

REVISTA DE REVISTAS

Derecho penal. 1002

La TEF trae consigo diversos riesgos y problemas. El autor examina los más relevantes, que "en realidad no son riesgos nuevos, sólo tienen una envoltura diversa para la novedad del medio usado". Son los siguientes: delitos, errores, mal funcionamiento, dificultad en revocar una operación y pérdida de la confidencialidad.

Se examina la necesidad y conveniencia de expedir nuevas normas para la regulación de la TEF. Al respecto, existe ya un marco genérico, suministrado por los artículos 36 y 67 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, así como reglas generales emitidas en junio de 1988 por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con base en el referido artículo 67.

Más que nuevas leyes que regulen la figura de la TEF, el autor sugiere "ajustes en la normatividad" de operaciones que actualmente se realizan por medio de ella, lo que implica, por ejemplo, revisar la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Enunciativamente se presenta una relación de puntos que es necesario reexaminar; así: presentación del título de crédito para su pago en el lugar del librado, acción ejecutiva para las obligaciones derivadas de un acto jurídico celebrado por TEF, liberación de obligaciones cuyo pago se hizo por este medio, expedición de recibos y comprobantes, satisfacción de obligaciones fiscales mediante TEF, mandato y representación, necesidad de firma autógrafa, conservación de documentos y microfilmes, normas sobre prueba, normas laborales, etcétera.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

DERECHO PENAL

AZEMA, Jacques, "La dépenalisation du droit de la concurrence", *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, París, núm. 4, octubre-diciembre de 1989, pp. 651-657.

El profesor de Lyon define el derecho de la concurrencia, categoría propia del derecho económico, como el conjunto de reglas tendentes a prevenir y, cuando sea el caso, sancionar las prácticas que por su naturaleza traban o falsean el juego de la concurrencia.

Este derecho de la concurrencia había estado protegido en Francia por la ley penal, en buena parte por el Código Penal mismo y por mu-

chas otras disposiciones, entre ellas la ordenanza 45-1483 de 30 de junio de 1945. Esto había merecido críticas, tanto en nombre de los peligros inherentes a la inflación penal en ramas de la legislación tenidas por técnicas, como por la excesiva severidad de las sanciones. La ordenanza 86-1243 de 1986, relativa a la libertad de precios y a la concurrencia, introduce una reforma profunda en este dominio del derecho francés.

La nueva ordenanza distingue las prácticas contra la concurrencia y las prácticas restrictivas. Aquéllas, como verbigracia la constitución de uniones o grupos, importan abuso de poder y dominación; éstas, acciones individuales dirigidas a no vender, a imponer precios, etcétera. Las primeras quedan confiadas al Consejo de la Concurrencia, investido de poderes de decisión de que carecieron cualesquiera órganos anteriores; las segundas quedan entregadas, como antes, a las jurisdicciones judiciales. Así pues, la despenalización es una realidad mucho más respecto de las primeras que de las segundas.

Las empresas implicadas en prácticas contra la concurrencia pueden sufrir principalmente sanciones de naturaleza económica, cuya magnitud puede alcanzar hasta el 5% de la cifra de negocios, fuera de impuestos, alcanzada en Francia en el ejercicio anterior. Estas sanciones, en un estado de cosas que desconoce la responsabilidad penal de las personas morales, no son, evidentemente, de carácter penal. La sola existencia de una unión de un abuso de dominación tampoco acarrea responsabilidad penal para el jefe de la empresa, pues conforme al artículo 17 de la Ordenanza, la persecución penal no puede alcanzar sino a las personas físicas que fraudulentamente hayan tomado parte personal y determinante en la concepción, organización o ejecución de una práctica anticoncurrencial. Se pasa así, en relación a la Ordenanza precedente, de una incriminación de principio a las personas físicas a una incriminación excepcional. Parece al autor que la acumulación de exigencias traduce la voluntad del legislador de limitar la sanción penal de las personas físicas a comportamientos de excepcional gravedad, realizando así, en materia de prácticas anticoncurrenciales, una despenalización que está lejos de darse en lo que concierne a las prácticas restrictivas.

La sobrevivencia del derecho penal en materia de sanción a prácticas restrictivas de concurrencia se manifiesta, primeramente, en la subsistencia de incriminaciones bastante numerosas y, paradójicamente, en el régimen muy insólito de la sanción civil, que sustituye a veces a la sanción penal, conllevando todavía la huella de su origen.

La Ordenanza vigente ha mantenido numerosos comportamientos en la categoría de delitos correccionales. Si bien no existen ya las penas de prisión antes conminadas, el monto de la multa deja inalterada la calificación que la infracción merece. Tal es el caso del desconocimiento de las reglas relativas a la facturación, de la reventa a pérdida, de la práctica de precios impuestos y, todavía, del hecho de afectar el pago de ciertos productos alimenticios perecibles o de ciertas bebidas alcohólicas por una dilación superior a treinta días después de terminar el mes de la entrega. Cabe preguntarse, dice Azema, sobre la oportunidad de esta calificación penal. Aparece ella como muy normal en lo que hace a la obligación de facturación cuyo interés sobrepasa sensiblemente la protección de la concurrencia. Se puede igualmente admitirla tratándose de la práctica de precios impuestos, cuyo efecto nefasto sobre la concurrencia es especialmente marcada. En cambio, la solución es, sin lugar a dudas, anormalmente severa cuando la sanción de tales comportamientos termina principalmente por proteger a ciertos industriales y comerciantes en contra de otros, como es el caso de la reventa a pérdida, cuya calificación de delito correccional parece a este respecto discutible.

Alvaro BUNSTER

BERDUGO, Ignacio, "La legislación penal antiterrorista", *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, vol. XI, núm. 38, mayo-agosto de 1989, pp. 23-37.

Trátase de una conferencia pronunciada por el profesor salmantino en septiembre de 1988 en las X Jornadas Internacionales de Derecho Penal, celebradas en la Universidad del Externado de Colombia. El análisis recae sobre la legislación dictada en el marco político occidental europeo, y más concretamente, en España.

La implicación política del tema mueve de partida a Berdugo a algunas puntualizaciones: la constitución española es un marco político de raíz consensual que posibilita el pluralismo y la evolución hacia un sistema social más justo; las dos vertientes del derecho, a saber, sus aspectos de garantía frente al poder estatal y de medio de control social, pueden hallarse en tensión; el terrorismo es un problema político que debe abordarse en un debate primordialmente de esa índole, y la posi-

ción del jurista frente a las leyes antiterroristas debe ser la de evitar, en lo posible, que ellas devengan una agresión de la libertad.

Se ocupa el autor, a seguido, de la política legislativa penal en Europa occidental, principalmente desde los años setenta, política que, por razones ampliamente conocidas, ha dejado de orientarse preferentemente a la resocialización del delincuente para dirigirse sobre todo a la protección de la víctima. En cuanto a la política criminal antiterrorista, que no se circunscribe a la mera utilización del derecho penal, ella se caracteriza en los países europeos que han erigido modernamente un estado social de derecho por ver en el terrorismo un ataque excepcional a ese modelo de Estado, cuya respuesta debe poseer también un carácter excepcional y que aparece reflejada en la ruptura de los principios que normalmente rigen la actuación estatal. Esta excepcionalidad concierne tanto al derecho constitucional, que favorece los recursos de excepción, como al derecho penal, que agrava las penas y altera categorías jurídicas suficientemente asentadas, como al derecho procesal, que modifica las normas de actuación del proceso y las de competencia y, en fin, al derecho penitenciario, que establece, verbigracia, un régimen especial para los implicados en hechos terroristas. Esta ruptura de los principios generales de cada ordenamiento puede llegar a cuestionar las bases de un sistema social de respeto a la persona, máxime si el impacto emocional de estas actividades delictivas inclina a la opinión pública a admitir una ampliación de facultades del Poder Ejecutivo. Con ello, la política criminal en este campo pasa a ser en muchos casos una política criminal de orden público o de seguridad ciudadana. Todo esto invita a un serio debate en que son puestos a prueba los modelos de Estado que se apoyan principalmente en las garantías individuales.

Con el advenimiento de la democracia en España se ha derogado la legislación antiterrorista, incluso la Ley Orgánica de 1984 contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, incorporando al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento algunos de sus preceptos. Este hecho, en principio digno de encomio, es sobre todo una medida de carácter político que introduce la excepcionalidad en la ley ordinaria, "con lo que, y esto es negativo, se eleva a la categoría de permanente lo que, en cuanto excepcional, parece llevar implícita la idea de transitoriedad".

Tras la expresión de todas estas importantes ideas, la conferencia de Berdugo se contrae a cinco puntos concretos: ámbito de aplicación de la legislación antiterrorista, agravación de la respuesta penal frente al terrorismo, problemática de los llamados arrepentidos, asignación de la

competencia a la audiencia nacional en materia de terrorismo, y control judicial sobre las suspensiones de derechos.

En materia de aplicación de la legislación antiterrorista, el problema se centra en el alcance de la "actuación de bandas armadas o elementos terroristas", expresión que ha llevado a una mayoría de la doctrina a exigir, por una parte, la existencia objetiva del riesgo para el sistema constitucionalmente consagrado y, por otra, al elemento subjetivo de la finalidad política en la actuación. Restrictiva ha sido también la interpretación de la Audiencia Nacional y del Tribunal Constitucional. Quedan abiertas, dice Berdugo, las cuestiones de la excepcionalidad respecto de una actuación individual, de las bandas armadas que no actúan con fines políticos y de la rebelión.

En la agravación de la respuesta penal, sostiene el autor, se ha hecho una "utilización simbólica del derecho penal", que plasma el abandono del paradigma de la prevención y su sustitución por el de la víctima, con el objeto de transmitir a la sociedad y a las potenciales víctimas la apariencia de efectividad y protección frente al ataque terrorista. Esta huida al derecho penal, cuando se es consciente de su ineficacia preventiva, es particularmente negativa, según Berdugo, para todo el sistema. Modos de agravación posibles en esta materia son tres: agravar la pena de tipos preexistentes, que sólo es aceptable si afirma la tutela de un bien jurídico adicional y técnicamente deleznable y político-criminalmente rechazable si se basa en el uso de explosivos, etcétera; alterar categorías conceptuales, como la del *iter criminis* y la de las formas participativas, alteración hoy abandonada por la legislación antiterrorista española, y, por último, creación de nuevas figuras delictivas referidas a la actuación terrorista, a través de una adaptación de la figura de asociaciones ilícitas o de la elevación a delito autónomo de formas participativas, recurso este último que debería utilizarse con sumo cuidado.

Relativamente a la problemática de los denominados arrepentidos, cabe considerar la disposición silenciosa, referida al mero abandono de la lucha armada, y la delación, en los casos en que la colaboración activa del reo hubiera tenido una particular trascendencia para la identificación de los delincuentes. Se tiene por aceptable a la primera, sobre la base de consideraciones de prevención especial, y por absolutamente inadmisibles a la segunda, por implicar un retorno al proceso inquisitivo, por originar desigualdad, por evocar la imagen del testigo secreto, etcétera. Berdugo piensa que en estos casos cabe recurrir a la solución política del indulto.

En cuanto a la asignación de competencia en materia de terrorismo a la audiencia nacional, tribunal con competencia sobre todo el territorio, y sobre la constitucionalidad de cuya existencia ha resuelto favorablemente el Tribunal Constitucional, opina el autor que su creación ha traído una disfunción en el ámbito de la legislación procesal, pues, si es posible, debe intentarse combatir el terrorismo con lo normal, no con lo excepcional.

Finalmente, por lo que atañe a la suspensión —autorizada con resguardos por la Constitución— de determinados derechos, como la duración de la prisión preventiva y la indemnidad del domicilio y de las comunicaciones, se trata de una cuestión que sensibiliza particularmente a la opinión pública española. La Ley Antiterrorista hacía posible prorrogar en siete días el plazo máximo de setenta y dos horas establecido como regla general para la detención por la carta fundamental. El Tribunal Constitucional, por resolución que a Berdugo merece plácemes, declaró sin paliativos la inconstitucionalidad de esa norma. La modificación legal de 1988 regula la prolongación de la detención de manera mucho más aceptable.

No hay duda de que estas reflexiones del profesor de Salamanca sobre la represión penal del terrorismo son muy esclarecedoras de varios problemas, aun en contextos políticos diferentes del español.

Alvaro BUNSTER

CAMPOS PIRES, Ariosvaldo, "O livramento condicional e a nova Parte Geral do Código Penal", *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, Brasil, vol. 18, núms. 1-2, diciembre de 1989, pp. 55-63.

El autor, profesor de derecho penal de la Universidad Federal de Minas Geraes, expone la situación legislativa actual de la libertad o liberación condicional (entre nosotros libertad preparatoria) en el Brasil.

La exposición se abre con una concisa y útil reseña histórica del instituto. Es la reseña de una historia breve, pero densa. No se sabe que haya existido libertad condicional antes del siglo XIX. Más que a los estadounidenses, parece incumbir a los franceses el mérito de haberla inventado, si bien tienen algunos por su precursora la práctica introducida en España por Montecinos (1835) en favor de menores supues-

tamente regenerados. En todo caso, es mérito de Irlanda haberla sistematizado como última etapa del llamado sistema progresivo (1857). El Congreso Penitenciario de Estocolmo divulgó sus bases en 1871 y a partir de ese entonces se incorpora paulatinamente a la legislación de los países civilizados.

En el Brasil se le implanta por obra del Código Penal de 1890, pero se la reglamenta sólo en 1924, reglamentación que se modifica en 1934. Esta modificación es objeto de crítica en la exposición de motivos del Código Penal de 1940, principalmente por sus concesiones a la equidad y por extender el beneficio a condenados a una o más penas de un año. El vigente Código de 1984 trata del instituto en sus artículos 83 a 90.

El autor dirige varias censuras al disciplinamiento de la libertad condicional en el Código de 1940. Establecía éste una "franja de iniquidad" por donde deambulaban los condenados a menos de tres años de reclusión y a detención superior a dos e inferior a tres años, inhabilitados para obtener el *sursis* o la libertad condicional, solución adoptada de propósito por deber atender el derecho penal —decía la exposición de motivos— "criterios utilitarios o de política criminal que no siempre coinciden con los de una justicia ideal". Prohibía, enseguida, la liberación a los condenados a una o más penas por delitos autónomos si ninguna superaba los tres años, y la concedía, en idénticas condiciones, a quienes se imponía por dos o más delitos, penalidad superior a aquel término. Esto conducía a aberraciones en la práctica, como la de pedir la elevación de la pena impuesta a fin de que el reo, arrojado a la "franja de iniquidad", pudiese con la admisión de su apelación cumplir pena menor de la primitivamente impuesta. El tercer cargo que formula el autor al Código de 1940, esto es, el de no haber previsto que su régimen de libertad condicional no condecía con el inadecuado sistema penitenciario existente, es, en verdad, una censura sólo indirecta al Código mismo.

El Código vigente ha reducido los plazos mínimos para ser liberado condicionalmente, dejándolos siempre más altos, sin embargo, para los reincidentes, lo que según el autor, contra la prevaleciente opinión contemporánea, merece aprobación. Ha sustituido satisfactoriamente, enseguida, la exigencia de ausencia o cesación de la peligrosidad por el "comportamiento satisfactorio" en el curso de la ejecución de la pena, criterio que parece más objetivo. Acto seguido, al reemplazar el sistema de la "doble vía" por el sistema vicariante, ha hecho posible que el reo de delitos en que se ha empleado la violencia o las amenazas pueda

llegar a obtener la liberación condicional si se dan en él las condiciones para concluir que no reincidirá.

Omisión hecha de otras reformas menores, lo reseñado muestra que el vigente régimen brasileño de liberación condicional obedece, en general, a los lineamientos modernos del instituto y representa un progreso frente al Código de 1940, promulgado durante el *Estado Novo* e influido por el Código fascista de 1930, conocido como Código Rocco.

Alvaro BUNSTER

CÓRDOBA ANGULO, Miguel F., "Algunas reflexiones sobre el fundamento de la culpabilidad", *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, vol. XI, núm. 37, enero-abril de 1989, pp. 75-93.

El autor pretende demostrar, de un modo muy general, cómo el concepto tradicional (normativo) de la culpabilidad atraviesa en la actualidad por una crisis, cuáles son las alternativas que se proponen frente a ella y cuál es, en definitiva, su postura frente a esta polémica. Ante un derecho penal que no protege por igual todos los bienes jurídicos en que tienen interés los ciudadanos y que aplica la etiqueta de criminal de modo desigual a los individuos, independientemente de la dañosidad social de sus acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley penal realizadas por ellos, la culpabilidad aparece como una de las categorías a través de las cuales se pretende lograr en los últimos años un derecho penal más igualitario y más justo.

El autor comienza por una rápida revisión de la concepción psicológica de la culpabilidad (Liszt), de la concepción normativa de la misma (Frank, Goldschmidt, Freudenthal, Mezger) que llama "neokantiana", y de la teoría normativa de la culpabilidad del finalismo welzeliano. De las concepciones normativas neokantiana y finalista concluye que los elementos que integran la culpabilidad se estructuran, en definitiva, en torno de las siguientes ideas básicas: el hombre es un ser libre; a pesar de poder obrar de otro modo, contraviene el ordenamiento jurídico-penal; ese libre obrar de otro modo fundamenta el reproche que hace de la culpabilidad reprochabilidad; ese reproche legitima la retribución por el Estado de tal conducta con la imposición de una pena; ésta tiene, por tanto, un fundamento de carácter retribucionista.

Entrando en la crítica, hace suya la censura que modernamente se dirige, principalmente en Alemania (Roxin) y en España (Gimbernat, Muñoz Conde), al poder actuar de otro modo como concepto puesto en la base de la culpabilidad, y al consiguiente carácter retributivo, según el autor, de la pena que como consecuencia ha de imponerse al sujeto. Rechaza toda culpabilidad que se extienda a la total personalidad del agente y toda tendencia a confundir culpabilidad jurídica y culpabilidad moral. Tras ello expone las alternativas propuestas en época reciente a la concepción de la culpabilidad de las doctrinas normativas, a saber, la sustitución de la idea de culpabilidad por la necesidad de pena (Gimbernat y, con algunas variantes, Fernández Carrasquilla); la sustitución por esa necesidad de pena, pero como requisito adicional de la culpabilidad (Córdoba Roda); la visión de la culpabilidad desde la perspectiva de los fines de la pena (Roxin) y el énfasis en la función motivadora de la norma penal para los efectos de la culpabilidad (Muñoz Conde, Mir Puig, entre otros). Luego de toda esa crítica da cuenta Córdoba Angulo de su propia posición.

Esta posición comienza por admitir la prevención (general y especial) como fin de la pena y, consiguientemente, la función motivadora de la norma penal. En esta función la norma jurídica se halla en compañía de otras normas, morales, culturales, sociales, etcétera, a las que respalda en términos de que la función motivadora no origina un proceso de carácter psicológico meramente individual sino fundamentalmente social. La culpabilidad, por tanto, no puede ser entendida por sí misma sino en relación con determinados valores imperantes en un estado democrático de derecho. "Existe culpabilidad cuando un individuo, estando en condiciones de ser motivado por la norma penal, realiza un hecho típico y antijurídico".

Los requisitos, pues, de la culpabilidad son el conocimiento de la antijuricidad, la imputabilidad y la exigibilidad de un comportamiento diferente. Si en el momento de actuar no se dan en el individuo tales requisitos, no existirá culpabilidad y, por tanto, su comportamiento típico y antijurídico no será pasible de la pena estatal. No importa establecer si un individuo en un momento determinado pudo o no actuar de otra manera sino tener en cuenta que la norma penal motiva a los individuos a través de la amenaza penal para que se abstengan de realizar comportamientos lesivos o peligrosos para bienes jurídicos legalmente tutelados. Lo que se busca no es la libre voluntad sino la motivabilidad. El fundamento material de la culpabilidad está en aquellas facultades que permiten al individuo motivarse por la norma penal y

participar, así, con el resto de la colectividad en condiciones de igualdad en una vida común pacífica y justamente organizada. Es por eso que para determinar si un sujeto es o no imputable, son tanto o más importantes que la normalidad de sus condiciones psíquicas, sus concretos y específicos procesos de socialización y aprendizaje. La alteración o defecto de ellos por obra del analfabetismo, la marginalidad o la subculturación deben considerarse al valorar el comportamiento humano. Lo propio que con la imputabilidad acontece con el conocimiento de la antijuricidad en una sociedad en que coexisten diversos valores, y es también predicable respecto de la no exigibilidad de otra conducta. Por otra parte, imputabilidad, conocimiento de la anjuricidad y exigibilidad son conceptos graduables, que hacen posible la atenuación de la responsabilidad por disminución, aunque no desaparición, de la culpabilidad.

Al ofrecer un concepto de culpabilidad que se aparta del poder actuar de otro modo, del reproche moral y del carácter retributivo de la pena, Córdoba Angulo sirve valiosamente a una visión de la culpabilidad compatible con la estructura y características de los países alejados del centro político del mundo, donde aquella categoría, así entendida, puede contribuir a paliar las desigualdades contenidas en el derecho penal contemporáneo.

Álvaro BUNSTER

LAMAS PUCCIO, Luis, "Delitos contra la propiedad intelectual", *Revista del Foro*, Lima, año LXXV, núm. 1, enero-junio de 1988, pp. 217-228.

Como sabemos, debido a la expansión de los medios de comunicación y a las actividades relacionadas con ellos, se han venido desarrollando muchas manifestaciones nuevas de la llamada propiedad intelectual; asimismo ésta se ha visto amenazada por las acciones de carácter fraudulento y plagitario que esas mismas técnicas electrónicas permiten que se realicen, inclusive con cierta facilidad.

Pues bien, el autor de este artículo comienza recordándonos cómo nacieron las primeras manifestaciones de la propiedad intelectual, muy ligadas a la actividad creadora de artistas y de literatos y de cómo, con el nacimiento de la imprenta, cobra mayor importancia la necesidad de proteger a los autores y sus obras. Sobre este particular, Lamas Puccio

señala que, durante mucho tiempo, las obras literarias y artísticas fueron consideradas como obras del dominio público hasta que, por la vía de los privilegios, se fue desarrollando una legislación favorable a los autores y a sus causahabientes. Sin embargo, dice, no fue sino hasta la Revolución francesa cuando se le otorga un verdadero respaldo legal a la propiedad intelectual, llegándose a la tipificación penal de aquellos ilícitos que afectaron o perjudicaron dicha propiedad.

Luis Lamas, más adelante, examina la naturaleza de la propiedad intelectual y la justificación de los tipos penales que la protegen.

Respecto a la naturaleza de la propiedad intelectual se suelen tomar en cuenta dos tesis principalmente: la tesis que considera a la propiedad intelectual como un derecho real y la que la considera más bien como derechos de la personalidad. Con todo, el autor sostiene que mejor debemos reconocer que se trata de un derecho nuevo, "de una figura jurídica nueva", que da fundamento al ejercicio de ciertas facultades, unas de carácter espiritual, y otras de carácter patrimonial por parte del autor. Estas facultades aparecen profundamente entrelazadas; pero esta coincidencia necesaria sería la nota de distinción de esta nueva figura. En apoyo de sus tesis, Luis Lamas cita a Manuel Forero García Calderón, a Guillermo Bracamontes Ortiz, a Carlos Mouchet, a Carlos Alberto Villalba, entre otros.

Por lo que mira a la fundamentación de la penalización, Luis Lamas parte de la misma idea general en que descansa todo el derecho penal; es decir, la necesidad de castigar aquellas conductas que lesionan seriamente ciertos bienes de los particulares y que representan una verdadera amenaza para la sociedad. Y concluye que para poder configurarse adecuadamente el tipo penal contra la propiedad intelectual, o los derechos de autor en general, se requieren tres elementos: primero, que efectivamente se trate de una obra de ingenio, de una creación material del ingenio humano; segundo, que sobrevenga la actividad de explotación, el uso de facultades por parte de un tercero y en relación con la mencionada creación, en el sentido que se produzca una apropiación, un aprovechamiento, o explotación económica en perjuicio de su autor; y tercero, que evidentemente no se cuente para esa explotación, apropiación, etcétera, con la autorización de su legítimo titular.

En la última parte de su artículo, Luis Lamas examina la legislación penal relativa a esta materia, vigente en el Perú.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, Néstor José, "Cifra negra por victimación en la república mexicana", *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. VI, núm. 1, enero-marzo de 1989, pp. 141-174.

Este trabajo es un avance de resultados del proyecto de investigación nacional desarrollado por el autor. El propósito fue obtener la cifra negra de criminalidad correspondiente al año enero-diciembre de 1987. Se trabajó a través de interrogatorio directo por encuesta y entrevista en todo el país, aplicando cuestionarios en la capital de cada estado. En esta actividad intervinieron estudiantes del Colegio de Ciencias y Humanidades, Plantel Sur, de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Se subraya que hablar de cifras de criminalidad ha significado, tradicionalmente, referirse a estadísticas oficiales sobre los delitos cometidos y conocidos. Es evidente, sin embargo, que estos datos no corresponden a la realidad del comportamiento delictuoso en una sociedad.

El autor maneja seis conceptos en este orden de cosas, a saber: 1) cifra oficial o aparente de criminalidad, "que resulta como suma de los índices registrados en todos los archivos sobre hechos delictivos"; 2) cifra negra, que "se compone de la proporción de todos los delitos cometidos de los que no se tiene ningún dato"; 3) cifra oculta, integrada "por los delitos cometidos, conocidos pero no denunciados y no incorporados en estadísticas"; 4) cifra real, que "se compone de la suma de las tres anteriores"; 5) cifra impune, compuesta "de la no denunciada y de aquella que, denunciada por cualquier medio legal, no se llega a castigar al delincuente", y 6) cifra potencial: "todo el conglomerado social".

En este trabajo se presentan cinco métodos utilizables para determinar cifras de criminalidad. El primero se califica como "policíaco o de autoridad", o bien, de control social o legal, que deriva de los órganos formalmente instituidos para la persecución de los delitos. El segundo es el "colectivo o comunitario", que permite el control social de grupos humanos específicos y, en esta virtud, el conocimiento de los delitos cometidos en esas comunidades.

El tercer método mencionado para la determinación de cifras de criminalidad se denomina "de observación", que se aplica a una comunidad específica, de manera directa o indirecta, "es decir, participante o no participante, en donde el observador descubre la proporción de ilícitos cometidos en un área o grupo determinados, tanto oficialmente conocidos como los de cifra negra y oculta". En cuarto término se alude al método "por autodenuncia", que se maneja a base de interrogatorios

directos para ponderar las cifras oculta y negra, y establecer las proporciones entre éstas y las cifras oficial y real. Finalmente, se expone el método "por victimología", al que el autor considera uno de los más completos y eficaces para descubrir las cifras negra y oculta de criminalidad, conocer los factores de la conducta antisocial y saber las causas por las que ésta no llega al conocimiento de los órganos oficiales de control social.

Como resultado de la investigación, el autor presenta una serie de cuadros. Se expone, ante todo, la cifra negra por autodenuncia hallada en la ciudad de México, en 1977, examinando poblaciones escolares y no escolares, hombres y mujeres, menores y adultos. De aquí resulta una elevada incidencia de robo: 84.47 en escolar y 84.56 en no escolar. Siguen, a distancia apreciable, injurias, "riña" y golpes. La cifra más baja está en homicidio (0.35 y 1.14), violación (0.18 y 14.85) y aborto (5.83 y 8.57).

Enseguida aparecen los cuadros que concentran los primeros resultados de la investigación a escala nacional. Esta se hizo por victimología, en las capitales de cada estado, aplicando de cuatrocientos cincuenta a quinientos cuestionarios en cada ciudad. Sólo fueron registradas las respuestas afirmativas a las preguntas planteadas.

Se proporciona el resultado sobre cifra negra en las siguientes ciudades: Aguascalientes, Campeche, Chihuahua, Chilpancingo, Colima, Cuicuilán, Durango, Toluca, Guadalajara, Hermosillo, Mérida, Mexicali, Oaxaca, Pachuca, Puebla, Querétaro, Tamaulipas, Tepic y Zacatecas.

Los tipos penales considerados en este trabajo de investigación fueron: amenazas, allanamiento de morada, abandono de personas, homicidio (tentativa), fraude, despojo, abuso de confianza, lesiones, difamación, robo, daño en propiedad ajena, abuso de autoridad, concusión, intimidación, cohecho, privación ilegal de la libertad, extorsión, "violencia física por autoridades", terrorismo, "contagio", violación, aborto y delitos contra la salud (tentativa).

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

NAYLOR, Bronwyn, "Dealing with Child Sexual Assault", *British Journal of Criminology*, Oxford, vol. 29, núm. 4, otoño de 1989, pp. 395-405.

El autor, profesor de derecho en Melbourne, examina en este artículo de psicología judicial los desarrollos recientes de la investigación psico-

lógica sobre la memoria infantil en el derecho relativo a los menores que son víctimas de abusos sexuales, en relación al modo como son entrevistados por la policía y funcionarios de servicio social. Los resultados corresponden a investigaciones llevadas a cabo principalmente en la ciudad australiana de Cleveland, junto a Brisbane.

Antiguos temores sobre la confiabilidad del testimonio infantil condujeron a la restricción de la capacidad legal de los niños para testificar en juicio, y a la exigencia de que la prueba por ellos aportada se viera independientemente corroborada antes de acordarle fuerza de convicción. Se ha afirmado convencionalmente que los niños tienen una pobre memoria y que son, por ello, imprecisos; que son proclives a la sugestión y, en fin, que se ven en dificultades para distinguir entre fantasía y realidad.

Las investigaciones recientes han conducido a tener esos temores por grandemente exagerados y a mostrar que esas características no son simples funciones de la edad sino que varían de acuerdo a factores como la familiaridad con el tema que se trata de recordar, con las condiciones cognitivas y con las emociones que circundan el hecho, variables que afectan también el testimonio adulto. En punto a precisión, es cierto que el recuerdo de los niños no es completo en sus detalles, que las actividades y objetos familiares son mejor recordados y que es útil ofrecerles claves para incitar el recuerdo, pero también es cierto que lo que el niño evoca lo recuerda con mucha precisión. No es claro, enseguida, en el estado actual de estas investigaciones, que el niño sea más sugestionable que el adulto, salvo tal vez cuando se le interroga sobre información que no poseía previamente (pues sobre experiencias familiares es en extremo creíble) o cuando el interrogador es persona de ascendiente. Conviene, en todo caso, entrevistar al niño de modo no conducente a la sugestión. En cuanto a lo que suele afirmarse de que el niño tiende a tener por real lo imaginado y a crear maliciosamente historias para concitar la atención hacia él, ello, según también muestran investigaciones recientes, es en verdad de rara ocurrencia, aunque sobre esto falte todavía trabajo empírico.

Enfocando luego el problema desde el punto de vista del jurado que conoce y pondera el testimonio infantil en esta clase de delitos, suele suceder que, cual es el caso del testimonio de adultos, el jurado conceda mayor credibilidad al de los niños cuando parece más consistente, seguro, atractivo y poderoso en su presentación, lo que no es propio si, según se ha demostrado, suele no haber relación entre seguridad y veracidad. Esto no significa en manera alguna, sin embargo, que el tes-

timonio del niño resulte generalmente desestimado. Los últimos estudios han confirmado que los jurados no necesitan protegerse del testimonio de los niños *como una clase*, que los recuerdos de éstos no son peores en muchos aspectos que los de los adultos y que, si se les trata con cuidado, los niños pueden ofrecer prueba útil y confiable. El reconocimiento de estas conclusiones ha conducido en Inglaterra, América del Norte y Australia a reconsiderar los límites impuestos a la prueba procedente del testimonio infantil. Legalmente, esto ha ido teniendo por efecto que la declaración del niño no precise ser corroborada por otros medios y a la eliminación de la exigencia de una edad mínima para testificar en juicio.

Es un hecho que para muchos niños la sala del tribunal es intimidante en extremo, sobre todo por la proximidad física del acusado, a menudo el padre o un pariente cercano. Esto ha conducido en Australia a que la ley, a partir de 1988, admita que, en ciertos casos, tratándose de víctimas de edad inferior a los catorce años, respondan en espacio separado frente a una pantalla televisiva al interrogatorio que se les dirige desde la sala, donde otras pantallas recogen la imagen del declarante y sus respuestas. Esta forma de testimoniar tiende a imponerse en otros lugares, a pesar de la controversia que ha suscitado tanto desde puntos de vista jurídicos como psicológicos.

El valioso trabajo de Naylor da cuenta aun de otras reformas procesales en esta materia y de cuestiones como la relación de trabajo entre los varios grupos de profesionales que intervienen en los casos de asalto sexual sobre niños, la elaboración de protocolos para entrevistar a tales víctimas y el adiestramiento a que debe someterse al personal policial y de servicio social que labora en este ámbito.

Nuestro medio, tan fuertemente sacudido por la frecuencia y gravedad que alcanza en México esta forma de criminalidad, hará bien en tomar nota, a través de documentos como el que reseñamos, de la seriedad con que en otras partes del mundo se encaran los variados problemas técnicos que esa delincuencia suscita.

Alvaro BUNSTER