

## DERECHO PENAL

DOLCINI, Emilio y PALIERO, Carlo Enrico, "Alternativen zur kurzen Freiheitsstrafe in Italien und im Ausland", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlín, núm. 102, enero de 1990, pp. 222-246.

El artículo comienza con la historia de la pena corta privativa de libertad en el siglo XIX en Europa, mostrándonos la importancia de las penas de prisión (hasta por un año) ya que alcanzaron a ser el 96 por ciento del total de sentencias que se dictaban a fines del siglo pasado en Alemania. Para 1917, en Italia las penas de hasta seis meses llegaron a ser el 68.43 por ciento de todas las condenas.

La definición más antigua de estas penas se encuentra con Franz von Liszt, quien en el Programa Ciudadano impuso la duración de seis semanas como periodo mínimo para una pena privativa de libertad, si ésta debía obtener un efecto preventivo especial. A principios de siglo, Gennat y Heilborn ampliaron a tres meses como límite. Este tiempo fue el que utilizó la reforma alemana de 1924. Finalmente, en los últimos años parece haberse dejado el umbral en seis meses, periodo que ha sido reconocido por el código penal alemán de 1975, el austriaco y por el programa de sanciones sustitutivas introducido en Italia en 1981.

A pesar de la influencia eventual progresiva de la teoría de la llamada "pena de *schock*", la lucha contra la pena corta privativa de libertad cobró una posición central en la política criminal europea. El derecho comparado mostró, sin embargo, que la tipología de las alternativas es muy distinta a la pena corta privativa de libertad y sus efectos sobre la práctica de la sanción en el orden jurídico particular.

De la estadística judicial oficial resulta que no cambia considerablemente el número de las penas cortas privativas de la libertad en Italia en los últimos años, sino que se ha estabilizado en un nivel alto; sobrepasan el 25 por ciento de todas las condenas con motivo de delitos, y con ello son más elevadas que en otros países europeos: Alemania con el 10 por ciento, Austria el 17 por ciento e Inglaterra solamente el 1.3 por ciento. Esos datos produjeron en los autores el deseo apremiante de conocer la influencia real de las viejas y nuevas sanciones sustitutivas de su ordenamiento jurídico sobre la pena corta privativa de libertad.

La sustitución de la pena privativa de la libertad puede verificarse de oficio por causa de la condena, limitándose a la libertad vigilada

y la sanción pecuniaria. La proporción de conversión entre la pena privativa de la libertad y la sanción sustitutiva está prescrita claramente: un día de pena privativa de libertad corresponde a un día de semi-prisión y, respectivamente, a dos días de libertad vigilada. En cuanto a la cantidad de pena a sustituir: seis meses para la semi-prisión; tres meses para la libertad vigilada y un mes para la pena pecuniaria.

El legislador italiano de 1981 no ha introducido claramente la cláusula *ultima ratio*, que es característica de la regulación en Alemania y Austria, sino que, a diferencia del derecho francés han basado, en una regulación limitante, la facultad discrecional del juez de decisión sobre las sanciones sustitutivas en el caso particular. La ley reformada número 689/1981 es una regulación notablemente detallada, que no se agota en un sólo apercibimiento a la prescripción general de aplicación de la pena del artículo 133 del código penal, además, exige del juez un pronóstico para los condenados con respecto a la ejecución de la imposición.

Los autores afirman que de uso preponderante es la libertad vigilada. Ella sustituyó a la pena privativa de libertad en 3488 casos, mientras que se recurrió a la semi-prisión en sólo 106 casos. De los datos que ellos aportan, puede concluirse que las sanciones sustitutivas (medidas patrimoniales; medidas restrictivas de la libertad; medidas que comprenden la imposición de un trabajo de beneficio comunitario; la privación de derechos y medidas simbólicas) han tenido en la práctica un resultado discreto, especialmente si uno compara éstos con la gran acumulación de las sanciones francesas correspondientes y, asimismo, con las muchas experiencias inglesas.

Del panorama de derecho comparado se deduce cómo se han perfeccionado, en toda Europa, el arsenal de medidas sustitutivas de las tradicionales de prisión y de multa. En los últimos diez años han intercedido activamente los legisladores, ya que a través de muchas leyes fueron introducidas sanciones que incluso ofrecen un carácter experimental. Cuando de la práctica aparecen resultados que no son satisfactorios por una u otra razón, el legislador debe proponer reformas adicionales. Se requieren reformas, afirman, para eliminar los problemas que han evitado la aplicación de la medida; ampliar el contenido de las medidas cuando éstas den prueba de ser un medio de desocialización y reforzar el medio de asistencia a la reintegración social del condenado.

GABALDÓN, Luis Gerardo, "El control social y las tendencias criminológicas actuales: Perspectivas del abandono del enfoque etimológico de la delincuencia", *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, vol. X, núm. 34, enero-abril de 1989, pp. 131-164.

Una parte del artículo se dedica al tema del tratamiento penitenciario, entendiendo por éste cualquier intervención destinada a operar cambios en la conducta del delincuente, como individuo, que impliquen evitar la recaída delictiva. Este concepto equivale, dentro de las tipologías de prevención descritas por Di Gennaro y Ferracuti (1971), a la denominada "prevención terciaria", esta es, la destinada a operar sobre el individuo delincuente, con miras a evitar la reiteración delictiva y a "limitar" las posibilidades de extensión a otras personas, por esa vía, de la conducta que se pretende controlar; lo que implica una aplicación en la criminología del concepto médico de terapia (curación de enfermedades y neutralización del contagio.)

El problema del tratamiento del delincuente fue la preocupación principal de la criminología desde su inicio como disciplina autónoma, y es muy difícil encontrar textos sobre ella, antes de la década de 1950, particularmente en el contexto europeo, que no dediquen a este tema buena parte de sus reflexiones. En América Latina la criminología empezó a desarrollarse a partir de esta idea, y en el caso específico venezolano, el primer centro de investigación criminológica universitaria (en la Universidad de Carabobo) comenzó anclado a la Penitenciaría de Tocuyito como el entorno donde se realizaría la investigación, el diagnóstico y el pronóstico del delincuente con miras a su readaptación social.

Hoy en día la noción de tratamiento ha entrado en crisis, no sólo debido al fracaso de la intervención del sistema de ejecución penal-institucional (carcelario) o no institucional (restricción de libertad) para eliminar la reincidencia, y al cuestionamiento cada vez más frecuente de las instituciones carcelarias como entornos siquiera teóricamente adecuados para "resocializar", sino al escepticismo sobre el sentido de tal noción, tomando en cuenta la variedad de delincuentes y actos delictivos con que debería tratar el sistema de justicia penal y a la defensa incluso, del derecho, de ser diferentes (y por consiguiente el cuestionamiento de la presencia misma de un programa de inducción de cambios comportamentales) que tendrían los delincuentes.

Los hallazgos sobre el éxito del tratamiento carcelario, si se miden por la reincidencia, son decepcionantes. Hall Williams (1976) refiere

índices de reincidencia en Inglaterra en los establecimientos Borstal entre 1967 y 70 del orden de las dos terceras partes de los varones y de un tercio de las mujeres, debiéndose considerar que los primeros representan al menos el 95 por ciento de la población reclusa; y el periodo considerado es sólo de dos años después de la puesta en libertad, cuando el lapso generalmente adoptado para estimar el éxito de un tratamiento en criminología, de acuerdo con la extrapolación de criterios médicos, es de cinco años. Ashworth (1983), resumiendo las tendencias generales del éxito de las sentencias de prisión en Inglaterra, muestra datos igualmente desestimulantes y específica que la reiteración delictiva se incrementa proporcionalmente con el número de sentencias condenatorias sufridas, lo que no sólo pone en duda cualquier efecto terapéutico de sucesivos internamientos penales, sino destaca la incidencia de la intervención del aparato de justicia en la consolidación de la carrera delictiva. Levin (1977), analizando diversas series de datos en EU entre 1956 y 1966, concluye que el "éxito" de la encarcelación, medido por el desconocimiento oficial de un nuevo delito cometido por el liberado, fluctúa entre el 57.5 por ciento y el 33.6 por ciento, pero destaca que una variable fundamental para explicar las diferencias es el tiempo de detención: aquellos delincuentes que son encarcelados por un año o menos tienen mucho menos probabilidades de reincidir que los que reciben condenas superiores, lo cual cuestiona seriamente cualquier efecto de la terapia carcelaria.

El sistema de probación aparentemente resulta más exitoso que la cárcel, en una proporción de 2 a 1, pero analizándose la situación de aplicación de la medida, según el tipo de delincuente (primario o secundario) y según el tipo de delito, las diferencias con la cárcel se atenúan considerablemente y emerge de nuevo un patrón que parece ser ajeno a la modalidad del tratamiento. Así, Levin (1977) al comentar datos de uno de los estudios sobre el particular, sostiene que si el delincuente no registra antecedentes delictivos, la tasa de éxito para los sometidos a probación y para los encarcelados es del 72.2 por ciento y 72.8 por ciento respectivamente, mientras que si se trata de una sentencia por hurto de vehículos, la relación entre el éxito de la probación y la cárcel es del 44.1 por ciento y 39 por ciento respectivamente. Todo lo cual hace suponer que no es tampoco la modalidad de un "tratamiento" o seguimiento en libertad restringida lo determinante para el éxito en el control de la reincidencia.

No existen evaluaciones del éxito de la cárcel para readaptar en América Latina y en Venezuela, y probablemente en las condiciones

actuales que presenta esa reclusión, caracterizada por una proporción de los procesados con relación a los condenados del orden del 69 por ciento en promedio por el hacinamiento, la precariedad física de los establecimientos (sean antiguos o nuevos, se degradan inmediatamente como el Internado Judicial de Barcelona, en Venezuela), la falta de ocupación de los reclusos y la inoperancia de cualquier plan mínimo de "conservación de la personalidad", una tal evaluación carezca por completo de sentido. Respecto a las medidas sustitutivas de prisión, introducidas recientemente en Venezuela por la ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena, vigente desde 1980, la ausencia de reiteración destacada por Bravo Dávila (1983), del 97.3 por ciento en sometimientos a juicio y del 97.8 por ciento en suspensiones condicionales de la pena, no puede ser indicativa del éxito del programa, dado el corto espacio de tiempo transcurrido entre la vigencia de la ley y la primera estimación (siete meses) y a un posible sesgo por la situación novedosa del programa que implicaba altas expectativas creadas por sus promotores, que podrían haber incidido en una diligencia inicial artificiosa de los delegados de prueba para el seguimiento y control de los probacionarios, así como en un comportamiento especialmente cooperativo por parte de estos últimos. Es conveniente destacar que el éxito de este programa en cuanto a un eventual tratamiento en libertad, debería circunscribirse a los casos de suspensión condicional de la pena, pues el sometimiento a juicio es sólo un beneficio procesal concedido a cualquier sospechoso que reúna los requisitos legales y, por consiguiente, no a una medida para delincuentes sentenciados, oficialmente reconocidos como tales.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

HUREWITZ, Barry J. y Lo, Allen M., "Computer-related Crimes", *American Criminal Law Review*, Washington, D. C., vol. 30, núm. 3, primavera de 1993, pp. 495-521.

El presente informe sobre los delitos relacionados con la computación se incluye en un panorama o visión de conjunto (*survey*), que es ya el octavo de los que anualmente publica el *American Criminal Law Review* sobre los "delitos de cuello blanco" en los Estados Unidos. En los años 1991 y 1992 la edición se ha visto prologada por el

procurador general de aquel país. La presente cuenta con un prólogo, no ya del Procurador, sino del señor Robert S. Bennett, que exhibe también un valioso pasado en tareas de esa índole e importantes contribuciones escritas sobre las materias que explora este voluminoso fascículo. Entre los trabajos que lo conforman se cuenta el que reseñamos, que, como todos los demás, contiene por su índole menos ciencia que información sobre una de las muchas modalidades criminales que en el mundo legal de los Estados Unidos se tienen por delitos de cuello blanco.

Antes de ocuparse el informe Hurewitz-Lo de los enfoques federal, estadual e internacional de los delitos relativos a la computación, se esfuerza por definir tales ofensas y señalar sus tipos. La definición es muy amplia: "todo acto ilegal a cuyo respecto el conocimiento de la tecnología computacional es esencial para su prosecución". Los tipos, en el sentido de clases o especies, según el papel que desempeña el computador (si como objeto, sujeto o instrumento) son tres: a) aquellos en que el blanco es el computador, como el hurto de tiempo del procesador o de servicios computarizados; b) aquellos en que el computador físico es la sede o asiento de un delito de acceder, alterar, destruir, manipular o perpetrar sabotaje en los datos del computador. Aquí se incluyen los *virus* y las bombas lógicas, programas de computación de ruptura brusca que pueden dañar la capacidad del computador de procesar información. Esta categoría presenta muchos problemas legales inéditos, en gracia a la naturaleza intangible de la información electrónica que es objeto del delito; y c) aquellos en que el computador es utilizado como medio para la perpetración de un delito más tradicional, como el hurto, el fraude, el desfalco y el acceso intencional pero no malicioso ni autorizado a los archivos del computador. Pero el derecho estadounidense, además de caracterizar objetivamente las conductas de estos tres grupos, no puede dejar de tener en cuenta la calidad del criminal, así se trate de empleados contrariados, de técnicos traviesos o, incluso, de terroristas internacionales, y llega a identificar no menos de seis motivos para perpetrar delitos relativos a la computación, a saber: 1) exhibir una proeza técnica; 2) destacar puntos vulnerables del sistema de seguridad de la computación; 3) punir o desquitarse; 4) enterarse indebidamente de los datos contenidos en el computador; 5) afirmar una filosofía de acceso abierto a los sistemas de computación, y 6) sabotaje.

Tras esto trata el informe sucesivamente del enfoque federal, del estadual y del internacional.

En el enfoque federal se señalan primeramente los actos punibles conforme a la *Computer Fraud and Abuse Act* de 1986, actos que generalmente conciernen al acceso no autorizado a un computador para obtener información relativa a la defensa nacional y a las relaciones exteriores, o al registro de una institución financiera o de una oficina con información sobre consumidores, y a la manipulación de información en un computador, que afectaría la operación de éste por el gobierno de los Estados Unidos. Se acuñan también en este plano algunas otras figuras de delito, entre las que cabe mencionar la copia y distribución del *software*, punible a título de delito contra el derecho de autor, más otros que no se contienen ya en el *Computer Fraud and Abuse Act* sino en leyes que tratan de muy diversas materias. Tras señalar los actos punibles en esta área por la legislación federal, ofrece el informe de las razones que, a su juicio, explican la escasez de acción persecutoria en este plano, y que consistirían en la infrecuencia de las denuncias por estas ofensas y en la dificultad de los jurados para entenderlas y de los jueces para juzgarlas. Ello no obstante, las denuncias a aumentar y a recaer sobre intereses cuantiosos, cual es el caso de la "Operación Sundevil", fraude cometido a escala nacional mediante el hurto de números de tarjetas y de códigos de acceso a las redes nacionales de computación del teléfono y las tarjetas de crédito. Las medidas persecutorias de diversa índole acordadas por las autoridades respectivas aparecen reseñadas en el informe. La penalidad consiste en prisión, nunca superior a diez años, y en elevadas multas. Está en discusión desde 1991 una reforma a la *Computer Fraud and Abuse Act* vigente, que es prueba de la insatisfacción por sus vacíos e insuficiencias. El informe, en una extensa nota de pie de página, reproduce las nuevas figuras delictivas acuñadas, que tal vez sería del caso tener presente al elaborarse en este país la legislación que deberá inevitablemente dictarse sobre la materia.

El enfoque estadual exhibe la preocupación de los Estados de la Unión Americana por los delitos relativos a la computación. Su legislación recoge en buena parte los contenidos que incrimina la reforma no consumada de la legislación federal, y algunos otros. En punto a penalidad, ha solido agregar a las sanciones consagradas en la legislación federal la confiscación del equipo de computación empleado para cometer los respectivos delitos. Y es, además, en el plano estadual donde ha surgido la preocupación por los seguros frente a la eventualidad delictual.

El enfoque internacional deja testimonio de la acusada tendencia de las naciones a darse, como en los Estados Unidos, una legislación penal *ad hoc*, y del movimiento, por efecto de la interconexión global de sistemas vulnerables de computación, hacia un marco legal uniforme para hacer frente a los crímenes multinacionales relativos a ella. Se piensa, con este último propósito, en una convención internacional que facilite los esfuerzos por perseguir aquellos crímenes. A esto se están adelantando las asociaciones comerciales no gubernamentales, que ya han hecho realidad algunas medidas concretas ante formas de piratería que recaen sobre el *software*.

De este informe aparecen los progresos que en los Estados Unidos se han hecho en materia de represión penal de los actos ilegales relativos a la computación, pero al mismo tiempo los problemas de regulación jurídica que todavía subsisten por la índole misma de esa actividad.

Álvaro BUNSTER

VASILJEVIC, Vladan A., "Préalables à des meilleurs prévention et répression du crime organisée", *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, Ginebra, Suiza, vol. XIV, núm. 4, octubre-diciembre de 1992, pp. 486-491.

En un momento en que crece en México la preocupación por la delincuencia organizada, resulta interesante destacar los elementos que el director científico del Instituto de Investigaciones Criminológicas y Sociales de Belgrado aporta a su concepto en estos breves prolegómenos.

Desde luego, Vasiljevic señala las características que tiene por probablemente esenciales de la criminalidad organizada contemporánea: por una parte, los delincuentes se inspiran en todas las nuevas técnicas de gestión de la economía, cuyo objetivo es una eficacia máxima y unas ganancias enormes; por otra, utilizan medios como la violencia, la intimidación y, por cierto, también la corrupción. Al hacerlo así, se ven amenazadas las bases mismas del sistema de valores sociales, con el efecto de que las pérdidas en el plano moral sobrepasan en mucho las del plano material.

Con el fin de definir de mejor manera la delincuencia organizada inquiera el autor por los elementos comunes a ella, desde el sentido usual del término hasta los abusos de poder cometidos por los que lo detentan. Tales elementos son: asociación durable de un gran núme-

ro de personas, objetivos comunes, estructuración de la organización, planeación, recolección de las informaciones pertinentes, distribución de funciones, objetivos dirigidos a la satisfacción de necesidades de un grupo más o menos vasto de individuos, comprendidos a veces en ellos, por cierto que con violación de la ley, los órganos del Estado, y, en fin, las vías y medios organizados la víspera de cometer las infracciones en cuestión. En el seno de esta forma de delincuencia se dan subgrupos o subsistemas susceptibles de definirse habida cuenta especialmente de su posición ante las autoridades, de su papel en la profesión, es decir, de sus reglas deontológicas. Piensa el autor sobre todo en el crimen de profesión, en los crímenes "organizativos" y, en fin, en las infracciones de las personas morales (crímenes corporativos). Recuerda que algunos agregan el terrorismo como subsistema específico, muy desarrollado con relación a los otros y caracterizado principalmente por su violencia salvaje y por una politización, al menos aparente, de los objetivos perseguidos. Admite, sin embargo, que algunos no dudan en considerar autónomo el terrorismo frente a otras formas de delincuencia organizada, pero advierte que sus fundamentos son los mismos y que, sobre todo en las condiciones actuales, terrorismo y delincuencia organizada se hallan estrechamente ligados, como es el caso en Italia y en los países latinoamericanos.

Nos parece que los elementos comunes no han sido elegidos ni caracterizados con la debida precisión: no son todos los que están ni están todos los que son. No es consecuente, en seguida, el autor con las premisas de que ha partido, que asocian indefectiblemente la delincuencia organizada al provecho económico, si afirma más tarde su identidad de fundamentos con el terrorismo, modalidad de violencia no orientada hacia las ganancias sino hacia metas de orden político. No elimina, por cierto, esta diferencia la circunstancia de que en algunos países, como Colombia, puedan aparecer ciertos movimientos guerrilleros en pactos contingentes con los señores del narcotráfico. Es vaga, por último, la conexión que Vasiljevic establece entre delincuencia organizada y otras modalidades ilícitas, que entiende como subsistemas reconocidos dentro de aquélla. Los crímenes de cuello blanco no son necesariamente formas de delincuencia a cargo de grupos, y, por otra parte, la delincuencia corporativa, aunque lo sea, no conlleva los elementos comunes cuyo elenco se ha esforzado Vasiljevic en conformar.