REVISTA DE REVISTAS

Derecho penal 658

DERECHO PENAL

BAKKER, Jeanne L., "The Defense of Obedience to Superior Orders: The Mens Rea Requirement", *American Journal of Criminal Law*, Austin, Texas, vol. 17, núm. 1, otoño de 1989, pp. 55-80.

Esta "nota", como suele llamarse en revistas estadounidenses a trabajos que por su densidad, su aparato erudito e incluso su extensión, en nada se diferencian, sin embargo, de artículos propiamente tales, analiza la relación de superior a subordinado y la culpabilidad de este último cuando obedece órdenes ilegítimas.

Si bien tanto el personal militar como el civil pueden hallarse en esta relación de subordinación jerárquica, el dilema se presenta de modo más intenso respecto del primero, cuya profesión tiene la obediencia por naturaleza. La nota se ocupa, pues, en definitiva, del requerimiento de la *mens rea* en la "defensa" de obediencia a órdenes superiores por militares que ejecutan órdenes ilegítimas. La tesis subyacente es la de que las doctrinas tradicionales sobre la materia no tienen adecuadamente en cuenta tal *mens rea*, ello es, la "culpable condición del sujeto consistente en la voluntad o intención de realizar el acto jurídicamente constitutivo de delito, en el conocimiento que la persona tiene de estar participando en tal acto, en el culpable incumplimiento de un deber jurídicamente impuesto".

La primera doctrina analizada es la de *respondeat superior*, conforme a la cual la obediencia no elimina la responsabilidad criminal, sino que la desplaza a la persona que emitió la orden. Al surgir reservas en torno de esta doctrina hacia el fin de la Primera Guerra Mundial, se intentó fundamentarla en el error de derecho por parte del recipiente de la orden, que sería incompetente para apreciar su legitimidad o ilegitimidad, lo que no parece, por cierto, admisible en el caso de ser manifiesta su ilegitimidad. Se la intentó fundamentar también con el argumento de que está en el interés de la disciplina militar exigir obediencia inmediata, sin hesitación, en virtud de que el hábito de obediencia que aquella disciplina infunde en la sangre del soldado paraliza su fuerza de voluntad y su capacidad de pensamiento, pero esta alegación de que quien quiera se despoje de sus ropas civiles y pase a vestir el uniforme militar se transforme por arte de magia en un seguidor no pensante de órdenes superiores, ha sido categóricamente rechazada en los juicios por crímenes de guerra. Si hay casos en que el inferior obedece órdenes ilegales sin compulsión, no puede la compulsión ser un fundamento general de la doctrina de *respondeat superior*.

Como antítesis de tal doctrina, surge la de la responsabilidad absoluta (*absolute liability*), según la cual la obediencia a órdenes superiores no justifica jamás el acto antijurídico y carece de función para determinar la culpabilidad penal. Si en un caso dado ha habido compulsión, ésta podrá autorizar una mitigación de la pena, pero nunca la justificación del acto. En favor de esta doctrina se sostiene que el inferior sólo puede estar obligado al cumplimiento de órdenes ajustadas a derecho, pero no contrarias a él. Se argumenta, además, que la doctrina de *respondeat superior* —al no autorizar reales sanciones contra los ejecutores directos y deslizar la responsabilidad penal hacia la jerarquía de mando— deja sin aplicación las disposiciones del derecho internacional, al paso que la teoría de la responsabilidad absoluta reposa, en verdad, en la supremacía del derecho de gentes.

El defecto común a ambas doctrinas es que prescinden de la *mens rea*; la primera porque hace operar la obediencia como plena “defensa” aunque la *mens rea* exista, y la segunda porque no la admite nunca, ni aun cuando la *mens rea* falte. El elemento decisivo, según la autora, no debe ser en este problema la existencia o inexistencia de órdenes superiores, sino la condición de la mente del ofensor cuando éste obedece esas órdenes.

Al tratar de esa condición, es decir, de la *mens rea*, la autora se ocupa separadamente de la ilegalidad manifiesta de la orden, del error de hecho, de la compulsión y de la opción moral.

La obediencia a órdenes superiores no es admitida como “defensa” si la orden es de naturaleza manifiestamente ilegal, calificación objetiva basada en la “inteligencia de un hombre razonable” e indicativa de la condición subjetiva de la mente del subordinado. Con probar la manifiesta ilegalidad de la orden, la acusación ha elaborado la presunción irrefutable de que el subordinado no podía menos que conocer esa ilegalidad, pero aun no ha conseguido hacer presumir la *mens rea*, que todavía no se dará si al ejecutar la orden el ofensor era víctima de compulsión. Por tanto, aunque la manifiesta ilegalidad ilustre sobre la condición de la mente del ofensor en los casos de crímenes de guerra, la *mens rea* debe examinar más adecuadamente en el contexto del error de hecho y de la compulsión.

La prueba de la “defensa” de obediencia a órdenes superiores admite la prueba de la “defensa” de error de hecho, esto es, de que el subordinado creía “de buena fe y sobre la base de fundamentos razonables en la existencia de una situación de hecho” que justificaba el cumplimiento de la orden. Esto se torna crucial cuando lo ordenado se imparte como una represalia, esto es, como “una acción ejecutada por una nación con-

tra un enemigo, que normalmente sería una violación de las leyes de la guerra, pero que se justifica como necesaria para prevenir que el enemigo continúe violando las leyes de la guerra" (Taylor). La legalidad de la represalia crea un dilema para el subordinado, que con frecuencia se verá en aprietos para discernir si se trata en verdad o no de una represalia. Cree Jeanne L. Bakker que cada caso debe ser resuelto de acuerdo a sus antecedentes, sin sujeción a una regla general de imposible formulación.

En materia de compulsión no identificada con el forzamiento físico sino con el constreñimiento ejercido sobre la voluntad, cabe decir que la "defensa" de obediencia a órdenes superiores con tal fundamento se limita a las amenazas "inminentes, reales e inevitables" sobre la vida del subordinado. La cuestión reside en determinar cuándo las amenazas asumen esas características como para impedir al sujeto configurar una culpable disposición de ánimo.

El problema de la opción moral empieza por suscitarse cuando el subordinado es libre para elegir entre lo correcto e incorrecto de ciertos cursos de conducta, sin sufrir detrimento. Obedecer una orden ilegal cuando podía desobedecerla sin daño es una conducta culpable. Si todas las alternativas acarrear perjuicio, la solución correcta sería compararlos en su magnitud y luego escoger la menos lesiva. Muchas circunstancias deben considerarse para calificar esa elección: edad, educación, inteligencia, condiciones generales en que el subordinado se halla, duración del tiempo gastado en acción, naturaleza de las hostilidades, tipo de enemigo enfrentado, etcétera.

Tras esta consideración de la *mens rea* dedica la autora algunas páginas al bullado proceso del coronel Oliver North y a su exitoso intento de cobijarse en la "defensa" de obediencia a órdenes superiores, páginas que no resulta especialmente ilustrativo reseñar. Siguen las conclusiones, en que se reitera la crítica a la desestimación que las dos teorías generales de la obediencia hacen de la *mens rea*.

Para Jeanne L. Bakker, la obediencia a órdenes superiores debería ser un resultado *factico* más en la búsqueda de prueba indicativa de la culpable condición de ánimo del sujeto al ejecutar la orden. Por sí solo, el *hecho* de la obediencia a órdenes superiores no debe proteger al ofensor del brazo de la ley. Ese resultado *factico* puede contribuir, sin embargo, en conjunción con otros hechos, al establecimiento de las "defensas" de error de hecho o de compulsión, cuando no ha existido la opción moral. Si se da una de aquellas dos "defensas", el imputado debe ser absuelto de responsabilidad, no a causa de existir órdenes superiores, sino porque las órdenes dentro del contexto de error de hecho o de com-

pulsión eliminan la posibilidad de configurar una culpable condición de ánimo. Por tanto, el subordinado que comete un delito en cumplimiento de órdenes superiores puede ser declarado inocente o culpable. La elección entre condenarlo y absolverlo ha de depender de todos los hechos del caso, pues la obediencia a una orden superior es sólo un ladrillo de una gran muralla.

Interesante razonamiento llevado adelante en el marco del *common law*, frente a desarrollos notablemente más complejos acerca de la obediencia que se da en la ley y en la doctrina de origen continental europeo.

Álvaro BUNSTER

CORREDOR BELTRÁN, Diego, "Aspectos médicos legales de los trasplantes de órganos y sus implicaciones en el derecho penal", *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, vol. X, núm. 35, mayo-agosto de 1988, pp. 53-77.

El autor se refiere a los importantes avances de la cirugía sustitutiva al permitir la recuperación plena de las funciones de determinadas partes del organismo humano, con los consiguientes beneficios: aumentar las perspectivas de vida, mejorar las condiciones de salud en muchos casos y contribuir a la rehabilitación psíquica, social y humana de los beneficiados con esta técnica.

Los trasplantes consisten en pasar partes de un cuerpo humano a otro, y conforme a la legislación colombiana éstos pueden ser "de órganos, tejidos, células y en general todas las partes que constituyen un organismo".

Dentro del concepto caben también las llamadas autotrasplantaciones en la que se llevan a cabo injertos de tejidos de una persona a otra región corporal de la misma; las heterotrasplantaciones en las que se introducen a una persona partes del cuerpo de un animal; así como las alotrasplantaciones, en las que se introducen en el cuerpo humano elementos de material plástico o metal en reemplazo de los naturales.

Debe también contemplarse cuando el donador del órgano es una persona viva, dado que en la mayoría de los casos se obtienen de un cadáver.

Hoy en día, nos dice el autor, no están lejanos los bancos de órganos para eventuales necesidades, mediante la producción de embriones clónicos, pues los órganos se obtendrían por clonación, lo que los haría genéticamente idénticos al receptor. Con ello se eliminarían totalmente los riesgos y las consecuencias que en la actualidad generan los rechazos. Lo que refiere el autor sobre el tema, es buscando dar soluciones en el campo legal en tres aspectos específicos:

1. La finalidad terapéutica del trasplante. La única que debe aceptarse es la salvación de la vida o la restauración o restablecimiento de la salud del enfermo que se está sometiendo al procedimiento, quedando así prohibidas las pruebas experimentales con seres vivos.

2. La muerte y el trasplante. La constatación de la muerte es uno de los problemas más agudos y difíciles de resolver en esta materia. Hasta hace unos quince años la ciencia médica definía a la muerte como el "estado de reposo definitivo de la circulación y respiración, conectado con el cese de la actividad del sistema nervioso central y seguido de la muerte de todas las células y tejidos del organismo". Consiguientemente cuando la teoría jurídica definió la muerte, utilizó como signo clave la desaparición de la función respiratoria. Con el desarrollo de las modernas técnicas de reanimación y con la posibilidad de reemplazo de la actividad cardíaca y respiratoria mediante aparatos, la situación varió. Ahora sabemos que el cerebro muere a los tres o cuatro minutos de faltar la circulación y la respiración. Otros órganos, como el hígado, corazón o los pulmones, tienen términos mayores. Esta diferencia determina que una reanimación tardía puede restablecer (artificialmente) la circulación y la respiración, mientras el cerebro resulta irreparable en sus funciones.

Un caso distinto es cuando el cerebro está afectado directamente por causas externas o internas, sin que se haya interrumpido la circulación o la respiración. En tales casos es posible salvar órganos como el corazón, pero no el cerebro. En vista de que la función del cerebro es insustituible y los daños irreversibles, la extinción de su función simboliza ahora la muerte.

La ciencia médica ha considerado el uso del electroencefalograma como la prueba más segura para constatarla; aunque el autor aclara que existen reparos en cuanto a su certeza. Existe ahora una prueba llamada angiografía, que consiste en la inyección de una sustancia contrastante que hace visible en una radiografía el eventual cese de la irrigación sanguínea cerebral. Teniendo en cuenta el término de supervivencia del cerebro, después de treinta minutos de ausencia de circulación podría considerarse con seguridad la muerte del cerebro. Esta es una prueba

que debe usarse sólo como un medio para confirmarla, ya que ocasiona riesgos para el paciente, pudiendo incluso ocasionarle la muerte.

Este concepto de muerte cerebral es el más aceptado en los simposios internacionales de medicina, y el adoptado por la mayoría de los juristas españoles que han tratado el tema.

El autor se refiere después a la legislación vigente, sanitaria y penal, en esta materia, refiriéndose especialmente a un decreto expedido por el Ejecutivo en 1982.

3. La indicación médica. La indicación médica de la necesidad y la posibilidad de éxito de un trasplante es un pronóstico y no un juicio cierto. Hay que tomar en cuenta que incluye también un componente personal. Atendiendo a esto, la normatividad respectiva dispone que "las operaciones de trasplantes sólo podrán ser practicadas cuando en concepto de los médicos responsables del paciente, los demás métodos terapéuticos, destinados a mejorar las condiciones del enfermo, resulten ineficaces".

El último de los temas que aborda es el del consentimiento, tratándose de un donante difunto, de un donante vivo y el del receptor.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

FLORA, Giovanni, "La liberazione condizionale: quale futuro?", *L'Indice Penale*, Padua, núm. 2, mayo-agosto de 1989, pp. 5-18.

El trabajo de Flora, que recae sobre el presente y futuro de la liberación condicional (conocida entre nosotros como libertad preparatoria) en Italia y en el derecho penal europeo, aparece precedido de una buena síntesis de los diversos "modelos", como hoy se conviene en decir, del instituto. Allí expone el autor la concepción de la liberación condicional como premio a la buena conducta, como forma de proseguir en libertad el tratamiento individualizado que se inició en ambiente cerrado, y, en fin, como fase terminal del tratamiento progresivo resocializador.

Ninguna de estas concepciones, se apresura a señalar Flora, se ha dado en tiempo y lugar alguno en toda su pureza, lo que halla confirmación en las tormentosas vicisitudes legislativas de la liberación condicional en Italia. Apareció allí por primera vez en el famoso Código Zanardelli, basada en el arrepentimiento del condenado, reservada a las penas de mediana duración y negada a los autores de ciertos tipos de delitos y a los condenados a prisión perpetua. El Código Rocco de 1930 la siguió

conteniendo, pero sustituyó el arrepentimiento por las "pruebas constantes de buena conducta", eliminó la referencia a los autores de ciertos tipos de delito, prohibió el beneficio a los sometidos a medidas de seguridad detentivas, y mantuvo la competencia relativa a la liberación condicional en el Ministerio de Gracia y Justicia. A pesar de la Constitución republicana de 1948, de algunos tímidos intentos de reforma y de algunas modificaciones introducidas al Código en 1934, el cambio de tendencia quedó reflejado sólo en una ley de 1962, que eliminó el requisito de la condena superior a cinco años, sustituyó el requisito de la buena conducta por el de "comportamiento que permita tener el arrepentimiento por seguro", admitió el beneficio para los condenados a perpetuidad que hubieran descontado a lo menos veintiocho años de pena y suprimió la prohibición para los sometidos a medidas de seguridad detentivas, cuya ejecución quedaba en suspenso por la concesión de libertad condicional. Al innovarse profundamente en 1975 en la disciplina de ejecución de medidas detentivas e introducirse en el sistema italiano una amplia gama de medidas alternativas a las penas que privan de la libertad, se transfiere por fin la competencia del Ejecutivo a los Tribunales de Vigilancia, y la liberación condicional pasa a tener idealmente el papel de momento final en el designio de recuperar al condenado para la vida civil, tras todas las medidas discurridas para un tratamiento progresivo de reeducación. Todavía se da en 1986 un paso legislativo más en el sentido de tal tratamiento.

El supuesto objetivo de la liberación condicional está constituido por la expiación, en términos generales, de treinta meses o, en todo caso, de la mitad de la pena, plazos que pueden prolongarse o abreviarse por razones diversas. Subjetivamente, como se ha indicado, radica en una conducta que haga tener por seguro el arrepentimiento. Una vez liberado, el sujeto es sometido al régimen de libertad vigilada y asistida. El periodo de prueba subsiste lo que falta por expiar de la pena. La revocación es automática y tiene lugar por la comisión de nuevo delito o contravención de la misma índole. Si eso no ocurre, la pena se extingue.

Todo esto muestra que la liberación condicional es entendida en Italia en forma eminentemente reeducativa, con tendencia a constituir la última fase del tratamiento resocializador progresivo. Con tendencia, dice Flora, porque a pesar de ser esa la orientación en la práctica, no hay una norma que subordine la concesión de la libertad condicional a un necesario tránsito previo del liberado a través de las demás fases de tratamiento progresivo.

Si prescindimos de algunos datos acumulados en la aplicación práctica de la liberación condicional, que el autor ha recogido de la zona

de Florencia, cabe aludir a la crítica que Flora dirige al sistema italiano de liberación condicional. Según él, dicho sistema exhibe aspectos que no son plenamente compatibles con su caracterización como reeducativo; por otra parte, no ostenta todavía la coherencia y funcionalidad adecuada a la lógica del tratamiento resocializador progresivo. En el primer sentido, el autor postula la desestimación de la reincidencia, la reducción del límite de cumplimiento de veintiséis años de prisión para los condenados a perpetuidad a esa pena, el carácter no obligatorio de la libertad vigilada y el rechazo de la revocación automática y de la consiguiente negativa a computar a favor del liberado el tiempo del periodo de prueba transcurrido. En el segundo sentido, cabe achacar al legislador el no haber establecido un periodo previo de semilibertad para el liberado condicionalmente y el haber posibilitado un verdadero encabalgamiento entre los efectos de la reducción de pena por efecto de abonos reductivos semestrales, de la semilibertad y de la liberación condicional. Todas estas deficiencias muestran, a juicio de Flora, que la liberación condicional no ha agotado aún todas las potencialidades propias de una medida intrínsecamente reeducativa.

El autor cree, sin embargo, en el porvenir de la liberación condicional, y en que tal porvenir, al menos en los países europeos, está ligado al modelo que ve en ella la fase terminal del tratamiento resocializador progresivo, como regla respecto de penas de mediana duración. No debe la liberación quedar sujeta al tipo de delito cometido, a la reincidencia o a la sujeción a medidas de seguridad. Tratándose del presidio perpetuo la pena debería quedar fijada en veinte años, reductibles con eventuales abonos de pena. Subjetivamente, el requisito para la liberación sería la condición actual de "seguramente resocializado". Una vez en libertad, no quedaría sujeto el favorecido a vigilancia policial sino sometido a obligaciones encaminadas exclusivamente a evitar la reincidencia. La revocación, en su caso, no advendría automáticamente sino que quedaría a la discreción del órgano competente, y no importaría necesariamente el retorno a la prisión plena, sino tal vez a un régimen de semilibertad, a una modificación de la prescripción, a la prolongación del periodo de prueba, etcétera. La autoridad competente debería ser, por cierto, la autoridad judicial más próxima al detenido, y el procedimiento de concesión y revocación un procedimiento contradictorio, con asistencia profesional. La liberación condicional debería ser precedida de un lapso de semilibertad. El sistema propuesto no debería aplicarse si la pena hubiera sido descontada en amplia parte por el periodo de prisión preventiva.

El trabajo de Flora es un documento ilustrativo tanto de *lege lata* como de *lege ferenda* sobre un instituto indispensable pero siempre debatido entre penalistas, penitenciarios y penólogos.

Álvaro BUNSTER

KING, Roy y McDERMOTT, Kathleen, "British Prisons 1970-1987", *The British Journal of Criminology*, Londres, vol. 29, núm. 2, primavera de 1989, pp. 107-128.

La crisis de la prisión es comúnmente percibida como un mero problema de sobrepoblación y falta de servicios higiénicos en los locales penitenciarios. El artículo nos demuestra que no es sólo eso. Analiza la situación en Inglaterra entre los años 1970 y 1985, utilizando un grupo muestra de hombres adultos. Los datos más recientes evidencian que la sobrepoblación sigue existiendo, pero que los aspectos sanitarios han mejorado notablemente. Sin embargo, pese a que la parte de vigilancia y administración ha sido atendida, los sistemas penitenciarios son peores ahora en un aspecto específico: la utilización del tiempo.

En cuanto a las prisiones de los años setenta, los autores llevaron a cabo la investigación en cinco prisiones de diferente clasificación del sureste de Inglaterra: una prisión de máxima seguridad, dos de seguridad media, una prisión abierta, y una que recibía toda clase de prisioneros: procesados, arrestados y sentenciados. Ellos representaban los clásicos prisioneros adultos sujetos a tratamiento rehabilitador.

Dominaba en esa época la idea de lograr la rehabilitación de los internos a través del tratamiento. Esa era la primera regla de la institución y todo el sistema (seguridad, tratamiento, personal, educación y arquitectura penitenciaria) giraba alrededor de ese ideal. Los grupos que luchaban por la preservación de los derechos de los prisioneros eran bien vistos y, por lo tanto, les fue permitido protestar (no siempre lo hicieron de forma pacífica) ante los directores de establecimientos penitenciarios.

Quince años después el escenario cambió dramáticamente: la seguridad encabezaba la lista de importancia del régimen y era la principal preocupación del personal penitenciario. Para la comparación se eligieron cinco prisiones, representativas de la zona urbana y sus servicios, en una zona distinta, ahora del centro del país. Las preguntas que deberían de contestarse fueron: a) ¿cómo es el sistema de prisiones en el país?; b) ¿por qué es de ese tipo?; c) ¿funciona tanto para el personal como

para los internos?, y d) ¿existen alternativas que puedan considerarse? Todo ello con vistas a lograr una comparación retrospectiva con las respuestas obtenidas quince años atrás.

Los autores aclaran que las diferencias anotadas no significan que necesariamente sean válidas para otras prisiones de otros lugares. Sólo demuestran que existen diferencias entre dos grupos de prisiones equivalentes, en el transcurso de quince años. Los datos vistos por separado, son una muestra de lo que eran en su momento las prisiones inglesas. Por último, explican que la metodología y los objetivos de la investigación entre ambas fechas fueron diferentes.

1) Sobre población. La más alta concentración de prisioneros por celda se concentró en Inglaterra en las prisiones locales y las destinadas a los reincidentes. El porcentaje de ocupación en 1971 fue del 111.5%. En 1987 el número de prisioneros aumentó en mayor medida que la disponibilidad de lugares, elevando el porcentaje a 113.2%. El sobrecupo existió también en las instituciones para mujeres, tanto adultas como menores. Este punto del trabajo viene ilustrado con las tablas respectivas según el establecimiento.

2) Servicios higiénicos. Las reglas recomiendan que exista una tina o regadera por cada diez personas. En este punto sí es más difícil resumir los datos, ya que varían mucho de acuerdo con la construcción, aunque se puede decir que ninguna ofrecía las facilidades sanitarias ideales (se requiere que estén siempre disponibles para cuando la persona lo necesite: después de hacer ejercicio físico y haber trabajado en labores sucias). Estamos hablando de una verdadera necesidad si recordamos que a menudo los internos consumen sus alimentos en la misma celda.

3) En cuanto al trabajo, hay que mencionar que la industria se aleja cada vez más de las prisiones. En 1986 perdió casi diecinueve millones de libras esterlinas. Es poco el trabajo que se ofrece a los presos. Algunos internos llevan a cabo labores remuneradas dentro de la prisión (por ejemplo en la cocina) por pocas horas al día. Las horas de ocupación han disminuido en relación con las de 1970.

No son estos los únicos temas analizados, el artículo es bastante ejemplificativo del estado actual de las prisiones inglesas (la investigación abarcó desde febrero de 1970 hasta julio de 1986). A juicio de los autores, el mayor problema está en la cantidad de tiempo que pasan los internos dentro de sus celdas (excesivo) y el tiempo que dedican al trabajo (insuficiente). Atendiendo a estos parámetros, las prisiones de máxima seguridad del país, les recuerdan a los penales de quince años atrás. Esta última afirmación es muy desalentadora.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

LAMAS PUCCIO, Luis, "El decomiso en el contexto de la Convención de las Naciones Unidas contra el narcotráfico", *Revista del Foro*, Lima, año LXXVI, núm. 1, enero-junio de 1989, pp. 275-290.

Es éste un buen trabajo descriptivo de diversas tareas de la comunidad internacional destinadas a la lucha contra el narcotráfico, conforme al acelerado y preocupante desarrollo del problema a lo largo del presente siglo. La parte central del estudio se refiere a la sanción de decomiso, no sólo de estupefacientes y psicotrópicos, sino, sobre todo, de los rendimientos económicos de la conducta ilícita.

Entre los antecedentes citados figura la Pure Food Drug Act, expedida en los Estados Unidos, en 1906, para enfrentar, entre otros asuntos, el tema de las llamadas "drogas duras". En 1909 se reunió en Shangai, por primera vez, la Comisión del Opio, grupo constituido por trece naciones. De aquí se pasó al inicial tratado de fiscalización de drogas, el Convenio Internacional del Opio, suscrito en La Haya, en 1912. Este instrumento entró en vigor el 11 de febrero de 1915; su finalidad era el control de sustancias con aplicación terapéutica.

Posteriormente proliferaron los convenios internacionales: hubo tres convenciones, de 1925, 1931 y 1936, respectivamente, así como otros tantos protocolos: de 1946, 1948 y 1953. Este fue el panorama hasta la concentración de los asuntos que sobre la materia preocupaban a la comunidad internacional, en la Convención Única sobre Estupefacientes, vigente desde el 13 de diciembre de 1964, modificada por el protocolo de 1972. El régimen internacional de control se amplió, como era necesario hacerlo, mediante el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 1971, que extendió la fiscalización al LSD, la mescalina, las anfetaminas y las sustancias hipnótico-sedantes, como los barbitúricos.

La Asamblea General de las Naciones Unidas solicitó a la Comisión de Estupefacientes la preparación de un proyecto de convenio que abarcara diversos puntos vinculados con la represión del tráfico de estupefacientes y psicotrópicos, materia que se amplió en el curso de los trabajos de la Comisión, iniciados en 1985. Con base en los elementos reunidos, los representantes de los Estados miembros de Naciones Unidas se reunieron en Viena, del 25 de noviembre al 20 de diciembre de 1988, para discutir y aprobar la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (19 de diciembre de 1988).

A juicio del autor, una de las más interesantes innovaciones que plantea la Convención es la referente a medidas para identificación, localización, congelación y confiscación de los ingresos procedentes del tráfico

ilícito de drogas, punto que sólo superficialmente aparece en las anteriores convenciones sobre estupefacientes y psicotrópicos.

En este orden de cosas, la Convención constituye un instrumento especialmente útil para la lucha contra el "blanqueo" o "lavado" de dinero, aspecto central del esfuerzo mundial en la prevención y represión del narcotráfico. La Convención define al "blanqueo" como "acto de ocultar o encubrir la naturaleza, origen, disposición, movimiento o propiedad verdaderos del producto, e incluye el movimiento o conversión del producto hasta por transmisión electrónica" (p. 284).

El procedimiento para la solicitud del decomiso, conforme a la Convención, no descarta, necesariamente, las medidas nacionales a este respecto. Como ejemplo de ellas se citan las previstas en el Estatuto sobre Organizaciones de Actividades Delictivas (artículo 848 del Código 21, Estados Unidos de América), a propósito de la cooperación internacional en la materia.

La Convención alienta la expedición de normas para evitar que el secreto bancario encubra el "lavado" de dinero, problema que se destaca en el *Plan amplio y multidisciplinario de actividades futuras en materia de fiscalización del uso indebido de drogas*, aprobado en la Conferencia Internacional sobre el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas (Viena, 17 a 26 de junio de 1987).

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

NARIMAN, Fali, "Jueces y abogados en la U.R.S.S. Una nueva perspectiva", *La Revista (Comisión Internacional de Juristas)*, Ginebra, núm. 43, diciembre de 1989, pp. 61-65.

El autor es un abogado hindú, miembro del Comité Ejecutivo de la Comisión Internacional de Juristas. En este artículo describe algunas experiencias y propuestas para el mejoramiento de la administración de justicia en la Unión Soviética, bajo las nuevas directrices aportadas por la *glasnost* y la *perestroika*. Las observaciones del autor toman como punto de partida una conferencia realizada en Moscú en 1988, con el patrocinio de la Asociación Internacional de Abogados y la Asociación de Abogados Soviéticos. En este caso fueron abordados los siguientes temas: patrimonio jurídico, arbitraje Oriente/Occidente y derechos humanos.

Entre los más recientes ejemplos de éxito de la *glasnost* figura la decisión del gobierno de la Unión Soviética en el sentido de aceptar some-

terse al arbitraje de la Corte de La Haya, con respecto a supuestas violaciones de normas contenidas en cinco instrumentos internacionales de los que es signataria la Unión Soviética. Se trata de acuerdos referentes a genocidio, trata de blancas y prostitución, derechos políticos de la mujer, racismo y tortura. También se hace notar la derogación de leyes que sancionaban la propaganda antisoviética.

Brevemente se examina el problema de la independencia judicial. Anteriormente se veía afectada dicha independencia por diversas vías, no sólo ni siempre a través de instrucciones dadas a los juzgadores. Ocurría —dice el autor, refiriendo impresiones de magistrados soviéticos— que muchos jueces “confiaban implícitamente en los dirigentes políticos del país. Los enemigos del país eran los enemigos del socialismo, y los enemigos del socialismo eran los enemigos de la Corte de Justicia” (p. 62). Hoy día la legislación favorece la independencia de los juzgadores. Las salvaguardas se hayan en el régimen de elección de jueces para periodos prolongados (se considera la posibilidad de establecer la inamovilidad vitalicia) y en la participación del público en los tribunales, mediante “una sesión sin par conocida con el nombre de Sesión de un Tribunal Popular” (p. 62).

En este artículo se citan los principios básicos sobre la independencia de la magistratura, adoptados por el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento de los Delinquentes (Milán, 1985), y aprobados por la Asamblea General en resolución del 13 de diciembre de 1985.

También se alude al ejercicio de la abogacía en la Unión Soviética, tomando en cuenta el preponderante papel que cumplen los abogados en la protección de las libertades fundamentales. Sobre este punto, se ha formalizado una recomendación al Soviet Supremo para establecer el derecho de los inculcados a ser asistidos cuanto antes por un defensor libremente **designado**.

En 1988 se formó en la Unión Soviética el Sindicato de Abogados Soviéticos. El artículo 5 del Acta Constitutiva de este organismo entiende que “una abogacía independiente y sólida constituye la base para el imperio del derecho”. Esta corriente coincide con la inquietud y las recomendaciones que condujeron a la División de lo Criminal de Naciones Unidas a elaborar el proyecto de Principios Básicos sobre la Función de los Abogados.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

PINILLA PINILLA, Nilson, "Los recursos financieros y la delincuencia transnacional", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, vol. X, núm. 34, enero-abril de 1988, pp. 105-130.

Nilson Pinilla Pinilla presentó, con motivo de las Jornadas Franco-Latinoamericanas de Derecho Comparado, este trabajo en el que plantea el problema sobre la delincuencia financiera transnacional, el cual atenta contra el orden económico.

El ilícito, comenta el autor, lo vienen cometiendo ciertas instituciones, las que abusando de la presunción de buena fe y el secreto bancario, lo planean y ejecutan desde las oficinas de magnates codiciosos, cuya meta es la acumulación de riquezas para la movilización, el ocultamiento y el lavado de dinero no sólo mal habido, sino también "los evadidos de las magras economías de países del Tercer Mundo, conducta extremadamente grave contra el patrimonio de las naciones más pobres...".

El autor del artículo que se comenta organiza su trabajo en cinco aspectos: refugios financieros; quiénes son las verdaderas víctimas de esos refugios; el secreto bancario; la fuga de capitales y la deuda externa, y supervisión bancaria internacional; por último, aporta sus conclusiones.

Para apoyar su estudio sobre los refugios financieros, que en opinión del autor han favorecido más a la criminalidad transnacional, realiza sinopsis comparativa de algunas legislaciones bancarias de esos paraísos y de los incentivos concedidos para atraer clientes; la incidencia que tienen en la fuga de capitales; la naturaleza y origen de los bancos allí establecidos; así como algunos hechos delictivos graves perpetrados y asegurados bajo el amparo del secreto bancario y de la poca o ninguna vigilancia o supervisión oficial.

Precisa, también, en qué consisten los actos delictivos a los que se prestan las instituciones bancarias de diversos países; entre ellos se encuentran la concentración de riquezas para la movilización, el ocultamiento y el lavado de dinero.

Pinilla hace hincapié en que la comisión de estos delitos se ve favorecida por las prerrogativas señaladas en sus cuadros de análisis; las cuales, bajo la forma de "secreto bancario" y "presunción de buena fe", provocan, cada vez más, el desequilibrio económico universal, en especial, en perjuicio de países en vías de desarrollo.

Al respecto, señala a los países que constituyen ejemplo clásico en la extensa lista de los catalogados como refugios financieros: Suiza, seguida por las Bahamas, las Islas Caimanes y Panamá.

De lo anterior, se hace las siguientes preguntas: ¿Los llamados refugios bancarios realizan actividades tendentes a concluir con este proble-

ma? ¿Cuáles son las medidas adoptadas al respecto? Diversos países, entre ellos Suiza, están intentando dejar de ser calificados como centros de recepción de capitales de origen oscuro. Han iniciado la expedición de leyes de tipo bancario menos proteccionista, como la Ley Federal sobre Asistencia Mutua Internacional en Asuntos Penales (IMAC). No obstante estos esfuerzos, no han sido suficientes las medidas adoptadas por los refugios financieros, para terminar con este tipo de actividades ilegales. Sigue siendo notable la estrecha relación que existe entre la política, el secreto bancario y el delito financiero. Lo anterior, si bien es cierto que se intenta ocultar, es sabido por todos aquellos que estudian con detenimiento este problema económico mundial, por el que está muy lejos de controlarse los llamados *haven* mientras exista el secreto bancario y el anonimato de las compañías.

De una manera rápida, sin dejar de ser clara, el propio autor llama nuestra atención sobre el comportamiento que en relación con el problema expuesto, han guardado algunos dirigentes políticos. Así, nos hace saber de las divisas extraídas por el dictador Anastasio Somoza (Nicaragua), por el emperador Haile Selassie, por el presidente Mobotu Sese Seko (Zaire), por el dictador Rafael L. Trujillo (República Dominicana), etcétera.

Otro punto importante que se expone en este artículo, es la ilimitada ambición de dirigentes políticos por atraer capitales, llegando incluso a propiciar actividades relacionadas con el narcotráfico y el consumo de enervantes entre la población.

Hemos visto que los refugios financieros sobreviven en perjuicio de países tercermundistas. Pero, ¿cuál es la actitud de los países desarrollados? Pinilla considera que es ambivalente; por una parte, algunos países critican la existencia de dichos refugios; por otra, el resto de ellos pretende favorecerlos; estos últimos coinciden con aquéllos en que cuentan con bancos de este tipo, a lo largo del territorio de otras tantas naciones. De esta forma, el autor clasifica a los países en victimarios y víctimas, sin que haya duda sobre quiénes son unos y quiénes los otros.

Continúa exponiendo el autor que el estado que guarda México, la deuda externa que le agobia —al igual que a otros tantos países—, tienen su origen en la fuga de divisas: los mexicanos guardan aproximadamente 35 billones de dólares americanos en el exterior; entre 1980 y 1982 nuestro país sufrió evasión de divisas por 26 billones de dólares, y entre 1983 y 1985, la fuga equivalió a 17 billones de la misma moneda.

Cabe hacer notar que el secreto bancario no es exclusivo de los países capitalistas. Las cuentas bancarias secretas, identificadas sólo por una

serie de dígitos, son comunes en la Unión Soviética, donde los bancos constituyen uno de tantos monopolios estatales.

Uno de los problemas es el crecimiento de instituciones bancarias, que ya operan en países distintos al de su origen, y la falta de control y supervisión por parte de sus matrices. Sin embargo, se tiene noticia de que los gobernadores de bancos internacionales en los once países más desarrollados del mundo, organizados en el llamado Grupo de los Diez, promulgaron a finales de 1975 un concordato que consagra principios fundamentales de cooperación, con el fin de cortar de raíz el creciente problema de fuga de divisas.

Este concordato se formó con las propuestas de los delegados designados por el Grupo de los Diez; aunque algunas de ellas no fueron aceptadas a pesar de ser convenientes, tales como la investigación de las posibles actividades delictivas en una oficina bancaria, y la violación del secreto bancario por una parte del país anfitrión, en aquellos casos en que exista sospecha de que se está encubriendo alguna actividad delictiva.

También se han llevado a cabo congresos internacionales para tratar este problema, como la Conferencia Internacional de Supervisores Bancarios, y se han constituido organizaciones al respecto, como el Comité en Regulaciones Bancarias y Práctica de Supervisión.

Concluye el autor señalando que:

el secreto bancario ha ido demasiado lejos, que la banca no puede seguir siendo una actividad esotérica y que es urgente que a ciertas instituciones financieras se les cambie su papel de codelincuentes internacionales por uno más acorde con las funciones de fomento a las economías en desarrollo que universalmente les corresponde.

El sentir del autor se reduce a considerar que la fuga de divisas, que tanto afecta a la economía internacional, se lleva a cabo principalmente en las altas esferas políticas; los refugios financieros se convierten en entidades que no son nocivas en sí mismas, sino en tanto se transforman en cómplices de los políticos delincuentes exportadores de capitales.

La solución que propone es extremar la represión y aumentar la penalidad sobre los delitos contra el patrimonio económico, provocados principalmente por desigualdades sociales.

ROXIN, Claus, "La posizione della vittima nel sistema penale", *L'Indice Penale*, Padua, núm. 1, enero-abril de 1989, pp. 5-18.

El eminente catedrático de Munich empieza por afirmar que la posición de la víctima en el sistema penal ha devenido en el último decenio uno de los temas de política criminal más debatidos en la República Federal de Alemania. Corrientes prácticas y teóricas, pesquisas científicas y necesidades sociopolíticas de carácter pragmático han alimentado en igual medida el nuevo movimiento de tutela de la víctima. Entre ellas cuéntanse el surgimiento de la victimología como disciplina autónoma; el movimiento estadounidense en favor del resarcimiento; la escasa idoneidad político-criminal de la pena con sus pobres resultados prácticos en materia de tratamiento, y la insatisfacción de las víctimas con un sistema penal que les reporta más daño que beneficio. A ello habría que contraponer un sistema punitivo que ha puesto en la base de sus sanciones en forma casi exclusiva el conflicto entre la colectividad y el reo, extrañando de él a la víctima y reservando al derecho civil el resarcimiento del daño.

Tanto las penas detentivas como las pecuniarias desalientan el resarcimiento. El condenado a prisión, así en la cárcel como luego de liberado, no queda en condiciones económicas de resarcir, y el condenado a multa cree haber satisfecho suficientemente con ella al Estado y se resiste a compensar también a la víctima. Los partidarios de excluir a esta última del sistema sancionatorio piensan que el Estado debe garantizar intereses colectivos y no interferir en conflictos privados, evitando confundir derecho civil y derecho penal, cuya separación es una importante conquista jurídica de los últimos siglos. Agregan que el derecho penal resultaría debilitado por la posibilidad surgida para el delincuente de arreglárselas al margen de un derecho penal despojado ya de todo poder intimidatorio.

Roxin pasa revista al derecho penal alemán vigente y a la actitud de la judicatura de su país sobre la materia, para arribar a una conclusión susceptible de generalizarse al menos a los demás países europeos, a saber, la de que el legislador se limita prudentemente a ofrecer en este respecto prescripciones facultativas, mientras la práctica judicial asume una actitud de rechazo casi unánime a tal oferta. Cree él, sin embargo, poder legitimar la idea del resarcimiento del daño en sede penal no sólo en el plano práctico sino también en el político social y en el de la teoría de la pena.

Sobre la premisa de que a la legislación penal subyace el principio de subsidiariedad, por el cual la pena interviene sólo y en la medida en

que es requerida para el restablecimiento de la paz social, ha de concluirse que si ese fin puede alcanzarse con el solo resarcimiento del daño, la sanción penal puede dejarse de lado. El problema decisivo es siempre el de establecer si se concilia con los cometidos del *jus puniendi* la renuncia en un procedimiento estatal a la aplicación en todo o en parte de una pena en sí merecida, cuando el reo resarza el daño causado y se llegue, en consecuencia, a una reconciliación con la víctima. Esto, que no es concebible en un derecho penal retribucionista, lo es en un derecho penal orientado a la prevención especial. La reconciliación por efecto del resarcimiento mitiga, a lo menos, la discriminación social de que el reo es objeto por su delito. Por otra parte, esta lenidad, que podría calificarse de excesivamente idealista, no origina mayores peligros de reincidencia que las demás sanciones inspiradas en la prevención especial. Todo ello en el entendido de que no se trata de sustituir la pena por el resarcimiento del daño sino sólo de brindar al juez, excluyendo los delitos más graves, esta oportunidad para los casos que él estime adecuados.

¿Y la prevención general? Los escrúpulos que pudieran subsistir en función de ella se disipan si se tiene en cuenta, primeramente, que el efecto intimidatorio del derecho penal sobre la población no se funda en la ejecución de la pena detentiva y pecuniaria sino más bien en la eficacia de las amenazas penales sobre la dirección de la conducta, y en la afirmación del derecho a través de la condena judicial. Ante esto el momento de la ejecución desempeña un papel de segundo plano. Se disipan esos escrúpulos, enseguida, si se piensa que, por ser la delincuencia un factor social perturbador que alarma a la población, más que al efecto negativo de disuadir del delito se orienta la prevención general al efecto positivo de remover este factor de alarma, de modo que ante la violación del derecho la comunidad se tranquilice, considerando la cuestión resuelta y la paz restablecida. Las primeras investigaciones realizadas recientemente en el Japón, en los Estados Unidos y en la propia Alemania Federal muestran que el control social a través del *jus puniendi* puede realizarse en gran medida con una compensación reo-víctima. Si se diese, pues, al juez la posibilidad, tratándose de delitos de leve o mediana entidad, de eximir de pena o de reducirla de modo sustancial cuando el reo, bajo la forma de dinero, trabajo o actos de excusa, resarza el daño cometido, la fe de la población en el derecho no resultaría debilitada sino, incluso, reforzada. Pena, medidas de seguridad y resarcimiento del daño configurarían por primera vez un sistema sancionatorio completo.

¿Cómo introducir el resarcimiento del daño para discriminalizar conductas actualmente punibles y tenerlas, pues, *ab origine* fuera de la justicia penal?

Caben, en primer término, soluciones "sectoriales". La punibilidad del hurto, de la apropiación indebida, del encubrimiento por recepción, de la estafa y de otros delitos similares podría declararse extinguida si el agente resarciera el daño antes de que la autoridad llegara a conocimiento del hecho por él cometido, lo que favorecería en igual medida a la víctima, al agente y al Estado. El desarrollo de formas auto-suficientes de control social, en seguida, haría posible renunciar a la pena en favor de un generoso resarcimiento del daño, que afectaría, por ejemplo, a los sorprendidos sin pagar boleto en los medios públicos de transporte o cometiendo hurtos menores en los grandes supermercados. Este generoso resarcimiento del daño es también susceptible de instituirse en ciertos sectores de la justicia hacendaria. Cabría, en segundo término, aparte formas de descriminalización como las antes referidas, decretar el archivo de los antecedentes durante la fase de instrucción en el proceso penal, tratándose de delitos leves, si el autor procediera al resarcimiento del daño. Cabría, en tercer término, eximir de la pena de multa en los delitos que la traen aparejada como única sanción a quien indemniza del daño a la víctima, con lo que se eliminaría la citada renuencia del condenado a multa, a indemnizar, además, a aquélla. En cuarto lugar, cabría considerar la posibilidad de autorizar al juez, en casos calificados, para no aplicar la pena detentiva a cambio del resarcimiento del daño. Por último, en los casos de un imputado confeso con disposición a indemnizar el daño, podría imaginarse un procedimiento de restitución con debate contradictorio al estilo tradicional, aun para el caso de que la víctima no se mostrase dispuesta a un acto de reconciliación.

En todas estas situaciones podría preverse, respecto del reo carente de medios económicos, un trabajo de utilidad pública análogo al que desarrollan quienes formulan objeciones de conciencia al servicio militar, y cuyo producido cedería en favor de la víctima del delito. Hasta podría pensarse en tal tipo de trabajo relativamente a delitos sin daño y sin víctimas individuales, cuya remuneración incrementaría un fondo para el resarcimiento de las víctimas de los delitos, que quedaría al alcance del juez en el procedimiento de restitución.

Todo esto, dice Roxin, sabe a utopía, sobre todo por su difícil elaboración en el plano técnico jurídico, pero la utopía de hoy puede ser la realidad de mañana. A la larga, la sociedad moderna podrá superar sus problemas sociales sólo si está dispuesta a reformarse.

Álvaro BUNSTER

SENISE FERREIRA, Ivette, "La criminalité informatique en Brasil", *Rapport national au XIII Congrès International de Droit Comparé*, São Paulo, 1990, en prensa, 19 pp.

En el reporte que elabora la profesora Senise, nos presenta un panorama general de la situación actual en Brasil respecto a los llamados "delitos informáticos" y la forma de contrarrestar dichas infracciones, tanto por las reglas ya en vigor o por la previsión de nuevos modelos destinados a la protección de bienes e intereses jurídicos confiados al Estado.

La descripción de estas acciones ilícitas y sus sanciones en Brasil bien pueden servir para una evaluación internacional del problema y la búsqueda de soluciones apropiadas y sobre todo homogéneas.

Dicho fenómeno se ha generado por la *informatización* siempre creciente de las múltiples actividades de los individuos o grupos sociales en el seno de sus comunidades, lo cual ha generado nuevos instrumentos de criminalidad.

Diversas terminologías se han empleado para expresar esta problemática; sin embargo, los llamados fraudes y la introducción de los virus informáticos son sin duda manifestaciones palpables de esta situación.

La autora menciona las clasificaciones que sobre el particular han elaborado algunos juristas en el extranjero y que se aglutinan en un sentido raro en aquellas en que la computadora es instrumento y aquellos en que la computadora o sus elementos son objetivo dentro de ese ilícito; así tenemos manifestaciones tales como la apropiación ilícita, el robo de uso, el robo de tiempo, la copia o destrucción de programas, el fraude, competencia desleal, violación a la intimidad de las personas, etcétera.

En Brasil, del Código Penal de 7 de diciembre de 1940 con sus reformas de 11 de julio de 1984, se aplican frente al problema, el artículo 155 relativo al robo, el 163 sobre destrucción o deterioro de cosas, el 168 sobre apropiación ilícita, el 171 sobre fraude, el 151 sobre violación de correspondencia y comunicaciones (en el caso de las libertades individuales), así como el 153 sobre divulgación de secretos.

Por otro lado, están la ley del 14 de diciembre de 1973 y la de 17 de diciembre de 1980 en que reconocen la existencia de un derecho autoral (entiéndase moral y patrimonial sobre cierto tipo de programas).

También tenemos al Código de Propiedad Industrial de 21 de diciembre de 1971, que a pesar de no mencionar específicamente a los programas de computación, ofrece una protección parcial respecto a algunas de sus figuras jurídicas.

Por último, las leyes sobre informática del 29 de octubre de 1984 y del 18 de diciembre de 1987 en las que se contemplan situaciones específicas como la violación al derecho de autor del *software*, el comercio de programas extranjeros no registrados, el proceso penal y las acciones civiles. La conclusión a la que llega la autora es que a pesar de la existencia de dichas figuras jurídicas en Brasil, el problema está aún lejos de resolverse, por lo que considera importante una conscientización al respecto a fin de adecuar atingentemente al desarrollo científico y técnico con las reglas jurídicas.

Julio TÉLLEZ VALDES

DERECHO PROCESAL

BIAGGI GÓMEZ, Julio, "La administración de justicia en América Latina y los derechos humanos", *Revista del Foro*, Lima, año LXXVI, núm. 1, enero-junio de 1989, pp. 239-252.

El estudio del doctor Biaggi, ex magistrado peruano de lo correccional, persigue un triple objetivo consistente en el análisis, primero, del grado o medida en que los derechos humanos son aplicados eficazmente en el ámbito de la administración de justicia; segundo, de los factores positivos y negativos que influyen en su aplicación, y, tercero, de los instrumentos y mecanismos legales existentes a nivel regional americano para la protección y defensa de los derechos humanos.

Al efecto, el autor parte de la premisa fundamental de que, para que pueda darse la vigencia plena de los derechos humanos, se requiere la existencia tanto de una democracia real y no meramente formal, como de un Poder Judicial independiente no sometido o subordinado, sea al Ejecutivo sea al Legislativo.

Acorde con el título de su trabajo, el doctor Biaggi privilegia y expone con mayor amplitud el primero de los aspectos planteados, es decir, el relativo a determinar hasta qué punto los tribunales de justicia cumplen eficazmente con su cometido prioritario de proteger los derechos humanos. Sobre este particular la exposición se convierte en un inventario o recuento de los innumerables males, vicios y deficiencias que aquejan a la administración de justicia en la gran mayoría de los países latinoamericanos.