

REVISTA DE REVISTAS

Derecho penal	762
---------------------	-----

cias y Regalías aprobado por la Comisión del Acuerdo de Cartagena para los países del Pacto.

Asimismo, señala las razones y formas por las cuales las transnacionales acuden a los países en desarrollo; ellas son: la inversión extranjera directa, la transferencia de tecnología, el tratamiento fiscal favorable, materia prima disponible, mano de obra barata, mercado ampliado, así como grandes posibilidades frente a la competencia.

Las estructuras de penetración de las transnacionales son también objeto de estudio por el autor, refiérese tanto a las societarias como a las no societarias, sus requisitos y posibilidades según el derecho del Perú. En este contexto, señala algunas de las actividades en las cuales las empresas transnacionales pueden estar presentes pese a la legislación de ese país; ellas son, entre otras, bancaria, de seguros, hidrocarburos, minería y las de transporte.

Finalmente, muestra su preocupación porque en un futuro próximo ese país cuente con una legislación adecuada en torno al fenómeno.

Soyla H. LEÓN TOVAR

DERECHO PENAL

BARBERO SANTOS, Marino, "Les principes constitutionnels généraux et le droit pénal et de procédure pénale en Espagne", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, París, nueva serie, núm. 1, enero-marzo de 1987, pp. 45-52.

El profesor Marino Barbero Santos, que con tantos amigos cuenta en la América hispana, ha contraído su informe a los principios constitucionales en que la democracia española proclamada por la monarquía constitucional el 23 de noviembre de 1975 basa la legislación penal y procesal penal, principios que se contienen en la Constitución de 29 de diciembre de 1978. El severo enjuiciamiento del régimen represivo del franquismo había sido ya emitido valerosamente por Barbero Santos en la propia *Revue* francesa en 1975, poco antes de la muerte del dictador, y su parecer sobre la reforma penal democrática española se había conocido en 1985, a través de su trabajo sobre "La reforma penal de la monarquía constitucional española". El informe que brevemente reseñamos ahora concierne más bien a los principios constitu-

cionales generales aplicables al derecho penal y al de procedimiento penal de España.

Barbero Santos comienza por adherirse a las opiniones de politólogos que en las constituciones distinguen entre normas directamente aplicables y otras normas que tienen un simple carácter de orientación o de afirmación política, es decir, que carecen de la estructura lógica de la norma jurídica, y son por ello sólo indirectamente coactivas. De ahí que él separe en la Constitución española los preceptos de aplicación inmediata en el dominio punitivo (sustantivo, penitenciario y de procedimiento penal) de los que sólo tienen un valor mediato. Los primeros atañen a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, tanto porque vinculan a los poderes públicos como porque todo ciudadano puede demandar su protección ante los tribunales ordinarios y, en ciertos casos, por la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Entre estos empiezan por garantizarse constitucionalmente los principios de igualdad y legalidad. El segundo alcanza concreción sustantiva penal en el artículo 25, que prohíbe la condena o sanción a toda persona por acciones u omisiones que no constituyan delito o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento. Alcanza, enseguida, concreción procesal penal al disponerse constitucionalmente que toda persona tiene derecho a un juez ordinario determinado por la ley, a la defensa y asistencia de un abogado, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no hacer declaraciones contra sí mismo, a no declararse culpable, y a la presunción de inocencia.

La pena de muerte, la tortura y las penas degradantes han sido constitucionalmente abolidas. Para Barbero Santos merece justa censura que la primera pueda establecerse aun por las leyes penales militares para tiempo de guerra, autorización de que ha hecho generoso uso el legislador castrense el 19 de junio de 1986, previéndola para más de treinta casos.

Ha pasado a ser principio constitucional el de que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad se orienten a la reeducación y reinserción social del condenado, sin que puedan consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión tiene derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios de la seguridad social.

No hay lugar a extradición sino en ejecución de un tratado o una ley, conforme al principio de reciprocidad, y con exclusión de los de-

litos políticos. Los de terrorismo no se consideran como tales.

Aparte el mandato al legislador de sancionar penalmente la infracción a las reglas de uso racional de los recursos naturales, la Constitución declara inviolable el domicilio y el secreto de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas; reconoce y protege el derecho de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones por cualesquiera medios y garantiza los derechos de reunión pacífica y sin armas, de asociación, de sindicarse libremente, etcétera.

En el dominio judicial la Constitución consagra el principio de la unidad jurisdiccional, con primacía de la jurisdicción ordinaria. Asegura todas las garantías modernas que deben rodear a la prisión preventiva: duración estrictamente necesaria para verificación de diligencias esclarecedoras de los hechos; plazo no superior a 72 horas para liberar al arrestado o ponerlo a disposición del tribunal; información inmediata y comprensible al arrestado de los motivos de su detención; presencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales; derecho de *habeas corpus*.

Aparte estas garantías democráticas, cree Barbero Santos que, en general, los principios inferibles del Estado social y democrático de derecho consagrado por la Constitución española y que afectan al derecho penal, han sido observados por la legislación subsiguiente. Señala, sin embargo, algunos casos en que así no ha sido, especialmente en relación con la actividad de bandas armadas y con el terrorismo, en que se han dejado sin efecto algunas de las garantías antes señaladas, invocando el artículo 55-2 constitucional, que autoriza legislar orgánicamente con tales fines respecto de los aludidos elementos terroristas. El autor, con buenas razones, se pronuncia por la inconstitucionalidad de tal legislación.

Como síntesis de lo expuesto, puede afirmar el autor, en primer lugar, que el derecho penal y de procedimiento penal español anterior al año de 1975, en un decenio se ha transformado evidentemente en otro más progresista y más de acuerdo con las exigencias de una sociedad en proceso de profunda transformación y con los postulados del Estado de derecho.

El juicio, sin embargo, no puede ser enteramente favorable, pues también en España, en los años recientes, se ha producido "el gran vuelco" de que hablan alemanes e italianos, a saber: una inflexión profunda en el desenvolvimiento de la organización penal y del procedimiento penal, en que hasta ahora se equilibraban los valores individuales y colectivos merecedores de ser jurídicamente reconocidos e

integrados totalmente a los principios constitucionales. La inquietud que ha traído el terrorismo y el incremento de la criminalidad violenta han llevado al legislador a echar mano de procedimientos propios de la ideología de la "pena ejemplarizadora" y al empleo de una legislación de emergencia, mientras demuestra extrema indulgencia frente a otras manifestaciones delictuosas como la droga.

Álvaro BUNSTER

BUENO ARUS, Francisco, "La dimensión jurídica de la pena de prisión", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XL, fasc. I, enero-abril de 1987, pp. 15-36.

El artículo es una ponencia presentada por su autor en las I Jornadas Penitenciarias de Cataluña, llevadas a cabo en la ciudad de Barcelona, del 10 al 13 de diciembre de 1986. En él expone a la pena como institución jurídica característica de las sociedades políticas estructuradas en Estado. Constituye la utilización de la fuerza para obligar al cumplimiento de las normas.

Desde la perspectiva del condenado, la pena aparece como una obligación, de padecer o soportar la limitación de derechos y libertades en que la pena impuesta consiste.

En cuanto a la eficacia de la misma, para que exista se requiere su aceptación social, que la comunidad destinataria y objeto de protección sienta que está protegida y que su aplicación es justa. Se requiere para enfrentar al fenómeno criminal la solidaridad de la población.

Específicamente en cuanto a la pena de prisión, se refiere a ella como una privación de libertad de movimientos, en cuanto que el penado ya no puede disponer de sí mismo, respecto de su lugar material de residencia y respecto de la distribución de su tiempo en distintas actividades, si no es dentro del marco constituido por la pena impuesta y por el grado del sistema penitenciario en que aquel se encuentre clasificado.

Sin embargo, no es éste su único contenido, ya que por mandato constitucional también el penado se ve limitado en sus derechos fundamentales. Sin especificarse a cuáles se refiere la Constitución, el profesor Bueno incluye a la libertad de expresión, la libertad de reunión y manifestación, la libertad de asociación y sindicación, la libertad sexual, sin contar con el ejercicio de otros derechos civiles, económicos y familiares.

Existen tres valores que deben estar siempre presentes en toda institución jurídica: la seguridad, la justicia y la libertad. El valor de la seguridad aparece como un requerimiento de la sociedad, que solicita del sistema penitenciario que erradique la reincidencia y la delincuencia en general. Para los individuos en particular significa conocer a cuáles delitos está asociada la pena de prisión y su duración. El valor de la justicia supone que la pena de prisión (o cualquier otra pena) debe aplicarse teniendo en cuenta la gravedad del delito y la culpabilidad del sujeto. El valor de la libertad en el ámbito de un Estado de derecho exige respeto y, por lo mismo, la intervención mínima del derecho penal en el plano legislativo, judicial y de ejecución.

Todo ello naturalmente sin perder de vista la finalidad de reeducación y reinserción social hacia la que deben estar orientadas las penas privativas de libertad, conforme a su constitución.

El autor se refiere también a los principios que deben regir en el momento en que el legislador decide tutelar penalmente un bien jurídico.

En este nivel están presentes el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad y bienes jurídicos, el principio de intervención mínima y la despenalización.

Lo mismo hace tratándose del Poder Judicial, para cuyos integrantes solicita una formación más completa que la jurídica; por ejemplo, requieren conocimientos de criminología y de sociología.

En el campo de aplicación de las penas, están presentes varios principios: el de proporcionalidad y culpabilidad, el de intervención mínima, y el de responsabilidad civil derivada del delito.

Por último, para el Poder Ejecutivo como encargado de aplicación de las penas, rigen los principios de proporcionalidad, de legalidad, y de intervención mínima.

El artículo termina con las posibles formas de extinción de la pena, y sus consecuencias; entre ellas, la más importante es que el condenado que haya cumplido su pena debe ser plenamente reintegrado en el ejercicio de sus derechos como ciudadano, y que los antecedentes no podrían ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica. Esto último, termina diciendo el profesor Bueno Arus, establece un mandato obligatorio para el Estado y para la sociedad, en el sentido de que los antecedentes penales únicamente puedan tener efectos procesales y nunca extraprocesales, y por lo mismo obliga a no expedir certificados a los particulares, ni siquiera a instancias del interesado, en cuanto que cualquiera puede exigir a una persona que presente un

certificado de antecedentes penales negativo, antes de darle un puesto de trabajo o reconocerle un derecho.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

CASTRO FERNÁNDEZ, Diego, "El delito informático", *Revista Judicial*, San José, Costa Rica, año XI, núm. 41, junio de 1987, pp. 79-84.

El artículo expone la creciente importancia y trascendencia de los delitos informáticos en nuestra sociedad cada vez más computarizada.

En él se manifiestan una serie de aspectos tales como la denominación (delitos cibernéticos, *computer crimes*, etcétera), la conceptualización (amplia y restringida) y sus implicaciones.

El autor de referencia, sustentándose en otros trabajos sobre el tema, nos comenta la existencia de dos tipos de elementos en estas conductas: el elemento objetivo, en este caso la acción, tanto la que afecta los componentes de la computadora (*hardware* y *software*), sea como medió o instrumento para cometer el delito, como la de perpetración de un hecho ilícito autónomo, como es el uso indebido y sin autorización de una computadora. Por otro lado, tenemos el elemento subjetivo, que radica en el dolo, culpa o preterintención en la comisión del ilícito.

Además, el artículo nos enuncia y describe, brevemente, los sujetos de este tipo de delitos. De este modo tenemos como sujetos activos, es decir, aquellos que realizan la conducta, a los operadores, programadores, analistas de sistemas, analistas de comunicaciones, supervisores, personal técnico y de servicio, funcionarios superiores, auditores, bibliotecarios de operaciones, personal de limpieza, mantenimiento y custodia y usuarios en general. El autor reitera respecto a este tipo de sujetos el conocimiento especializado en informática (aunque sea mínimo), de ahí que sean considerados como delitos de "cuello blanco".

Respecto a los sujetos pasivos, es decir, aquellos que son víctimas de esta "delincuencia informática", tenemos a los bancos, compañías financieras, aseguradoras, instituciones estatales de servicios públicos, universidades, colegios, grandes empresas, etcétera.

En cuanto a los bienes jurídicos tutelados, tenemos en esta categoría a los delitos contra las personas, contra el honor, contra la intimidad, contra la propiedad y contra la fe pública.

En líneas posteriores, el autor nos incluye, valiéndose de los estudios del profesor alemán Tiedemann, un rubro alusivo al concepto y modalidades de la criminalidad mediante computadoras.

De este modo tenemos a las manipulaciones, espionaje, sabotaje y hurto de tiempo. Asimismo, se enumeran respecto al *modus operandi* de los delincuentes informáticos, las categorías expresadas por Donn B. Parker en los Estados Unidos como es el caso de los datos engañosos (*data diddling*), caballo de Troya (*Trojan horse*), redondeo de cuentas (*salami techniques*), uso indebido de programas (*superaapping*), puertas con trampa (*trap doors*), bombas lógicas (*logic bombs*), ataques asincrónicos (*asynchronous attacks*), obtención de información residual (*scavenging*), filtración de datos (*data leakage*), acceso a áreas no autorizadas (*piggy banking and impersonation*), intervención de líneas de teleproceso (*wiretapping*) y simulación y modelo de delitos convencionales (*simulation and modeling*).

Por último y a manera de agregado, el autor nos señala la importancia de considerar a la informática como instrumento para la depuración de la justicia penal, sea en investigaciones policiales, registros judiciales, antecedentes penales, etcétera.

Julio TÉLLEZ VALDES

MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, "El principio de intervención penal mínima", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. XL, fasc. I, enero-abril de 1987, pp. 99-134.

El artículo gira alrededor de la idea que el derecho penal sólo debe tutelar aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra él mismo. Este principio de intervención mínima se fundamenta en la tesis de que "el derecho penal no puede nunca emplearse en defender intereses minoritarios y no necesarios para el funcionamiento del Estado de derecho, siendo inadecuado recurrir a sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales" (p. 101).

Este principio constituye un límite al derecho de castigar del Estado, y además coloca en su verdadero lugar al derecho penal: debe ser la última instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para diri-

mir sus conflictos, o bien, el último recurso legal de que dispone el Estado para conseguir una sociedad ordenada.

Está integrado por los siguientes postulados: *a)* El derecho penal tiene carácter fragmentario; *b)* debe ser considerado el último recurso a utilizar, y *c)* su naturaleza es accesoria. Veamos muy brevemente cada uno.

a) El carácter fragmentario se debe a la limitación de castigar sólo las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes. De toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el derecho penal sólo se ocupa de una parte, de fragmentos, ya que no todos los bienes jurídicos precisan de la protección penal.

El olvido de esta concepción genera una "inflación punitiva" que degrada la verdadera función de la pena.

b) Si estamos convencidos que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, entonces el derecho penal ha de concebirse como última *ratio*, esto es, sólo debe recurrirse a él cuando han fallado los demás controles formales o informales. Esto debe ir acompañado de modificar, en lo posible, las estructuras sociales injustas y revisar el Código Penal para convertirlo en uno más racional, más humanitario y más progresista. La función primordial de la dogmática jurídico-penal en un Estado de derecho, nos dice el autor, debe mantener el derecho penal bajo control para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue, para crear leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica.

c) Existe comunicación entre las diversas disciplinas jurídicas que constantemente transmiten savia nueva por el tronco común que representa el derecho penal, hacia todas las ramas del ordenamiento jurídico. En efecto, el derecho penal tiene carácter autónomo y constitutivo, pero no independiente de los demás sectores del derecho.

La postura contraria indica que la intervención penal será máxima y urgente cuando la gravedad del ataque a los bienes jurídicos tutelados sea tal, que ponga en peligro los cimientos de toda sociedad democrática que aspire a la consagración del Estado de derecho.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

SCHATZ, Benjamin, "The AIDS Insurance Crisis: Underwriting or Over-reaching?", *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, vol. 100, núm. 7, mayo de 1987, pp. 1782-1805.

Para comenzar, el autor nos pone al día sobre la situación del SIDA en los Estados Unidos, con lo que nos ayuda a entender por qué las aseguradoras de ese país se encuentran en este momento revisando sus contratos de seguro en todas sus cláusulas.

Para febrero de 1987 a más de treinta mil estadounidenses les había sido diagnosticado el SIDA, y un número mayor de personas sufrían de una enfermedad llamada complejo relacionado al SIDA. El Servicio de Salud Pública estima que para 1991 las personas infectadas serán doscientas setenta mil. Esta cifra resulta del número de personas conocidas que están infectadas, no enfermas. A ella habrá que sumarle las que adquirirán el virus en el futuro.

Setenta y tres por ciento de las personas diagnosticadas con SIDA habían tenido contacto sexual con persona de su mismo sexo, hecho que vino a reforzar el rechazo del que siempre han sido víctimas los grupos de homosexuales, y que ha desatado una ola de violencia contra homosexuales masculinos y lesbianas. Además está el hecho de la falta de información sobre las vías de contagio, lo que ha contribuido a la discriminación.

El artículo es una crítica a los seguros que buscan la manera de evitar vender un seguro a una persona portadora del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), para lo cual están pidiendo un examen específico. Dicho examen de la sangre efectuado por un laboratorio no detecta la presencia del virus, sino los anticuerpos que el organismo infectado ha desarrollado contra ese virus.

Con los resultados de esa prueba no se puede realizar el diagnóstico de SIDA, pues hay un número significativo de personas que resultaron ser portadoras del virus y no han desarrollado la enfermedad. La prueba nació para utilizarla en bancos de sangre y detectar sangre contaminada. Desgraciadamente se ha abusado de ella, queriendo utilizar sus resultados como prueba contundente de que la persona está condenada a una muerte muy próxima, "que habrá que pagarle hospitalización, curaciones, medicinas costosas y seguramente funeral, por lo tanto es una persona altamente riesgosa para asegurarla", aducen las compañías estadounidenses de seguros.

El argumento para negarles el seguro a homosexuales y bisexuales (o a quienes solamente se sospecha que lo son, por su aspecto o por su

trabajo, por ejemplo, los bailarines, peluqueros o cocineros) es moral. No pueden negar la venta del seguro a una clase determinada por el hecho de que alguno de sus miembros padezcan de una enfermedad. Además, homosexuales y bisexuales no pueden ser identificados como una clase; es imposible demostrar que viven más o menos tiempo que otras personas.

Son muchos los factores que influyen en el precio de un seguro: la gente con sobrepeso, la que fuma o tiene presión alta, son propensas a vivir menos años, pero éstos son factores que pueden modificarse, en cambio la presencia del VIH en la sangre es de por vida.

La parte positiva del examen de detección de anticuerpos la encontramos en la ayuda médica y psicológica que se le ofrece a la persona que resultó ser seropositiva. Hay que pensar que la gente aun antes de tener los resultados experimenta ansiedad, impotencia y miedo.

En los Estados Unidos, leemos en el artículo, como parte del programa de prevención del SIDA existe una campaña para animar a las personas para que voluntariamente acudan a realizarse el examen, pero todavía es grande el número de personas que no acuden por miedo a perder su seguro médico o que lo despidan de su trabajo.

El autor termina afirmando que los seguros no cumplen con la función para la que fueron creados: cuando más se les requiere no funcionan.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

DERECHO PROCESAL

BERGALLI, Roberto, "Argentina: aspectos de una sentencia y sus repercusiones", *Crítica Jurídica*, Puebla, México, año 4, núm. 7, 1987, pp. 125-138.

Roberto Bergalli, de la Universidad de Barcelona, realiza en este artículo un análisis de la sentencia que pronunció la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires (9 de diciembre de 1985), en relación con los nueve comandantes de las Fuerzas Armadas que integraron las tres primeras juntas militares que usurparon el poder en Argentina entre 1976 y 1983.