

DERECHO COMPARADO

DOLCINI, Emilio y PALIERO, Carlo Enrico, "Problèmes de droit pénal bancaire: une analyse de droit comparé", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, París, núm. 4, octubre-diciembre de 1988, pp. 653-675.

En este artículo se nos presenta una alusión específica a las implicaciones penales generadas en el ámbito bancario, distinguiéndose las siguientes hipótesis que no dejan de ser interesantes en el problema que nos ocupa.

a) La primera, señala al banco como "autor" del ilícito, es decir, en los casos en que la institución bancaria, vista como persona jurídica, o los empleados bancarios, realizan o colaboran con personas ajenas a la institución para la comisión del ilícito.

b) La segunda, señala al banco como la "víctima" de la infracción.

c) Por último, aquella que señala al banco como "instrumento" de la infracción, esto es, como la parte que provee el medio económico-jurídico para realizar una infracción que implique, respectivamente, en calidad de autor y de víctima, dos sujetos extranjeros.

A lo largo del referido trabajo se hace una exposición sucinta de las principales modalidades en la comisión de ilícito en el ámbito bancario, con una especial alusión a la legislación, jurisprudencia y doctrina, tanto en Italia como en Francia y Alemania Federal. Algunas de las temáticas específicas abordadas son las siguientes: el monopolio y los límites de la actividad de crédito; las condiciones personales requeridas para ingresar a la profesión bancaria; las obligaciones de naturaleza contable y las obligaciones de comunicación hacia los órganos públicos de control; la protección de usuarios del servicio bancario, y la protección de los bancos hacia los usuarios.

De este último punto, que a mi parecer es uno de los más interesantes, destaca no sólo la referencia a las formas tradicionales de fraude en el crédito, sino la relativa a las "agresiones" más modernas y desarrolladas, provocadas por o hacia los sistemas informáticos.

De esta forma, tenemos dentro de esta nueva criminalidad a los abusos cometidos con tarjetas con cinta magnética para el retiro de dinero en los cajeros automáticos, ya sea realizada por un sujeto distinto del titular de la tarjeta o por el mismo titular.

A este respecto, el sistema legal francés no prevé disposiciones tendientes a regular de manera específica los abusos mediante el uso de las

tarjetas magnéticas, aun cuando recientemente se promulgó la ley número 88-19, del 5 de enero de 1988, relativa al fraude informático, que se centra en fenómenos tales como el robo de datos, robo de tiempo-máquina, falsificación y modificación de datos y programas, pero que descuida un tanto los abusos cometidos en los cajeros automáticos, ya que escapan en la actualidad a las infracciones tradicionales contra el patrimonio, a pesar de la opinión en contrario sostenida por los legisladores franceses; sin embargo, cabe destacar que la doctrina y la jurisprudencia al respecto en este país, contemplan la posibilidad de incluir estos rubros bajo la forma de delito contra el patrimonio.

En la República Federal de Alemania el panorama doctrinal y jurisprudencial es confuso por la entrada en vigor de la segunda ley de lucha contra la criminalidad económica (2 Wikg 1986), que deja abierta la posibilidad de aplicación, según sea el caso, de figuras penales tales como el robo, fraude, abuso de confianza, así como la "infidelidad patrimonial".

En Italia, por su parte, el abuso con tarjetas magnéticas de retiro es un fenómeno esporádicamente ventilado, tanto a nivel jurisprudencial como a nivel doctrinario, aunque se menciona que ante elementos tales como el abuso por parte de terceros y sustracciones fraudulentas, existe un deseo de legislación al respecto, sin que hasta el momento se hayan manifestado acciones concretas sobre el particular.

Como corolario a este artículo, debemos subrayar las profundas exigencias de reforma en materia bancaria, a fin de disminuir las cada vez más pronunciadas repercusiones penales presentadas en el ambiente bancario.

Julio TÉLLEZ VALDES

GARRO, Alejandro; POELGEEST, Bart van y SAMUEL, Adam, "The Influence Abroad of the United States Constitution on Judicial Review and a Bill of Rights", *Temple International and Comparative Law Journal*, Texas, vol. 2, núm. 1, 1989, pp. 59-78.

Con motivo del bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica una gran cantidad de eventos y actos académicos fueron celebrados, tanto en los propios Estados Unidos como en otros países, a fin de analizar la influencia que la Carta de Filadelfia, la más

antigua entre las constituciones escritas, ha tenido en la legislación y en las instituciones políticas de otros Estados.

Uno de esos actos fue el panel organizado por el International Law Committee of the Philadelphia Bar Association, el 28 de septiembre de 1987, en el que intervinieron los profesores Garro, quien se refirió a la experiencia latinoamericana; Poelgeest, quien habló de la experiencia holandesa, y Samuel, quien trató lo relativo a Inglaterra.

El artículo que aquí se reseña es la transcripción de este interesante panel, que se centró en la influencia de la Constitución estadounidense en materia de derechos humanos y fundamentalmente de la institución del *judicial review*.

De sobra es conocido el que en ninguna parte del texto de la Constitución de los Estados Unidos aparece un precepto por el que se faculte a la Suprema Corte para declarar inconstitucionales actos de los otros poderes del gobierno, y que tal autoridad le ha sido confiada al órgano judicial a partir de la interpretación del juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*.

Esta interpretación ha sido fuente de constantes polémicas y debates en los Estados Unidos. La institución del *judicial review* se ha debatido no sólo en los medios académicos sino en amplios sectores de la población estadounidense.

La actual discusión sobre el *judicial review* tiene que ver con el grado o la extensión en que el órgano judicial puede destruir una legislación que esté en conflicto con preceptos constitucionales que garanticen derechos individuales.

Esta polémica alcanzó límites inusuales, al decir del profesor Caine, con motivo de las audiencias del Comité Judicial del Senado que conoció de la propuesta de designación de Robert Bork como juez de la Suprema Corte de Justicia —audiencias que fueron televisadas—, así como de la ulterior decisión tomada por la propia Corte en torno al problema del aborto, que originó un enconado debate entre el mismo Bork, Reagan y Meese por una parte y tres jueces de la Suprema Corte, por la otra. Dentro de este contexto tan interesante y de gran polémica, tuvo lugar el panel mencionado, que constantemente hizo referencia a estos asuntos.

De las tres intervenciones, la que nos parece más sugestiva es la del profesor Alejandro M. Garro, quien se refirió a la influencia del *judicial review* y el *bill of rights* en los países de América Latina. Desde luego el enfoque comparativo que utiliza Garro es de carácter general, es decir, a partir de los grandes trazos del constitucionalismo latino-

americano, sin detenerse mayormente en las especialidades de los distintos países de la región.

Apunta el profesor Garro que de la simple lectura de las constituciones latinoamericanas se puede inferir la poderosa influencia de la Constitución estadounidense, aunque la tradición autoritaria de la mayor parte de los países de la región demuestra que las garantías constitucionales han sido realmente ineficaces.

Aunque muy diversas instituciones estadounidenses han sido literalmente copiadas por el constitucionalismo latinoamericano, no han funcionado igual que en los Estados Unidos debido a que la interpretación y ejecución de los derechos fundamentales no ha sido la misma. Esas diferencias se han acentuado, dice el profesor Garro, por el fracaso que en términos generales América Latina ha tenido en el establecimiento de gobiernos democráticos estables.

Más adelante, la intervención del profesor Garro se detiene en el surgimiento del constitucionalismo social en América Latina. Aquí hay un análisis interesante de las causas que lo motivaron y de sus perspectivas futuras. Para Garro la viabilidad de esos derechos económicos y sociales depende de la capacidad y la efectividad en su ejecución como auténticas garantías constitucionales.

En el caso particular del *judicial review*, éste ha sido tomado mediante una variedad de formas por los sistemas legales latinoamericanos; el profesor Garro pasa panorámicamente por ellos. Su conclusión es que el *judicial review* no puede ser efectivo sin jueces genuinamente independientes, no sólo en el sentido de que sus decisiones no sean directamente influidas o controladas por los órganos políticos, sino también en el sentido de que se les otorguen modernos instrumentos y equipos, salarios justos y un cierto nivel de prestigio y deferencia en relación con el Poder Ejecutivo, a fin de que puedan ejercer sus facultades de manera eficiente.

Una de las conclusiones últimas del profesor Garro es que cada día se torna más importante remediar si el modelo estadounidense debe seguir siendo una guía útil para los países latinoamericanos. Para el autor la respuesta no está relacionada con la necesidad o la legitimidad del *judicial review*, sino con su real efectividad.

Jorge MADRAZO

JOLOWICZ, J. A., "L'enseignement du droit comparé: Grande Bretagne", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, núm. 4(1), octubre-diciembre de 1988, pp. 709-714.*

No existe y nunca ha existido en Inglaterra un control centralista sobre las universidades, si bien existe en la actualidad un control muy importante de sus finanzas. Cada universidad, y luego cada facultad de derecho, conserva la libertad de escoger sus materias de enseñanza.

El profesor J. A. Jolowicz, de la Universidad de Cambridge, se propone presentar algunos datos relativos a los programas de estudio de varias facultades; antes, formula tres observaciones generales.

En primer lugar, el autor recuerda la distinción muy conocida que existe entre la enseñanza del derecho comparado propiamente dicho y la enseñanza de un derecho extranjero. En segundo lugar, pese a las divergencias importantes entre los derechos actualmente vigentes en los diferentes países miembros del *common law*, siempre se admite que las decisiones de las cortes y de los tribunales de los demás países de esta familia tienen cierta "autoridad persuasiva". De ahí que se hagan referencias en Inglaterra a los derechos estadounidense, australiano, canadiense, etcétera, si bien el maestro enseña el derecho inglés y no el derecho comparado. En tercer lugar, ¿qué sucede con el derecho romano? Antes obligatoria, la enseñanza del derecho romano ya no lo es en la mayor parte de las facultades, aunque la enseñanza de este derecho sigue difundida. Generalmente los cursos de derecho romano forman parte del programa de primer año y están considerados más como cursos de introducción al estudio del derecho que como cursos de un derecho extranjero.

1. Los programas

El autor presenta unas reflexiones sobre los programas de los que tiene conocimiento.

1) *A nivel de licenciatura (undergraduate)*. No existe ninguna facultad que ofrezca un curso obligatorio de derecho comparado o de algún derecho extranjero: se trata únicamente de cursos facultativos. Dichos cursos se imparten en Aberystwyth (País de Gales), Birmingham, Edimburgo, Exeter y Londres. El curso de Edimburgo es del tipo "grandes

* Ponencia presentada en la "Jornada de información y de reflexión sobre la enseñanza del derecho comparado", organizada por el Centre Français de Droit Comparé, el 22 de abril de 1988, en París.

sistemas"; los demás, a excepción del de Birmingham —un curso de derecho administrativo comparado, principalmente el recurso por exceso de poder en Francia y su equivalente en Inglaterra—, son más bien introducciones generales a la familia de derecho del *civil law*. También es preciso mencionar los programas universitarios que ya existen en varias universidades, como las de Birmingham, Londres y Exeter. En Birmingham, por ejemplo, un grupo de aproximadamente veinte estudiantes puede inscribirse, no para la licenciatura ordinaria, sino para una licenciatura especial, *law with french* (el derecho y el francés). En este caso, el postulante tendrá cuatro años de estudios (en vez de tres), y cursará el tercero en la facultad de derecho de Limoges, en Francia. Semejante programa podría favorecer la introducción eventual de un tipo de licenciatura "internacional", al establecerse una colaboración estrecha con las universidades continentales.

2) *Nivel de maestría*. La Universidad de Exeter ofrece una maestría especializada o "Maestría de estudios jurídicos europeos" que incluye un curso de derecho privado y público comparado. En las demás universidades se trata de la maestría ordinaria en derecho. En Oxford el curso único de derecho comparado estudia la responsabilidad extracontractual en derecho público y en derecho privado, principalmente en Francia y en Inglaterra. En Cambridge y en Londres se imparten cursos de derecho comparado sobre derecho privado y procesal, derecho del trabajo comparado e internacional, derecho de familia, derecho constitucional, penal, y conflictos de leyes comparados.

3) *Nivel de doctorado*. No existen en Gran Bretaña cursos especiales de preparación al doctorado. El postulante investiga y elabora su tesis sobre el tema que ha escogido, bajo la dirección de un profesor, durante tres años. Puede decirse que, actualmente, la mayor parte de las tesis de doctorado encierran elementos de derecho comparado. Pero, al parecer, es bastante reducido el número de estudiantes ingleses que cultivan el derecho comparado.

2. *Los métodos de enseñanza y la formación del personal docente*

Respecto de los cursos de licenciatura, la mayor parte de las facultades inglesas combinan la enseñanza magistral con las conferencias dirigidas. En cuanto a los cursos de maestría, al profesor le compete escoger su método, y esta elección dependerá en gran medida del número de estudiantes que tenga. Si en principio la enseñanza magistral es dominante, el titular examinará con provecho las preguntas y las observaciones que formulen espontáneamente sus estudiantes.

Es preciso señalar que las facultades inglesas y escocesas, a excepción de la de Londres, tienen mucho menos estudiantes de derecho que las facultades de la Europa continental. En Cambridge, por ejemplo —una de las universidades con más facultades de derecho en el país—, hay menos de ochocientos estudiantes de licenciatura y solamente unos ciento veinte de maestría. En general, el grupo que toma el curso de derecho comparado es de número reducido, y el profesor llegará fácilmente a combinar el curso magistral con seminarios y conferencias dirigidas.

Respecto de la formación del personal docente, los que enseñan el derecho comparado son los que tienen interés en esta materia y que se han formado por sí mismos, bien en el extranjero, bien de otra manera. No existe en Inglaterra un concurso análogo a la *agrégation* francesa (concurso para reclutar profesores de liceos y de facultades), y tampoco la exigencia de que todo profesor tenga un doctorado en derecho.

3. *Observaciones conclusivas*

1) *Durante siglos* se han estudiado en las antiguas universidades inglesas el derecho canónico y, sobre todo, el derecho romano —después de que, en el siglo XVI, el rey Enrique VIII fundara dos cátedras de *civil law* en Oxford y en Cambridge—. En cambio, la primera facultad universitaria en la que se estudió el derecho inglés abrió sus puertas en 1826 solamente. La mayor parte de las facultades existentes en la actualidad fueron creadas entre las dos guerras, y hasta después de la Segunda Guerra Mundial la formación de los futuros prácticos sigue perteneciendo a la misma profesión. Desde un punto de vista histórico —estima el autor—, puede decirse que “la enseñanza universitaria del derecho está en la infancia; en cuanto a la enseñanza del derecho comparado... se trata de una recién nacida”. En efecto, muchos profesores no han reconocido el valor de estudio del derecho comparado extranjero. Gracias a los esfuerzos de un pequeño grupo, como el profesor Gutteridge y juristas refugiados, con el periodo de la posguerra, se han podido registrar los primeros signos de debilitamiento del “espíritu insular” —debilitamiento al que contribuyó mucho el movimiento hacia una Europa unificada, principalmente con la entrada de la Gran Bretaña en el Mercado Común—. Sin embargo, este espíritu insular no ha abdicado y sigue vivificándose con la enseñanza en las facultades de ramas de derecho “nuevas”, como el derecho de la inmigración, de la seguridad social, la propiedad intelectual, la competencia (*la concurrence*), etcétera. Si a estos hechos se añaden los rigores del control presupuestario de cada universidad, se entenderá que resulta difícil

para los comparatistas poder convencer a sus colegas de la importancia del derecho comparado.

2) *No obstante*, el profesor Jolowicz “no es pesimista”, pues ha notado la existencia de una presión que contrabalancea la que se ejerce en favor de las ramas del derecho inglés, y que proviene de los responsables de la barra de abogados y de la sociedad de *solicitors*, en favor de la enseñanza, bien del derecho comparado, o bien de un derecho extranjero. “Reconocer que el estudiante inglés de derecho se interesa por Europa y el mundo entero, es reconocer que la enseñanza del derecho comparado es esencial.”

Es la manera inglesa dejar que cada facultad decida las prioridades de sus enseñanzas, y varias facultades ya demuestran que están progresando hacia la internacionalización de su enseñanza. Un punto queda asentado: “ya nadie pretende hoy en día que cuando haya neblina en el Canal, el continente es el que está aislado”, destaca el autor; paso a paso, pero con seguridad, van desarrollándose los intercambios de estudiantes y de académicos. Además, existe unanimidad virtual entre los profesores respecto de la necesidad, para cada estudiante, de estudiar el derecho comparado o un derecho contemporáneo diferente del suyo propio.

Monique LIONS

DERECHO CONSTITUCIONAL

AUBERT, Jean-François, “Introduction historique: la formation du régime politique suisse”, *Pouvoirs*, París, núm. 43, 1987, pp. 5-15.

Los observadores de la Constitución suiza podrían tener la tentación de indicar, respecto de cada una de las piezas que la componen, un modelo extranjero. Para el federalismo y el bicameralismo, el ejemplo norteamericano; para la reparación de los poderes entre el Estado federal y los cantones, una tipología alemana; para el sufragio universal, el pensamiento revolucionario francés —principalmente el de 1848—, para el gobierno colegiado sin jefe, el invento francés del año III, y para el referéndum legislativo facultativo, la influencia de las Constituciones girondina y montanesa; en fin, para la representación proporcional, la ex-