "huérfanos" de padre.

Estas y otras cuestiones se exponen y debaten en esta rica contribución de Mantovani en un área en que ha demostrado reiteradamente su versación y perspicacia.

Álvaro BUNSTER

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando, "Culpabilidad, peligrosidad y pena", *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, vol. VIII, núms. 27-28, 1985-1986, pp. 117-133.

Este artículo lo dedica su autor a los fallecidos maestros Alfonso Reyes Echandía y Emiro Sandoval Huertas, a quienes refiere palabras de admiración y cariño.

Comienza a desarrollar el tema explicando que entre culpabilidad, peligrosidad y pena hay una relación de la que la teoría y la práctica nos hablan todos los días, sin que pueda admitirse realmente esa unión, puesto que los dos primeros se repelen. Podría admitirse un cierto ligamen entre culpabilidad y peligrosidad, pero no así con el concepto de pena.

Partidario de la idea de la abolición del derecho penal y lo relativo a éste, reconoce que por el momento la única actividad posible es limitar su uso, y escoger de entre las penas, la menos gravosa. Sin embargo, es muy común el aumento de represión basado en una mezcla de culpabilidad, peligrosidad y pena. Sus referencias están basadas en la ley, doctrina y jurisprudencia colombiana. Reproduciremos aquí los siguientes conceptos acerca del derecho penal y su único cimiento: la culpabilidad.

1. El derecho penal de autor supone castigar a las personas por lo que son y no por lo que hacen. Es rechazado por todas las legislaciones modernas. En cambio el derecho penal de actos se sostiene en la culpabilidad; sanciona para mantener el principio de seguridad jurídica, y es principio fundamental de la filosofía liberal.

2. El principio de culpabilidad nos indica que no cabe imponer pena si la acción no es reprochable al autor. Este principio tiene argumentos a su favor lo mismo que en su contra. Lo que es incuestionable es que escogiendo entre peligrosidad y culpabilidad el derecho penal debe regirse por el principio de culpabilidad, mientras no surja una mejor solución.

3. La peligrosidad equivale al derecho penal de autor, en cuanto se dice que es peligrosa por determinadas características físicas, psíquicas, sociales, culturales o políticas y que constituye un riesgo para la colectividad en razón del delito que pueda cometer o repetir. Por lo tanto no debemos imponer una pena basándonos en la predicción de la criminalidad futura.

4. En cuanto a las penas, el autor da múltiples argumentos en su contra, acusándola de no resolver problemas, sino al contrario, de generarlos y mantenerlos. Para lo único que sirve —dice— es para que quien tiene en sus manos el poder de criminalización (en sus fases de definición, aplicación y ejecución) la utilice en detrimento de los desprotegidos.

5. Responsabilidad y punibilidad son inseparables, puesto que para el infractor la verdadera vivencia del derecho penal es la pena. Desde el punto de vista del sujeto encarcelado, la pena es lo más real del derecho penal, y si se encuentra cumpliendo una pena es que ha sido declarado responsable penalmente.

6. El derecho penal como instrumento de poder, de clase, debe ser el último recurso a utilizar, tanto por el legislador como por el juzgador.

El derecho penal mientras exista indica el autor, debe ser reducido al máximo y ésta es tarea para el intérprete con base en razonamientos legales, ya que la legislación vigente en Colombia da las bases para ello.

Termina el artículo con una serie de recomendaciones para los doctrinarios y los juzgadores, en los que incluye algunos aspectos de materia procesal penal.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

POLITOFF, Sergio, "Descriminalización y tutela jurídica", *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, vol. VIII, núms. 27-28, 1985-1986, pp. 303-316.

Este artículo apareció publicado en un número especial de la revista que fundó y dirigió el ministro Alfonso Reyes Echandía, como un homenaje y al mismo tiempo protesta por su muerte y las de los juristas Emiro Sandoval, Carlos Medellín, Fabio Calderón Botero, Manuel Gao-na Cruz, Ricardo Medina Moyano, Darío Velázquez, Pedro Elías Serrano y Jorge Gneco M.

La cuestión sobre la que gira el artículo es la necesidad de dar a conocer el derecho en vigor, o si el hecho de no publicarlo exime de su obligatoriedad, así como la validez de una norma —pública o secreta— que atenta contra los derechos fundamentales del hombre. Los ejemplos que utiliza son las famosas “órdenes secretas” del régimen de Hitler, donde proponía como solución final al problema de los judíos, el privarles de la vida a todos ellos. Cuestiona la validez de un sistema jurídico que descriminaliza el asesinato en masa de vidas calificadas de “sin valor”, y también en masa criminaliza con pena de muerte a los calificados de “disidentes con el gobernante”. Eso no puede ser derecho por carecer de el mínimo de ética requerido, y cita a Jaspers quien calificó como estado criminal a aquel que se arroga el derecho de decidir quién tiene o no derecho a la vida, sobre la base de una determinada representación de quienes son merecedores de ella, y en el cual los poseedores del poder emiten leyes y reglas que para ellos no son obligatorias.

La tutela penal de la vida, por consiguiente, está ligada con la clase de política que un Estado lleva a cabo, y ésta es una guía para distinguir ante la clase de Estado que nos encontramos. También nos recuerda que siempre existe la posibilidad de declarar encontrarse en un “estado excepcional”; de esta forma el Estado ya no se ve obligado a respetar sus leyes anteriormente expedidas, queriendo de esta forma legitimar la violación sistemática de los derechos humanos. La función de los juristas en una dictadura debe ser de tutela de los derechos humanos, porque la creación de “derecho” para un “estado excepcional” permite la tortura, la represión, desaparecimientos y supresión física de los opositores reales o presuntos, hechos que de ninguna otra forma podrían “justificarse”.

El orden jurídico de estos reglamentos está sujeto a los caprichos de la autoridad, por lo mismo es difícil describir los criterios de tutela penal y descriminalización. Sin embargo, debe tratar de tutelarse a los más débiles, porque son ellos quienes sufren en forma más brutal los efectos del despojo y la agresión. Se requiere una tutela del individuo contra acciones arbitrarias del gobierno.

En contraste con lo antes expuesto, el autor termina su artículo recordándonos cuál es la función del derecho en un Estado democrático: a) debe ser de respeto de la dignidad y libertad del hombre; b) suprimir el sufrimiento y la estigmatización inútiles; c) tiene entre sus principales

garantías el principio que expresa "no hay pena sin culpabilidad"; d) su misión es de tutela de bienes esenciales de los individuos, entre ellos está la vida, la integridad física y la libertad.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

## DERECHO PROCESAL

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "La igualdad de las partes en el proceso civil", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, vol. I, núm. 5, 1986, pp. 55-67.

El conocido procesalista brasileño aborda con profundidad el esencial tema de la igualdad, que asume una gran importancia en la moderna ciencia procesal, tomando en consideración que la igualdad como principio genérico ha sido el motivo esencial de varios movimientos de transformación de las estructuras sociales y por consiguiente de las estructuras jurídicas, de manera que en las actuales declaraciones de derechos tanto internas como en el ámbito internacional se le reserva casi siempre un lugar relevante.

Por lo que se refiere al proceso, los ordenamientos contemporáneos adoptan en términos explícitos o implícitos, una regla como la del artículo 125.1 del Código de Proceso Civil brasileño, según el cual le corresponde al juez "asegurar a las partes la igualdad de tratamiento", o bien se considera que tal deber radica en el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Sin embargo, como lo señala certeramente el autor, el desarrollo histórico nos enseña cuán ilusoria suele mostrarse la solemne proclamación de la igualdad *in abstracto* y por ello es muy conocida la distinción entre la *igualdad formal* en la cual es suficiente la pura identidad de derechos y deberes otorgados por los textos legales a los miembros de la comunidad, y la *igualdad material* en la cual se tiene en cuenta las condiciones concretas bajo las cuales se ejercen los derechos y se cumplen los deberes.

Por este motivo, en los modernos ordenamientos procesales se advierte el propósito de promover la igualdad material lo que implica la modificación de las reglas tradicionales sobre la igualdad formal como