

50

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

HEI S. PRAEVIDE ET PRO

Revista

Julio 2022

50

Revista Penal

ESPECIAL XXV ANIVERSARIO

Penal

Julio 2022



tirant  
lo blanch



tirant  
lo blanch



# Revista Penal

Número 50

## Sumario

---

### Doctrina:

– Editorial. El número 50, todo un hito, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> .....	5
– ¿Es el feminicidio un delito de odio?, por <i>Mercedes Alonso Álamo</i> .....	9
– El ámbito de validez extraterritorial del (nuevo) régimen jurídico alemán de sanciones contra las empresas, por <i>Kai Ambos</i> .....	20
– La pena de muerte en América Latina. El abolicionismo en los Códigos, las ejecuciones extrajudiciales y algo más, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> .....	31
– Consecuencias menos visibles (u ocultas) de la condena en el sistema español, por <i>José Luis de la Cuesta Arzamendi</i> .....	53
– La víctima en Derecho penal y su pertenencia a distintos colectivos como elemento agravatorio de la responsabilidad penal: especial vulnerabilidad o situación diferencial, por <i>Norberto J. De la Mata Barranco</i> .....	64
– Compliance anticorrupción, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i> .....	91
– 25 años de Revista Penal y de política criminal: el ocaso del principio “ <i>societas delinquere non potest</i> ”, por <i>Luigi Foffani</i> .....	103
– Sistema acusatorio, principio acusatorio, acusación y objeto del proceso penal, por <i>Juan Luis Gómez Colomer</i> .....	110
– La complicidad psíquica: entre el todo y la nada, por <i>M<sup>a</sup> del Carmen Gómez Rivero</i> .....	130
– La corrupción como amenaza a la seguridad nacional, por <i>José L. González Cussac</i> .....	152
– El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción), por <i>Carlos Martínez-Buján Pérez</i> .....	162
– Evolución y características actuales del Derecho penal económico, por <i>Alessandro Melchionda</i> .....	184
– El principio de legalidad como instrumento y límite de las reformas penales, por <i>Francisco Muñoz Conde</i> .....	199
– Emergencia sanitaria y (des)protección penal de vida y salud, por <i>Juan Terradillos Basoco</i> .....	209
<b>Sistemas penales comparados:</b> Cambios fundamentales del Derecho Penal en los últimos 25 años: 1997/2022, (Fundamental changes in Criminal Law in the last 25 years: 1997/2022).....	227

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>

---



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE

am

Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,  
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Alessandro Melchionda. Univ. Trento
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	John Vervaele. Univ. Utrecht
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío	

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Isabel I<sup>o</sup>, Burgos), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Simona Metrangolo (Italia)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>



## Cambios fundamentales del Derecho Penal en los últimos 25 años: 1997/2022 (*Fundamental changes in Criminal Law in the last 25 years: 1997/2022*)

Revista Penal, n.º 50 - Julio 2022

### Alemania

**Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Paul Wassmer**

*Universidad de Colonia*

**Traducción de Laura Zambrano Ochoa**

*Universidad Externado de Colombia*

En primer lugar, me gustaría felicitar a la Revista Penal por su edición número 50. En 1998, durante mi etapa como asistente de investigación en el Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de la Universidad de Friburgo de Brisgovia, Klaus Tiedemann me llamó la atención sobre la aparición de una nueva y muy prometedora revista española. Desde entonces, he acompañado el desarrollo de la Revista Penal y he escrito en la sección de derecho comparado la mayoría de los artículos sobre derecho alemán. Ha sido y es una tarea muy agradable informar a los lectores sobre los fundamentos y la evolución del derecho penal y procesal penal alemán. Hay que agradecer a los excelentes traductores, especialmente a Waleska Izeta y Laura Zambrano Ochoa.

### I. INTRODUCCIÓN

En los últimos 25 años, la base del derecho penal alemán ha permanecido intacta. El StGB, que se remonta al Código Penal del Reich (RStGB) del 15 de mayo de 1871, ya había sido reformado fundamentalmente en el marco de la Gran Reforma del Derecho Penal de los años 70 mediante cinco Leyes de Reforma del Derecho Penal (1969-1974)<sup>1</sup>. Sin embargo, en 1998 se produjo una importante reforma con la Sexta Ley de Reforma del Derecho Penal y, posteriormente, numerosas modificaciones. Así, entre los años 1997 y 2022, cerca de 100 leyes modificaron y complementaron las disposiciones penales del StGB<sup>2</sup>. Además, el denominado “derecho penal alemán base” no sólo está contenido en

el StGB. Aun más, 426 leyes (por ejemplo, la Ley de Comercio de Valores - WpHG) contienen actualmente disposiciones penales<sup>3</sup>. Este llamado “derecho penal secundario” regula delitos de todo tipo y grado de gravedad. Así por ejemplo, algunos casos (en el Völkervertragesetzbuch - VStGB), también se prevé la cadena perpetua.

Numerosos cambios se deben a que Alemania ha ratificado acuerdos internacionales (por ejemplo, para luchar contra la corrupción) que también contienen disposiciones sobre derecho penal. Asimismo, los instrumentos jurídicos de la Unión Europea han introducido numerosos cambios. Incluso antes del Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 y amplió las competencias penales de la UE, se habían modificado e incluido nuevas disposiciones penales (por ejemplo, para combatir las operaciones con información privilegiada y el abuso del mercado). Además, el legislador alemán ha reaccionado en ocasiones con desarrollos que se consideran indeseables (por ejemplo, la promoción comercial del suicidio, artículo 217 del StGB) con los medios del derecho penal. Además, el legislador ha reformado las normas deficientes (por ejemplo, sobre el decomiso, artículo 73 y siguientes del Código Penal) y ha tenido en cuenta las decisiones judiciales que hacían visibles las lagunas de la responsabilidad penal (por ejemplo, en el caso de la corrupción en el sector sanitario). Por último, el Tribunal Constitucional Federal ha declarado nulas las disposiciones penales (por ejemplo, el artículo 217 del Código Penal). Esto ya indica que la respectiva mayoría del Bundestag ha instrumentalizado en ocasiones el derecho penal y ha desatendido las exigencias constitucionales de la Ley Fundamental. A continuación, se exponen algunas reformas y modificaciones. Además, se debatirá una “reforma del siglo” que se inició pero que por el momento ha fracasado.

### II. SEXTA LEY DE REFORMA DEL DERECHO PENAL (1998)

La Sexta Ley de Reforma del Derecho Penal (6. StrRG) de 26 de enero de 1998<sup>4</sup>, que entró en vigor el 1 de abril de 1998, es la última ley de reforma importante hasta la fecha. Sirvió para reformar la Parte Especial del Código Penal con el objetivo de armonizar los márgenes punitivos, modificar las disposiciones penales para mejorar la protección penal y facilitar la aplicación de la ley, así como derogar las disposiciones penales que ya no estaban actualizadas o eran prescindibles<sup>5</sup>. La reforma era especialmente necesaria porque las penas por delitos contra la propiedad eran más elevadas que las de los delitos contra la integridad física<sup>6</sup>. Durante el imperio en el que se creó el Código Penal, se tenían más en cuenta los intereses económicos que la protección contra los ataques a la persona. Por lo tanto, había que armonizar los márgenes punitivos para dar mayor peso a los intereses jurídicos personalísimos (vida; integridad física; libertad) sobre los intereses jurídicos materiales (propiedad; patrimonio; seguridad de los negocios jurídicos). Además, el robo en viviendas, entre otros, se sometió a una mayor amenaza de castigo para reforzar la protección contra esta forma de robo, que es especialmente estresante para las víctimas<sup>7</sup>. Además, se han completado y reformulado las disposiciones penales para colmar las lagunas de punibilidad, eliminar las dificultades de interpretación, adaptar la redacción de los delitos a las exigencias modernas y normalizar la estructura y el lenguaje de las disposiciones penales<sup>8</sup>. Los delitos de incendio se vieron especialmente afectados, pero los cambios también afectaron a los delitos de lesiones, así como al robo y la malversación. Por último, se suprimieron delitos obsoletos como el fraude en la emigración (artículo 144 del Código Penal) y el infanticidio (artículo 217 del Código Penal).

Con la 6ª Ley de Reforma del Derecho Penal, el legislador podría reclamar varios superlativos para sí: ha creado la modificación más completa del StGB desde 1871, con los cambios más fundamentales en disposiciones individuales en el menor tiempo, con los periodos de consulta más ajustados y con un periodo de transición de sólo dos meses<sup>9</sup>. En vista de ello, no es de extrañar que en su afán reformista cometiera errores que desencadenaron una avalancha de publicaciones críticas. Esto es tanto más cierto en cuanto que los estudiosos del derecho penal apenas habían participado en el proceso legislativo. En cualquier caso, la jurisprudencia y la ciencia se enfrentaron a numerosas dificultades de interpretación. Por ejemplo, se consideró

que el sistema de regulación de los delitos de incendio provocado era “manifiestamente infructuoso”, ya que conducía a resultados absurdos y ponía en duda la aplicación de la normativa<sup>10</sup>. También se criticaron las modificaciones de los delitos contra la vida y la integridad física, ya que el legislador había creado una normativa “cuyos efectos evidentemente él mismo no siempre comprendió”<sup>11</sup>. Se diagnosticaron “problemas centrales de interpretación”<sup>12</sup>. Las dificultades de interpretación fueron abordadas por la jurisprudencia y la ciencia, en parte (por ejemplo, en el caso de los delitos sexuales)<sup>13</sup>, pero también sólo en el contexto de nuevas enmiendas. La constatación más importante de la reforma puede haber sido que la legislación según el lema “el juez lo arreglará” no es deseable<sup>14</sup>.

### III. DERECHO PENAL DE LA CORRUPCIÓN

El derecho penal sobre la corrupción se ha ampliado fundamentalmente y se ha endurecido considerablemente varias veces en los últimos 25 años, principalmente para tener en cuenta los acuerdos europeos e internacionales de la Unión Europea, la OCDE y las Naciones Unidas<sup>15</sup>. En primer lugar, la “Ley de Lucha contra la Corrupción” de 13 de agosto de 1997<sup>16</sup> dio lugar a numerosas ampliaciones y endurecimientos a partir del 20 de agosto de 1997<sup>17</sup>. La definición de funcionario público del artículo 11, párrafo 1, nº 2 lit. c del Código Penal se amplió para incluir a las personas que desempeñan funciones de administración pública en empresas organizadas con arreglo al derecho privado. El acuerdo de ilicitud exigido por el artículo 331 del StGB (aceptación de ventajas) y el artículo 333 del StGB (concesión de ventajas) se flexibilizó de modo que el punto de referencia ya no tenía que ser un acto oficial concreto, pero desde entonces basta con el “ejercicio de las funciones oficiales”. Esto convirtió la “alimentación” de los funcionarios públicos en un delito punible. Además, la concesión y aceptación de ventajas a terceros se contemplaba en los §§ 331 y ss. StGB. En el artículo 333 del StGB se incluyen los actos oficiales y los actos judiciales ya realizados. Se han endurecido los márgenes punitivos de los artículos 331 y 333 del StGB y se ha creado una regla particular de imposición de penas para casos especialmente graves en el artículo 335 del StGB. Por último, se ha tipificado por primera vez la corrupción en los negocios (artículo 299 del StGB) y los casos especialmente graves (artículo 300 del StGB).

18 años después, la “Ley de Lucha contra la Corrupción” de 20 de noviembre de 2015<sup>18</sup> dio lugar a nue-

vos y amplios cambios con efecto a partir del 26 de noviembre de 2015. Sirvió para seguir aplicando los instrumentos jurídicos europeos e internacionales y transfirió los delitos de corrupción del derecho penal secundario al Código Penal<sup>19</sup>. El artículo 5 n.º 15 lit. a - d del StGB abarcaba los delitos extranjeros con una conexión nacional especial, de modo que desde entonces muchos delitos extranjeros son punibles con arreglo a los artículos 331 a 337 del StGB, independientemente de la ley del lugar del delito. El “funcionario público europeo” se definió en el artículo 11 (1) n.º 2a del StGB y se incluyó en los artículos 331 y siguientes del StGB, en particular para cubrir los actos de corrupción cometidos por funcionarios de la Unión Europea. Además, en el artículo 335a del StGB se equipara a los funcionarios extranjeros e internacionales con los demás funcionarios públicos y jueces alemanes. Por último, el “modelo de maestro de empresa” se integró en el artículo 299 del Código Penal, asemejando la disposición a la deslealtad.

Con la “Ley de lucha contra la corrupción en el sector sanitario” de 30.5.2016<sup>20</sup>, se introdujeron el 4.6.2016 los delitos penales de soborno y corrupción en el sector sanitario (artículos 299a, 299b del Código Penal alemán) junto con los casos especialmente graves (artículo 300 del Código Penal alemán). Esto fue motivado por una decisión del Gran Senado del Tribunal Supremo Federal (BGH) de 29.3.2012<sup>21</sup>. El Senado no había considerado a los médicos de consulta como funcionarios públicos en el sentido del artículo 11, párrafo 1, n.º 2, lit. c StGB ni como agentes de las aseguradoras de salud legales en el sentido del artículo 299 StGB, por lo que había lagunas de punibilidad. Sin embargo, debido a la considerable importancia del sector sanitario, hubo consenso en que las prácticas corruptas debían combatirse con los medios del derecho penal. Los estudiosos del derecho penal acogieron en gran medida las nuevas disposiciones penales<sup>22</sup>, pero también instó a que no se criminalizara la deseable cooperación entre los proveedores de servicios y las empresas farmacéuticas y los fabricantes de dispositivos médicos<sup>23</sup>. El grupo profesional de los farmacéuticos no estaba contemplado, al menos en la práctica, aunque aquí también hay riesgos considerables de corrupción<sup>24</sup>.

Por último, la “51ª Ley de Modificación del Derecho Penal” de 11 de abril de 2017<sup>25</sup> introdujo las disposiciones penales del fraude en las apuestas deportivas (artículo 265c StGB) y la manipulación de las competiciones deportivas profesionales (artículo 265d StGB) junto con los casos agravados (artículo 265e StGB) a partir del 19 de abril de 2017. Con ello se pretendía

colmar las lagunas de responsabilidad penal del artículo 263 del StGB (fraude) y del artículo 299 del StGB (corrupción en los negocios). En opinión del legislador, la destacada función social del deporte, su gran importancia económica, así como los intereses pecuniarios asociados a él, exigían que los peligros derivados de la manipulación se contrarrestaran con los medios del derecho penal<sup>26</sup>. Sin embargo, en la doctrina del derecho penal, esta ampliación fue en su mayoría duramente criticada<sup>27</sup>. Aparte de que es dudosa la necesidad real de una cobertura penal, el diseño de los delitos penales plantea numerosos interrogantes. Por ejemplo, el concepto de “competición deportiva profesional” y la influencia “de manera anticompetitiva” están vinculados a conceptos muy vagos. En la práctica, es probable que las investigaciones se centren en el fútbol de la Bundesliga y otras competiciones de alto nivel.

#### IV. DERECHO PENAL DEL MERCADO DE CAPITALES (2002, 2016)

En la actualidad, las disposiciones penales y de multas de la Ley de Comercio de Valores (WpHG) ofrecen una amplia protección penal contra el uso de información privilegiada y la manipulación del mercado. Estas disposiciones son una “obra permanente” en la que el legislador ha actuado repetidamente tras el estallido de la burbuja de las puntocom en el año 2000, la crisis financiera mundial de los años 2007 a 2009 y la posterior crisis del euro de los años 2010 a 2013.

Antes de la entrada en vigor de la WpHG, el 1 de agosto de 1994, los delitos de información privilegiada sólo podían ser sancionados de forma inadecuada. El impulso para el desarrollo del derecho penal de la información privilegiada en los §§ 38, 39 de la WpHG lo dio la Directiva europea 89/592/CEE de 13 de noviembre de 1989<sup>28</sup>. Las disposiciones para sancionar la manipulación del mercado siguieron después de que la Directiva 2003/6/CE (Directiva sobre el abuso del mercado - MAD I) hiciera especificaciones para la protección de los inversores. Con la Cuarta Ley de Promoción del Mercado Financiero (4. FFG) v. 21.6.2002<sup>29</sup> se crearon nuevos delitos en los §§ 38, 39 WpHG para sancionar las violaciones de la prohibición de manipulación del mercado.

El Reglamento (UE) n.º 596/2014, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado<sup>30</sup> (Reglamento sobre el abuso de mercado - RAM) y la Directiva 2014/57/UE, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales por manipulación del mercado<sup>31</sup> (Directiva sobre el abuso de mercado II - DAM II), que sustituyó a la



DAM I, supusieron considerables innovaciones y endurecimientos. Tanto la Primera Ley de Modificación del Mercado Financiero (1. FiMaNoG), de 30 de junio de 2016<sup>32</sup>, como la Segunda Ley de Modificación del Mercado Financiero (2. FiMaNoG), de 23 de junio de 2017, sirvieron para aplicarla<sup>33</sup>. De este modo se endurecieron las opciones de sanción, que pasaron a estar reguladas en los artículos 119 y siguientes. El StGB se ha apretado. Desde entonces, el catálogo de infracciones administrativas comprende alrededor de 400 infracciones, lo que demuestra claramente que el área está ahora muy sobre regulada. Además, los proveedores de servicios de inversión están amenazados con multas draconianas que pueden destruir su existencia.

A la vista de la complejidad de la normativa, no es de extrañar que el legislador de la 1ª FiMaNoG haya cometido un error de redacción que, según la opinión generalizada<sup>34</sup>, ha dado lugar a una “amnistía general” en el derecho penal del mercado de capitales. Esto se debe a que las modificaciones de la WpHG por la 1ª FiMaNoG ya habían entrado en vigor el 2 de julio de 2016, mientras que las disposiciones de prohibición del SAM, a las que se refieren los artículos 119, 120 WpHG, no eran directamente aplicables hasta el 3 de julio de 2016, es decir, no iban a ninguna parte. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal (Bundesgerichtshof, BGH) declaró el 10 de enero de 2017<sup>35</sup> que no existía una laguna sancionadora, ya que evidentemente la intención del legislador alemán había sido incluir las disposiciones del Derecho de la Unión en una norma con independencia de su aplicabilidad directa en el Derecho nacional para conseguir una sanción sin lagunas. El Tribunal Constitucional Federal finalmente puso fin a la acalorada discusión al calificar la interpretación del Tribunal Federal de Justicia como “constitucionalmente inobjetable” el 3.5.2018<sup>36</sup>. Gracias al apoyo de los más altos tribunales alemanes, el legislador alemán ha vuelto a salir bien parado. De lo contrario, el percance habría tenido graves consecuencias.

### V. REGULACIÓN DE LAS DECLARACIONES DE TESTIGOS PRIVILEGIADOS (2009, 2013)

Con la “43ª Ley de Modificación del Código Penal - Condenas por Asistencia de Inteligencia y Prevención” de 29 de julio de 2009<sup>37</sup>, se introdujo un programa general (mayor) de clemencia el 1 de septiembre de 2009 con la sección 46b del Código Penal. El derecho penal ya había conocido programas de clemencia específicos para cada zona (de pequeño tamaño) en algunos ámbitos. La introducción representó un cambio de paradig-

ma, ya que existían y siguen existiendo fuertes reservas sobre los programas de clemencia<sup>38</sup>. Desde entonces, el programa general de clemencia del artículo 46b del StGB puede aplicarse si el autor de un delito castigado con una pena privativa de libertad aumentada al mínimo o con cadena perpetua revela su conocimiento de hechos que contribuyen sustancialmente al esclarecimiento de un delito grave o mediante los cuales se puede prevenir dicho delito. En este caso, el tribunal puede atenuar la pena o abstenerse de imponerla. Además, se han introducido varias salvaguardias. Por ejemplo, el ámbito de aplicación del artículo 46b del StGB está limitado en el tiempo, ya que la información debe facilitarse antes de la apertura del procedimiento principal. Además, se amplió la punibilidad de las declaraciones falsas (§§ 145d, 164 StGB). Por último, no hay automaticidad, sino que el tribunal tiene que sopesar si el beneficio de la declaración y la gravedad de los delitos resueltos o evitados con ella justifican que se favorezca al testigo de clemencia.

Ni siquiera cuatro años después, con la “46ª Ley de Reforma del Derecho Penal” de 10.6.2013<sup>39</sup>, se volvió a restringir la posibilidad de atenuación a partir del 1.8.2013. Anteriormente, se había valorado como agravio que el artículo 46b del Código Penal también es aplicable si no hay conexión entre el delito del testigo estatal y el delito al que presta asistencia de aclaración o prevención<sup>40</sup>. Se ha considerado que esta medida es demasiado ambiciosa teniendo en cuenta los beneficios prometidos<sup>41</sup>, ya que las declaraciones sobre delitos completamente diferentes no reducen directamente la culpabilidad del delito. Desde entonces, los delitos deben estar “conectados”. Esto es para dejar claro que el § 46b StGB representa una concreción y un desarrollo posterior de la norma general de condena del § 46 StGB. Según el legislador, la conexión requerida desde entonces existe si hay una conexión interna o sustantiva entre los delitos, si son partes de un “hecho delictivo global”<sup>42</sup>.

### VI. PROMOCIÓN EMPRESARIAL DEL SUICIDIO (2015/2020)

Una disposición penal fundamentalmente nueva cuya introducción —y posterior abolición— atrajo una gran atención pública es el artículo 217 del Código Penal. Se introdujo tras largos e intensos debates en el Bundestag el 10 de diciembre de 2015<sup>43</sup>. Rompió con la legislación anterior, que se había abstenido de regular el ámbito de la eutanasia. § El artículo 217 del Código Penal alemán (StGB) amenazaba a quien, con

la intención de promover el suicidio de otra persona, diera, procurara o mediara la oportunidad de hacerlo de forma “comercial”, con una pena de prisión de hasta tres años o una multa. Sólo los parientes u otras personas cercanas que no actúen de forma comercial quedarán exentos de castigo. El legislador quería así impedir que las asociaciones comerciales de suicidio asistido hicieran tales ofertas. Este objetivo se logró; tras la entrada en vigor de la ley, estas asociaciones cesaron en gran medida sus actividades en Alemania. El artículo 217 del StGB fue objeto de fuertes críticas en la doctrina del derecho penal<sup>44</sup>. Durante el proceso legislativo, unos 150 profesores de derecho penal alemanes presentaron una declaración en la que se oponían a la introducción<sup>45</sup>. Varias asociaciones y personas que querían utilizar los servicios presentaron un recurso de inconstitucionalidad contra la nueva disposición penal. Sin embargo, entre los denunciantes también había médicos que temían ser procesados por tratamientos médicos paliativos y abogados que trabajan en el ámbito del asesoramiento sobre el suicidio.

El 26 de febrero de 2020, el Tribunal Constitucional Federal declaró inconstitucional y nulo el artículo 217 del Código Penal. El derecho general de la personalidad consagrado constitucionalmente (artículo 2 (1) de la Ley Fundamental en relación con el artículo 1 (1) de la Ley Fundamental) incluye el derecho a una muerte autodeterminada. La decisión del individuo de poner fin a su propia vida es una expresión directa de la idea de desarrollo personal autónomo inherente a la dignidad humana y debe ser respetada por el Estado y la sociedad. El derecho a suicidarse también incluye la libertad de buscar ayuda de terceros. Sin embargo, el artículo 217 del Código Penal hace que el suicidio asistido sea prácticamente imposible en la práctica. Sin las ofertas comerciales, el individuo dependería de la voluntad de un médico para ayudar al suicidio recetando las sustancias activas necesarias. Sin embargo, esa voluntad sólo existía en casos excepcionales. La disposición penal contradice la imagen propia de una comunidad en la que la dignidad humana está en el centro del sistema de valores. Por último, el BVerfG subraya que el legislador no tiene prohibido regular el suicidio asistido, pero que al hacerlo debe guiarse por el concepto del ser humano como ser espiritual y moral que está destinado a determinar su propio destino en libertad.

La sentencia ha desencadenado un intenso debate. La Conferencia Episcopal Alemana y el Consejo de la Iglesia Protestante se mostraron muy críticos<sup>46</sup>. El 21.4.2021, el Parlamento Federal celebró un debate de orientación<sup>47</sup>, durante el cual se discutieron tres proyec-

tos y un documento de puntos clave. En la primavera de 2022, un grupo interfacultativo presentó el “Proyecto de ley sobre la punibilidad de la asistencia empresarial al suicidio y sobre la garantía de la libre responsabilidad de la decisión de suicidarse”<sup>48</sup>. Con un “concepto de protección gradual y equilibrada”, se pretende tipificar como delito la ayuda al suicidio de tipo comercial (§ 217 StGB) y también la publicidad de ayuda al suicidio (§ 217a StGB).

## VII. CONFISCACIÓN DE ACTIVOS PENALES (2017)

La “Ley de Reforma del Decomiso de Bienes Penales” de 13.4.2017<sup>49</sup> es probablemente la reforma con mayores consecuencias prácticas. Con ello, se reformó el llamado “decomiso” (§ 73 y siguientes del StGB a.F.) a partir del 1.7.2017, que pasa a denominarse “decomiso de productos del delito”. La razón es que la ley anterior era confusa y estaba plagada de dudas, y no hacía justicia al significado de política criminal del decomiso de bienes. Esto es especialmente cierto en el caso de la indemnización a las víctimas. De este modo, se excluyó el despojo en el caso de las reclamaciones de indemnización existentes y las víctimas tuvieron que ocuparse ellas mismas de la ejecución civil de sus reclamaciones. El sistema de justicia penal sólo podía asegurar los bienes de forma provisional, lo que lo hacía raro debido a la sobrecarga crónica.

El núcleo de la reforma es la indemnización de las víctimas. Con el nuevo modelo de indemnización (§§ 73 y ss. del StGB), las víctimas de delitos deben recibir una indemnización por daños y perjuicios de forma sencilla y gratuita. La recuperación se decide ahora en la audiencia principal. Las reclamaciones de las víctimas se satisfacen en el procedimiento de ejecución penal (§§ 459g y ss. StPO), por lo que todas las víctimas reciben el mismo trato. A diferencia del decomiso, en el que se accedía a la totalidad de lo obtenido (principio bruto), ahora se determina lo obtenido en dos pasos: En el primer paso, se determina lo que se ha obtenido en términos puramente objetivos; en el segundo paso, se determina el alcance o el valor de lo obtenido, por lo que se deducen las contraprestaciones u otros gastos<sup>50</sup> (principio bruto debilitado). Además, se ha eliminado la anterior restricción del ámbito de aplicación del llamado “decomiso ampliado” a los delitos cometidos en el ámbito comercial o de las bandas. Ahora el “decomiso ampliado” del producto del delito (artículo 73a del StGB) es obligatorio para todos los delitos. Además, ahora es posible el decomiso posterior de los bienes



(artículo 76 del StGB). Por último, se creó un instrumento para el ámbito del terrorismo y la delincuencia organizada por el que se pueden confiscar los activos derivados de delitos penales con independencia de la prueba de un delito penal concreto (artículo 76 (4) del StGB).

La reforma fundamental ha sido bien recibida por muchos porque ha aclarado la determinación de lo que se ha obtenido y ha facilitado la compensación de las víctimas<sup>51</sup>. Sin embargo, la indemnización a las víctimas se produce ahora en una fase tardía, concretamente durante la ejecución de la sentencia<sup>52</sup>. Además, el amplio acceso del Estado a los bienes del acusado bloquea la posibilidad de una reparación voluntaria o de un acuerdo entre víctima y delincuente<sup>53</sup>. El hecho de que el decomiso sea ahora incluso posible independientemente de la prueba de un delito concreto se considera en general un desplazamiento inadmisiblemente de la carga de la prueba y una “sanción por sospecha”<sup>54</sup>.

### VIII. PROHIBICIÓN DE CONDUCIR COMO PENA ACCESORIA GENERAL (2017)

Otra innovación fundamental fue la aportada por la “Ley sobre la organización más eficaz y práctica de los procedimientos penales”, de 17 de agosto de 2017<sup>55</sup>. Esto amplió en gran medida el ámbito de aplicación de la prohibición de conducir (artículo 44 del Código Penal) a partir del 24 de agosto de 2017. Anteriormente, esta pena accesoria sólo podía imponerse por un periodo de un mes a seis meses si la infracción se cometía “mientras se conducía un vehículo de motor o en relación con él, o en incumplimiento de los deberes de un conductor de vehículos de motor”. A partir de la nueva normativa, la prohibición de conducir según el artículo 44 (1) frase 2 del Código Penal puede ordenarse para todos los delitos, “concretamente” si “parece necesario para influir en el delincuente o para defender el ordenamiento jurídico o si se puede evitar con ello la imposición de una pena privativa de libertad o su ejecución”.

En la doctrina del derecho penal, la nueva versión de la prohibición de conducir como “pena de advertencia y contemplación” preventiva especial<sup>56</sup> ha sido predominantemente criticada<sup>57</sup>. La masiva ampliación del ámbito de aplicación representa una considerable intromisión en los derechos fundamentales, para la que faltan directrices sobre cuándo debe imponerse la prohibición de conducir si la infracción no se ha cometido en relación con la conducción de un vehículo de motor. La imposición de la prohibición de conducir se ha dejado exclusivamente en manos de los jueces, lo que ha

sentado las bases de una práctica decisoria incoherente. Además, había que hacer excepciones para los casos en los que el uso de vehículos de motor fuera profesionalmente necesario para el condenado. La advertencia de proceder de forma restrictiva a la vista de las consecuencias de la orden<sup>58</sup> fue aparentemente seguida por los jueces, ya que en 2020, de las 31.299 prohibiciones de conducir ordenadas, sólo 5.532 prohibiciones de conducir (el 17,7 %) se referían a infracciones ajenas al tráfico rodado<sup>59</sup>.

### IX. LA INTRODUCCIÓN (UNA VEZ MÁS FALLIDA) DE UNA LEY DE SANCIONES A LAS SOCIEDADES

Por último, no debe dejar de mencionarse una “reforma del siglo” fundamental, que se ha iniciado varias veces en los últimos 25 años, ya que se debatió intensamente y el proyecto de ley fracasó poco antes de alcanzar su objetivo. La introducción del derecho penal de las sociedades o de las empresas se discute desde principios del siglo XIX. Tras la Ilustración, había prevalecido la opinión de que las personas jurídicas no podían ser castigadas. Por lo tanto, el RstGB de 1871 no contenía ninguna disposición penal correspondiente. Durante la Gran Reforma del Derecho Penal hubo un intenso debate sobre la introducción del castigo por asociación. El 1 de octubre de 1968 se introdujo una disposición en la Ley de Infracciones Administrativas (OWiG) (artículo 26 de la OWiG; hoy artículo 30 de la OWiG), que al menos permitía imponer multas a las personas jurídicas y a las asociaciones de personas.

En julio de 1997, el estado de Hesse presentó un proyecto de debate que preveía el anclaje de las penas de asociación en el código penal<sup>60</sup>. En enero de 1998, la coalición gubernamental de entonces (CDU/CSU/FDP) creó una comisión para reformar el sistema de sanciones penales. que, sin embargo, se pronunció en contra de una ley penal sobre asociaciones a finales de noviembre de 1999<sup>61</sup>. En la década de 2010, el debate se reavivó, ya que entretanto se habían creado leyes penales asociativas o corporativas en casi todos los Estados de la Unión Europea. En septiembre de 2013, el Ministro de Justicia de Renania del Norte-Westfalia presentó el proyecto de Código Penal para las Asociaciones. (VerbStrG)<sup>62</sup>. En la siguiente 18ª legislatura, la gran coalición (CDU/CSU/SPD) mantuvo la perspectiva de un código penal empresarial, pero<sup>63</sup> se encontró con una amarga resistencia<sup>64</sup>. En la 19ª legislatura, la gran coalición reelegida retomó el proyecto<sup>65</sup>. En abril de 2020, se presentó finalmente el proyecto de “Ley

para reforzar la integridad en los negocios”, que en esencia contenía el borrador de una “Ley de sanciones a las sociedades” (VerSanG). Sin embargo, el gobierno federal no atendió los numerosos comentarios críticos recibidos. Debido a las preocupaciones fundamentales, en agosto de 2020 en el Consejo Federal, la comisión jurídica principal y la comisión económica recomendaron el rechazo general del proyecto, ya que la “construcción completa” era “errónea” e “infructuosa”<sup>66</sup>. A pesar de ello, el gobierno federal presentó el proyecto casi sin cambios en el Parlamento Federal<sup>67</sup>. Luego, a mediados de diciembre de 2020, el proyecto se detuvo debido a las preocupaciones de la comunidad empresarial. Esto se debió probablemente en parte al hecho de que el proyecto había sido objeto de fuertes críticas por parte de los estudiosos del derecho penal y de la profesión jurídica<sup>68</sup>.

En cuanto al contenido, el fracaso no es sorprendente, ya que la Ley de Sanciones a las Asociaciones no habría mitigado los déficits de la ley actual que existen en la lucha contra la delincuencia empresarial en términos de estructura, aplicación y ejecución, sin que al mismo tiempo se revelen nuevos déficits significativos. La designación como “Ley de Sanciones a las Sociedades” ya merece críticas. Sugiere que no se está introduciendo una ley penal. Se trata de un “etiquetado fraudulento”, que debería tener en cuenta las reservas dogmáticas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pues la Ley de Sanciones a las Sociedades debe estar claramente destinada a tener un carácter penal. Las muy delicadas “sanciones de asociación” (§ 8 VerSanG-E) deben estar basadas en la culpa, tener un carácter tanto represivo como preventivo y ser imputadas en un “procedimiento sancionador” (§ 23 ss. VerSanG-E) de acuerdo con el principio de legalidad por los fiscales, impuestas por los tribunales penales e inscritas en un registro de sanciones de asociación (§§ 54 ss. VerSanG-E). También se criticó, con razón, el concepto de responsabilidad. Al igual que el actual artículo 30 de la OWiG, la Ley de Sanciones a Asociaciones debería basarse en el llamado “modelo de atribución”, en el que la conducta culpable de una persona se atribuye a la asociación como propia. A la culpabilidad humana se le atribuye normativamente un significado colectivo en forma de “culpabilidad de la sociedad” al actuar en nombre de la misma. Sin embargo, en este sentido, la Ley de Sanciones a las Asociaciones fue mucho más allá de la ley existente, ya que no sólo la culpa de los directores sino también la de los no directores debía atribuirse a la sociedad (artículo 3 (1) VerSanG-E). Sin embargo, esto habría creado una responsabilidad estricta

basada en el modelo de responsabilidad vicaria del derecho estadounidense<sup>69</sup>, que en el derecho penal alemán debe valorarse como una violación del principio de culpabilidad: dado que la asociación está controlada exclusivamente por sus directivos, sólo su conducta culpable puede atribuirse a la asociación como propia.

Dado que la contención de la delincuencia empresarial ha llegado a su límite con los instrumentos existentes de la Ley de Infracciones Administrativas, es de esperar que el legislador vuelva a actuar. Es de esperar que el proyecto de Ley de Sanciones a las Asociaciones se revise en profundidad y se sitúe sobre una base constitucional.

## X. CONCLUSIÓN

El código penal alemán ha sido muy activo en los últimos años, impulsado en particular por los acuerdos internacionales, la legislación de la Unión Europea, las novedades y las decisiones judiciales. No se han producido reformas fundamentales, pero se han introducido modificaciones y adiciones en ámbitos concretos. En algunos casos, el legislador se ha excedido y ha creado disposiciones penales muy problemáticas. Cabe destacar que la esperada introducción de una ley sobre sanciones a las sociedades fracasó, entre otras cosas porque el gobierno federal ignoró las justificadas críticas al proyecto de ley. Sin embargo, todavía hay una necesidad considerable de reformas, especialmente en la lucha contra la delincuencia empresarial. No en vano, la legislatura no se quedará sin necesidad de reformas y enmiendas en los próximos años. Es de esperar que los estudiosos del derecho penal se impliquen más intensamente en la legislación de lo que lo han hecho hasta ahora. Esto puede evitar dificultades de interpretación y aplicación, lo que creará más seguridad jurídica y también aliviará la carga de la jurisprudencia.

## Notas:

- 1 Resumen de los cambios hasta el 10.9.1998 en Tröndle/Fischer, StGB, 50ª ed. 2001, pp. LI y ss.
- 2 Resumen de los cambios desde el 12.11.1998 en Fischer, StGB, 69ª ed. 2022, pp. LI y ss.
- 3 Véase Bundesjustizministerium, Bundesrechtliche gesetzliche Straf- und Bußgelddrohungen im Nebenstrafrecht, 3.1.2022, p. 139.
- 4 BGBl. I 1998, p. 164.
- 5 BT-Drs. 13/8587, p. 1.
- 6 BT-Drs. 13/8587, p. 18.
- 7 BT-Drs. 13/8587, p. 43.
- 8 BT-Drs. 17/8587, p. 18.
- 9 Fischer, NStZ 1998, p. 13.
- 10 Fischer, NStZ 1998, pp. 13, 14.

- 11 Jäger, JuS 2000, pp. 31, 32.
- 12 Véase únicamente Schroth, NJW 1998, pp. 2861 y ss.
- 13 Críticamente Renzikowski, NSTZ 1999, pp. 377 y ss., NSTZ 1999, pp. 440 y ss.
- 14 Renzikowski, NSTZ 1999, pp. 440, 442.
- 15 Convenio relativo a la represión de la corrupción en la que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26.5.1997, BGBl. II 2002, p. 2729; Convenio relativo a la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 17.12.1997, BGBl. II 1998, p. 2329; Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción de 27.1.1999 y Protocolo Adicional de 15.5.2003, BGBl. II 2016, p. 1323; Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo sobre la lucha contra la corrupción en el sector privado de 22.7.2003, DO (UE) n° L 192 de 31.7.2003, p. 54; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 31.10.2003, BGBl. II 2014, p. 763.
- 16 BGBl. I 1997, p. 2038.
- 17 Resumen en Waßmer, en Louis/Glinder/Waßmer, Korruptionsprävention in der öffentlichen Verwaltung, 2020, marg. 258.
- 18 BGBl. I 2015, p. 2025.
- 19 BT-Drs. 18/4350, p. 13.
- 20 BGBl. I 2016, p. 1254.
- 21 BGHSt 57, pp. 202 y ss.
- 22 Cf. sólo Fischer, medstra 2015, pp. 1 y ss; Schröder, NZWiSt 2015, pp. 321 y ss.
- 23 Dann/Scholz, NJW 2016, pp. 2077, 2080; Krüger, NZWiSt 2017, pp. 129, 137.
- 24 Brettel/Mand, A&R 2016, pp. 99, 100, 103; Tsambikakis, medstra 2016, pp. 131 y s.
- 25 BGBl. I 2017, p. 815.
- 26 BT-Drs. 18/8831, p. 10.
- 27 Nuzinger/Rübenstahl/Bittmann WiJ 2016, pp. 34 y ss.; Rübenstahl JR 2017, pp. 264 y ss.
- 28 Grunewald ZBB 1990, pp. 128, 131.
- 29 BGBl. I 2002, p. 2010.
- 30 DO (UE) 2014, L 173, p. 1.
- 31 DO (UE) 2014, L 173, p. 179.
- 32 BGBl. I 2016, p. 1514.
- 33 BGBl. I 2017, p. 1693.
- 34 Bülte/Müller, NZG 2017, pp. 205, 206 y ss.; Gaede, wistra 2017, p. 41; Möllers/Herz, JZ 2017, pp. 445, 446 y ss.; Szesny, BB 2017, pp. 515, 518; Schäuble, ZWH 2018, pp. 251, 252.
- 35 BGHSt 62, p. 13; también BGH, NSTZ-RR 2019, p. 49.
- 36 BVerfG, NJW 2018, p. 3091.
- 37 BGBl. I 2009, p. 2288.
- 38 Véase únicamente v. Heintschel-Heinegg en BeckOK-StGB, 52ª ed. 1.2.2022, § 46b marg. 4.
- 39 BGBl. I 2013, p. 1497.
- 40 BGHSt 55, p. 153.
- 41 BT-Drs. 17/9695 p. 6.
- 42 BT-Drs. 17/9695 p. 7.
- 43 BGBl. I 2015, p. 2177.
- 44 Duttge, NJW 2016, p. 120; Gaede, medstra 2016, p. 65; Grunewald, JZ 2016, p. 938; Hecker, GA 2016, p. 455; Hilgendorf, PflR 2016, p. 556; Hillenkamp, KriPoZ 2016, p. 3; Kubiciel, ZIS 2016, p. 396; Roxin, NSTZ 2016, p. 185; Saliger, medstra 2015, p. 132; Weigend/Hoven, ZIS 2016, p. 681.
- 45 Hilgendorf/Rosenau medstra 2015, pp. 129 y ss.
- 46 Véase <https://www.katholisch.de/artikel/24653-kirchen-kritisieren-verfassungsgerichtsurteil-zur-suizidbeihilfe>.
- 47 Véase <https://www.bundestag.de/dokumente/protokolle/amtlicheprotokolle/ap19223-836962>.
- 48 BT-Drs. 20/904.
- 49 BGBl. I 2017, p. 872.
- 50 BT-Drs. 18/9525, p. 62.
- 51 Véase únicamente Trüg, NJW 2017, pp. 1913, 1918.
- 52 Heim, NJW-Spezial 2017, p. 248; Köllner/Mück NZI 2017, pp. 593, 597.
- 53 Köllner/Mück NZI 2017, pp. 593, 598.
- 54 Heim, NJW-Spezial 2017, p. 248; Köllner/Mück NZI 2017, pp. 593, 598; Trüg, NJW 2017, pp. 1913, 1916.
- 55 BGBl. I 2017, p. 3202.
- 56 V. Heintschel-Heinegg, en: BeckOK-StGB, 52ª ed. 1.2.2022, § 44 marg. 1.
- 57 Véase únicamente Berwanger, ZRP 2017, pp. 26 y ss; Zops, DAR-Extra 2017, pp. 737 y ss.
- 58 Schöch, NSTZ 2018, pp. 15, 18.
- 59 Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Strafverfolgung 2020, p. 372.
- 60 Hamm, NJW 1998, p. 662; Wegner, ZRP 1999, pp. 186, 187 f.
- 61 Informe final de la Comisión, en: Hettinger (ed.), Reform des Sanktionenrechts, Vol. 3: Verbandsstrafe, 2002, pp. 351, 354 y ss.
- 62 Sobre este punto, Jahn/Pietsch, ZIS 2015, pp. 1 y ss.
- 63 Acuerdo de coalición entre la CDU, la CSU y el SPD de 27.11.2013, Deutschlands Zukunft gestalten, p. 101.
- 64 Véase únicamente Schünemann, ZIS 2014, pp. 7 y ss.
- 65 Acuerdo de coalición entre la CDU, la CSU y el SPD de 7.2.2018, Ein neuer Aufbruch für Europa - Eine neue Dynamik für Deutschland - Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, p. 126.
- 66 BR-Drs. 440/1/20, p. 1.
- 67 BT-Drs. 19/23568.
- 68 Véase únicamente la extensa declaración de los miembros de la Asociación de Derecho Penal Económico (WisteV), WiJ 2020, pp. 117-166.
- 69 Véase sólo Eggers, BB 2019, pp. 3010, 3011.

## Argentina

**Prof. Dr. Luis Fernando Niño**

*UBA<sup>1</sup>*

I Tal como hemos señalado en anteriores aportaciones a esta prestigiosa publicación, han sido más de novecientas las reformas al texto del Código Penal argentino, que este año cumple un siglo de vigencia. En el período que hoy nos toca reseñar, tales modificaciones respondieron, en su mayoría, al fenómeno que la doctrina aplicada al tema acertó en denominar “expansionismo punitivo”, signado por una hipertrofia normativa que se pretende reactiva ante hechos o situaciones que afectan —real o figuradamente— la seguridad de los ciudadanos.



Ese modo de reformular el sistema penal como respuesta lineal a determinados eventos conflictivos sucedidos en el seno social, fueran ellos episódicos o demostrativos de una tendencia, ha tenido lugar, básicamente, a partir de tres mecanismos: el aumento de la escala penal prevista para figuras delictivas preexistentes, la ampliación de la descripción típica en tales preceptos y la creación de nuevos delitos. Esta última modalidad se implementó, en más de un caso, mediante la sanción de leyes especiales, complementarias del código respectivo.

Se echa de menos, en tal sentido, la formulación de criterios de política criminal serios, fundados en la detección de las reales causas de aquellas vicisitudes para las que se proponen nuevas respuestas legislativas en procura de una gestión eficaz. Sólo por esa senda se honrarían los axiomas que otorgan fundamento a un sistema de Derecho Penal liberal, propio de un estado democrático de derecho, que impone el uso limitado y racional del poder punitivo, restringido a la necesaria ampliación del ámbito de protección de bienes jurídicos determinados y determinables frente a las formas más graves de afectación, y siempre que el conflicto así generado no pudiere ser gestionado utilizando herramientas menos contundentes o lesivas.

En las antípodas de ese deseable proceder, las andanzas de los legisladores en el rubro que nos compete, se han erguido, genéricamente, como espasmódicas reacciones al tratamiento mediático de uno o una serie de casos puntuales, que devolvieron vigor al antiguo pero reciclado discurso del maximalismo punitivo, sin otro fundamento que una fugaz referencia al sentido común. Paralelamente, han contribuido a la evidente desmesura ciertas posturas doctrinales que apuntan a una reformulación del objeto y los fines de esta rama del ordenamiento, sea desdibujando el propio principio de lesividad, sea creando nuevos bienes jurídicos, cada vez más difusos, y habilitando, en suma, el empleo de tipos penales de peligro abstracto de ilimitada potencialidad, tal como sucede con la legislación especial dirigida a la protección penal del medio ambiente.

El resultado inevitable ha sido el desequilibrio originado en la afectación de la coherencia interna, condición necesaria, junto a la completitud e independencia, de cualquier sistema normativo<sup>2</sup>; penoso proceso que, sumado a la proliferación de leyes especiales, ha conducido a una suerte de descodificación en el ámbito del derecho penal<sup>3</sup>.

Pocas, pero relevantes excepciones a ese estado de cosas, han tenido lugar en el último cuarto de siglo; y

a algunas de ellas he de dedicar la última parte de este informe.

Descrito someramente el contexto, intentaré consignar los instrumentos normativos que introdujeron las principales reformas en materia penal en la etapa señalada, procurando seguir el orden del centenario —y ajetreado— cuerpo de leyes (en adelante, identificado como CPA).

Por obvias razones de espacio, he de remitir al sitio oficial que alberga el texto del CPA vigente al redactar esta contribución: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

II Se ha mencionado en la introducción que uno de los principales indicadores del expansionismo residió en la modificación del *quantum* de pena.

a) Luego, para respetar la consigna sentada precedentemente, corresponde iniciar este apartado con la modificación operada respecto del instituto de la libertad condicional, previsto en los artículos 13 a 17 CPA. La ley **25.892** (B.O. del 26/5/2004) aumentó a treinta y cinco los años de encierro efectivo a cumplir por el condenado a prisión o reclusión perpetua para acceder a aquella, contra los veinte años previstos con anterioridad. Más recientemente, la censurable ley **27.375** (B.O. del 28/7/2017) introdujo en el artículo 14 de aquel ordenamiento la lisa y llana prohibición de conceder la libertad condicional a los condenados por ilícitos tales como el homicidio calificado, los delitos contra la integridad sexual, la privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte y hasta el robo con armas de fuego, variación que atenta contra la progresividad, consagrada como principio básico de todo el régimen penitenciario en la pertinente ley de ejecución<sup>4</sup>.

b) El CPA adopta el sistema de escalas penales con mínimos y máximos fijos, sólo modificables por las reglas del concurso o por la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes. Sus artículos 40 y 41 contienen las pautas que deben fundar la pena a imponer. Pues bien; mediante diversas reformas se incorporaron sucesivas agravantes genéricas que afectan las escalas penales originales: la ley **25.297** (B.O. del 22/9/2000) introdujo el artículo 41 *bis*, que prevé el aumento de un tercio del mínimo y el máximo de la escala penal del delito imputado cuando el mismo se comete con “*violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego*”, sin exceder el máximo de la especie de pena que corresponda y siempre que dicha circunstancia no existiera como elemento configurativo del delito en cuestión<sup>5</sup>. La ley **25.767** (B.O. del 1º/9/2003) incorporó el artículo 41 *quater*, que in-

crementa la escala penal, también en un tercio, para los autores mayores de edad respecto a los delitos en los que hubieran intervenido menores de dieciocho años. Por último, la ley **26.734** (B.O. del 28/12/2011) agregó el artículo 41 *quinquies*, que incrementa al doble el mínimo y el máximo de la escala penal de cualquier delito cuando hubiere sido cometido “con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo”<sup>6</sup>.

c) La ley **25.928** (B.O. del 10/9/2004), modificatoria del artículo 55 del código analizado, contempla el modo en que debe computarse la pena en los casos de concurso real: mantiene —como mínimo— el mínimo mayor y anota, como máximo, la suma “aritmética” de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. La introducción de tal vocablo apunta a excluir el método composicional del cálculo a realizar por el juez; pero la variación más importante ha sido la ampliación del máximo de pena de prisión o reclusión aplicable, que se fijó en cincuenta años, contra los veinticinco que la doctrina y la jurisprudencia pacíficas preveían como tope, a la hora de interpretar la frase ‘*esta suma no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate*’, obrante en la redacción original, vinculándola con el tope punitivo del homicidio simple.

**III** Dejando atrás la Parte General del CPA, entre las modificaciones legislativas que crean nuevos tipos penales o amplían otros ya existentes, merecen destacarse las siguientes, anticipando, sobre las últimas, que en muchos casos incluyen el aumento de las escalas penales respectivas.

a) El artículo 80 del CPA describe los homicidios calificados, para los que prevé la pena de prisión perpetua. La norma fue objeto de una serie de reformas habidas entre los años 2002 y 2012. La ley **25601** (B.O. del 26/6/2002) incorporó como inciso 8° el supuesto de aquel causado “(a) un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición”; la ley **25816** (B.O. del 9/12/2003) agregó el inciso 9°, añadiendo al que matare “(a) busando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario”. La ley **26394** (B.O. del 29/8/2008), al derogar el Código de Justicia Militar<sup>7</sup>, incluyó, como inciso 10°, el homicidio cometido por un inferior jerárquico contra “su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas”. Finalmente, la ley **26791** (B.O. 14/12/2012) adicionó a

la redacción del inciso 1°, dedicado al homicidio agravado por el vínculo, al “*ex cónyuge*” y “*a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia*”, como víctimas posibles; asimismo, sustituyó el inciso 4° del texto original, que ahora reza: “(p)or placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión”. En igual tenor, sumó al nutrido articulado los incisos 11° y 12°: el primero hace referencia a la víctima mujer “*cuando el hecho es perpetrado por un hombre y mediar violencia de género*”. El segundo, alude al propósito del autor “*de causar sufrimiento a una persona con la que mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°*”. La misma ley recorta la única excepción a la pena de prisión perpetua que prevé el artículo 80, que atiene a la existencia de circunstancias extraordinarias de atenuación en el caso del inciso 1°, extrayendo de su operatividad a quien “*anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima*”.

b) El tratamiento de los delitos de lesiones y homicidio culposos fue reformado a través de la ley **27347** (B.O. del 6/1/2017). Se aumentó el mínimo de la escala penal del homicidio culposo (art. 84 del CPA), de seis meses a un año de prisión; se mantuvo el mínimo de dos años cuando fueren más de una las víctimas fatales, así como el tope de cinco años para la figura simple, pero se quitó la referencia a los casos de conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de vehículos con motor, que pasaron a constituir una figura independiente, al igual que en el caso de las lesiones culposas, mediante los nuevos artículos 84 bis y 94 bis, respectivamente. De tal suerte, la escala penal prevista es hoy de dos a cinco años de prisión e inhabilitación especial por cinco a diez años para el primero, y de uno a tres años de prisión y de dos a cuatro años de inhabilitación especial en el caso de las lesiones.

No es eso todo; la escala penal aumenta de tres a seis años de prisión para el homicidio culposo y de dos a cuatro años en caso de lesiones de esa índole, si concurre una o más de las nueve circunstancias que el legislador agrupa en un heterogéneo y casuístico catálogo, plasmado en el segundo párrafo de cada una de esas dos nuevas figuras. Ha menester dejar sentados sendos señalamientos: en primer lugar, se dispone allí un incremento de la carga punitiva por algunas situaciones que resultan en sí mismas violaciones de deberes de cuidado, sobre las que no se requiere —en principio— relación causal (o de imputación objetiva, para algunas posturas); y que, en consecuencia, carecen de entidad para elevar *per se* la respuesta pergeñada.

Luego, cuadra interpretar que, para evaluarlas como agravante, deberá acreditarse su entidad de condiciones determinantes del resultado. En segundo término, la incorporación de la culpa temeraria como una de aquellas circunstancias agravantes, inclina la balanza, muy a pesar de los designios del coyuntural impulsor de la reforma, en favor de la exclusión de la categoría dogmática del dolo eventual.

Valga finalizar este apartado mencionando una sutil variación, netamente vinculada con las figuras citadas precedentemente, que la misma ley **27347** incorpora en el artículo 193 bis del CPA<sup>8</sup>. Tal mudanza consistió en cambiar la frase “*vehículo automotor*” por “*vehículo con motor*”, permitiendo insertar en la descripción típica una gama más amplia de rodados.

c) Otra trascendente intervención legislativa involucró los delitos contra la integridad sexual. La ley **25087** (B.O. del 14/5/1999) sustituyó el Título III del Libro Segundo del Código Penal, otrora denominado “Delitos contra la honestidad”, por “Delitos contra la integridad sexual”, afectando su reforma todos los artículos de dicho tramo. Así fueron sustituidos los artículos 119, 120, 125, 126, 127, 127 bis, 128, 129, 130, 132 y 133, e incorporados los artículos 125 bis (promoción o facilitación la prostitución de menores de dieciocho años) y 127 ter (promoción o facilitación de la entrada o salida del país de una persona mayor de 18 años para el ejercicio de la prostitución mediando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción); asimismo, se derogaron los artículos 121, 122, 123 y 131 del Código Penal. La magnitud de la reforma, de la cual habla a las claras —desde ya— el reemplazo de la rúbrica anterior relativa al bien jurídico afectado, obliga a la remisión al sitio oficial de información legislativa mencionado en la Introducción; empero, cabe consignar aquí que, más recientemente, la ley **27352** (B.O. del 17/5/2017) modificó el crucial artículo 119, referido al abuso sexual y a algunas de sus agravantes. La nueva redacción del tercer párrafo sustituye puntualmente a la anterior, que hacía referencia al “*acceso carnal por cualquier vía*”, poniendo fin a las diferentes interpretaciones ensayadas en torno a tal descripción, al especificar su posible concreción “*por vía anal, vaginal u oral*” o a través de “*otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías*”.

d) Uno de los preceptos sustituidos por la reforma antedicha, el de distribución por cualquier medio de pornografía infantil (art. 128), fue luego reformulado merced a la sanción de la ley **26.388**, (B.O. del 25/6/2008), conocida como ‘*ley de delitos informá-*

*ticos*’, que incorporó al CPA una serie de conductas vinculadas al uso de nuevas tecnologías, en distintos Títulos del ordenamiento. Además de la figura aludida, se incorporaron otras más específicas, tales como la distribución, el acceso indebido, la captación, interceptación o publicación de una comunicación electrónica (art. 153), el acceso sin autorización a un sistema o dato informático de acceso restringido (art. 153 bis); la defraudación por manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos (art. 173, inc. 16); el daño informático (arts. 183 y 184 CP) y la interrupción de comunicaciones (art. 197), entre otras.

e) En el ámbito de los delitos contra la libertad se modificaron diversos artículos, en virtud de la sanción de leyes como la **26842** (B.O. del 27/12/2012) que amplió la clásica figura de reducción a la servidumbre del artículo 140 CPA, o la ya citada **25742** (B.O. del 20/6/2003), referida al secuestro extorsivo previsto en el artículo 142 bis *idem*; precepto reformado, a su vez, por ley **26394** (B.O. del 29/8/2008), que ha completado su actual redacción.

Merece especial mención la incorporación del artículo 142 *ter* del CPA, para muchos, una deuda pendiente del régimen democrático recuperado en 1983: se trata del delito de desaparición forzada de personas, introducido por la ley **26679** (B.O. del 9/5/2011)<sup>9</sup>. La figura básica prevé una pena de prisión de diez a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, “*al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona*”. La norma prevé circunstancias agravantes, conmina con igual pena el caso en que la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre, e incluye la reducción en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo de la escala penal para los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida<sup>10</sup>.

Bajo el mismo Título, también corresponde poner de relieve los dos tipos penales sobre prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas, introducidos inicialmente por la ley **26364** (B.O. del 30/4/2008), pero perfilados en su actual redacción a raíz de la amplia reforma producida por la ley **26842**



(B.O. del 27/12/2012). El artículo 145 bis contiene la figura básica y reprime con cuatro a ocho años de prisión la conducta de quien “*ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima*”; el artículo 145 ter contiene, en los siete incisos de su primer párrafo, un extenso repertorio de agravantes, que elevan la sanción de los cinco a los diez años de prisión; en tanto que los dos párrafos siguientes proporcionan las figuras más graves —atinentes, respectivamente, a la consumación de la explotación de la víctima objeto del delito y a la menor edad de esta última— con sendas escalas penales de ocho a doce y de diez a quince años de prisión.

Por otra parte, la ley **26.847** (B.O. del 12/4/2013) incorporó al CPA el artículo 148 bis, que amenaza con pena de uno a cuatro años de prisión a quien aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación a las leyes nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave. La norma exceptúa expresamente las tareas que tengan fines pedagógicos o exclusivamente de capacitación y excluye la punibilidad del padre, de la madre y del tutor o guardador.

f) Entre las diversas reformas alusivas a los delitos contra la propiedad, destacó, por su criticable endeblez, la agravante del robo “*con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada*” (artículo 166, inciso 2, 3er. párrafo, incorporada por ley **25882** (B.O. del 26/4/2004), sortilegio impropio de una norma jurídica. No obstante, una de las modificaciones que se erige en paradigma de la irreflexión expansionista señalada en la Introducción, con su correlato de falta de coherencia del sistema normativo en pleno, está configurada por la ley **25.890** (B.O. 21/5/2004), que tipificó el abigeato como figura autónoma y agravada dentro de los delitos contra el patrimonio, tópico al que oportunamente he aludido en esta Revista. Baste acotar aquí, por mero ejemplo, el absurdo de imponer, en función de los artículos 167 *ter* y *quater* del CPA, al robo de cinco o más cabezas de ganado mayor o menor una pena de cuatro a diez años, escala penal superior, en su mínimo, a las lesiones gravísimas del artículo 91 CPA, y con idéntico tope en su máximo, el que —a su vez— supera al mínimo previsto para el delito de homicidio<sup>11</sup>.

g) La ley **25246** (B.O. del 10/5/2000) introdujo en el CPA la especialidad típica del “*lavado de activos de origen delictivo*”, como modalidad agravada del delito de encubrimiento (art. 277 y ss.), y creó la Unidad de

Información Financiera, como oficina encargada del análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir tales maniobras delictivas. A su turno, la ley **26683** (B.O. del 21/6/2011), devolvió al encubrimiento su denominación anterior, manteniéndolo en el marco de los delitos contra la administración pública, e incorporó, paralelamente, un nuevo Título, denominado “*Delitos contra el orden económico y financiero*”, al que trasladó la figura básica de lavado de activos (art. 303 CPA), descrita como la acción de convertir, transferir, administrar, vender, gravar, disimular o de cualquier otro modo poner en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que adquieran la apariencia de un origen lícito, y penada con tres a diez años de prisión y multa de dos a diez veces el monto de la operación. Meses más tarde, la ley **26734** (B.O. del 28/12/11), a la que ya aludimos al mencionar la agravante genérica del artículo 41 *quinquies*, añadió bajo el mismo Título el delito de financiación del terrorismo, como artículo 306; en tanto que la ley **26733**, publicada en la misma fecha, sumó otras especies delictivas como el suministro o utilización de información privilegiada para la negociación, cotización, compra, venta o liquidación de valores negociables (artículo 307), sus agravantes (art. 308) y demás figuras vinculadas al nuevo bien jurídico en cuestión<sup>12</sup>.

IV El sistema jurídico penal argentino contiene una gran cantidad de leyes especiales complementarias del Código Penal y otras que, sin serlo formalmente específicamente, contienen tipos penales. Tal estado de cosas atenta contra la sistematización intentada por la doctrina y la jurisprudencia y genera una auténtica crisis de legalidad de cara al ciudadano común. Por razones de espacio, me limitaré a mencionar apenas algunas de aquellas sancionadas en el último cuarto de siglo.

La ley **25871** (B.O. del 21/1/2004) referida a las migraciones, contiene en su capítulo VI una serie de figuras delictivas que hoy, tras las reformas que le prodigara la sanción de la ley **26364** (B.O. del 30/4/2008), ya citada en este informe, alcanzan penas de cinco a quince años de prisión. Al describir la figura básica se expresa que se entenderá por tráfico ilegal de personas “*la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio*”, enunciado que no se caracteriza por su precisión<sup>13</sup>.

La ley **24769** (B.O. del 15/1/1997), modificada por ley **26735** (B.O. del 28/12/2011), establece —tan luego— el régimen penal tributario, contemplando los

delitos tributarios propiamente dichos —evasión, aprovechamiento indebido de subsidios, obtención fraudulenta de beneficios fiscales y apropiación indebida de tributos—, junto a aquellos relativos a los recursos de la seguridad social y a los delitos fiscales comunes, como la insolvencia fiscal fraudulenta, la simulación dolosa de pago y la alteración dolosa de registros, con penas que alcanzan los doce años de prisión, respecto de las especies agravadas, cuando fueren cometidas por funcionarios o empleados públicos en ejercicio o en ocasión de sus funciones<sup>14</sup>.

La ley **27330** (B.O. del 2/12/2016), que prohíbe las carreras de perros en todo el país, alcanza mención en este informe porque, más allá de las inacabadas polémicas relativas a la rama del Derecho en la que debe ubicarse la problemática del maltrato a los animales, así como en torno al bien jurídico afectado y a su titularidad, su único precepto ilustra respecto de la defectuosa técnica adoptada con frecuencia por los parlamentarios, en tiempos en que legiferar es regla: se ha creado, en este caso, una figura de peligro abstracto, empleando verbos típicos de evidente ambigüedad, asociados, en un mismo plano de desvalor, a una sanción que alcanza los cuatro años de prisión<sup>15</sup>.

Finalmente, y reiterando que la necesaria restricción del relato obliga a escoger entre las numerosas normas complementarias, la ley **27401** (B.O. del 1º/12/2017) establece el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal. Las figuras del CPA respecto de las cuales se reconoce tal responsabilidad son los siguientes: cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional (arts. 258 y 258 bis), negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas (art. 265), concusión (art. 268), enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (arts. 268 [1] y [2]), y balances e informes falsos agravados (300 bis). Las penas previstas son de multa (2 a 5 veces el beneficio indebido); suspensión total o parcial de actividades hasta por diez años; suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, con idéntico plazo máximo; disolución y liquidación de la personería cuando fue creada al solo efecto de la comisión del delito o el delito fue su principal actividad; pérdida o suspensión de los beneficios estatales y publicación de una síntesis de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica<sup>16</sup>.

V Para clausurar esta relación corresponde mencionar reformas que contienen supuestos de despenaliza-

ción, contraviniendo plausiblemente el expansionismo general del periodo analizado.

Mediante la ley **26551** (B.O. del 27/11/2009), se excluyó expresamente de los marcos típicos tradicionales de las calumnias y las injurias (arts. 109 y 110 CPA, respectivamente) las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas; y sólo se mantuvo la pena de multa como respuesta a tales delitos contra el honor<sup>17</sup>.

La ley **27610** (B.O. del 15/1/2021) de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, más allá de sus evidentes consecuencias penales, representó el fruto de un conjunto de factores, entre los que destacó la participación ciudadana y —en especial— del colectivo feminista de nuestro país. Sustituyó el precepto que contenía el artículo 86 CPA, alusivo al delito de aborto, por el siguiente: “(n) *es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce (14) inclusive del proceso gestacional. Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante: 1. Si el embarazo fue producto de una violación. En este caso se debe garantizar la práctica con el requerimiento y la declaración jurada de la persona gestante ante el o la profesional o personal de salud interviniente. En caso de niñas menores de trece (13) años de edad, la declaración jurada no será requerida. 2. Si estuviera en riesgo la vida o la salud integral de la persona gestante.*” Pasar del tratamiento legal de “mujer encinta” al de “persona gestante” y de la voz “partera” a “el o la profesional” o “personal de salud”, supuso, por añadidura, una bienvenida muestra de la perspectiva de género en el ámbito jurídico-penal.

Otra ley reciente, la **27350** (B.O. del 29/3/2022), que regula el uso medicinal de la planta de *Cannabis* y sus derivados, no sólo establece un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de dicha especie vegetal, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud, sino que impacta necesariamente en la operatividad de la ley **23737** (B.O. del 11/10/1989) de estupefacientes y psicotrópicos, al crear, en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, un registro nacional voluntario a los fines de autorizar la inscripción de los pacientes y familiares de pacientes que, presentando las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescritas por médicos de hospitales públicos, sean usuarios de los derivados de la planta de cannabis (art. 8º), aportando una dosis de racionalidad frente al encarnizamiento prohibicionista en la materia.

### Notas:

1 Una vez más, la recopilación de datos y el borrador del presente informe estuvo a cargo de Mariana Trebisacce, destacada docente de la Cátedra a mi cargo e infatigable colaboradora.

2 ALCHOURRÓN, Carlos – BULYGIN, Eugenio: "Sistemas normativos - Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas", Astrea, 2ª.ed., Buenos Aires, 2012.

3 ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente". Recuperado en: [http://handbook.usfx.bo/nueva/vicerrectorado/citas/SOCIALES\\_8/Derecho/65.pdf](http://handbook.usfx.bo/nueva/vicerrectorado/citas/SOCIALES_8/Derecho/65.pdf)

4 En cuanto a la ley n° **24660** (B.O. del 16/7/1996), de ejecución de la pena privativa de libertad, el ímpetu represivo fue aún mayor, puesto que la reforma inserta por la mentada ley 27375, a través del artículo 56 bis, excluyó de todo instituto propio del período de prueba, así como del acceso a prisión discontinua o a libertad asistida, al mismo elenco de delitos. V. en sitio oficial <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm>

5 Aunque es de signo opuesto, y su misma inserción refleja, una vez más, la desprolijidad del legislador penal, para no trastocar el orden anunciado ni sorprender a quien nos lea, menciono aquí el artículo 41 *ter* que, a través de la ley **25742** (B.O. del 20/6/2003), introdujo en el plexo normativo la figura del llamado '*acuerdo de colaboración*', o bien '*ley del arrepentido*', el cual faculta, genéricamente, la reducción de las escalas penales conforme las reglas de la tentativa, durante la sustanciación de procesos vinculados a determinados delitos, con dos salvedades: a) cuando la pena prevista para el delito imputado fuere de prisión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta quince años de prisión; b) la reducción no alcanza a las penas de multa e inhabilitación. En su primera versión, el artículo hacía referencia a las figuras de privación ilegal de la libertad agravada y al secuestro extorsivo. Luego, la ley **26364** (B.O. del 30/4/2008), de prevención y sanción de la trata de personas, amplió el alcance de tales acuerdos a los delitos en ella incluidos. Por último, la ley **27.304** (B.O. del 2/11/2016) completó una nutrida nómina de especies delictivas pasibles de dichos tratos, y otorgó mayores precisiones acerca de las vías de obtención del beneficio por parte del agente informante.

6 Si bien en la última parte del artículo se aclara que las agravantes previstas no se aplicarán cuando los hechos tuvieron lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional, sobra cualquier referencia a la amplitud y vaguedad con las que se las acuñó.

7 Ley **14029** (B.O. del 16/7/1951) y sus modificatorias.

8 Tipo legal introducido mediante ley **26362** (B.O. 16/4/2008) entre los delitos contra la seguridad del tránsito y referido a la creación de un peligro para la vida o la integridad física de las personas mediante la participación en una prueba de velocidad o destreza con un vehículo con motor, o a la organización o promoción de tales conductas, o a su mera posibilidad mediante la entrega de un vehículo propio o confiado a quien lo facilitare a sabiendas de su utilización con tal fin.

9 La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ya había sido aprobada mediante ley **24556** (B.O. del 18/10/1995), adquiriendo jerarquía constitucional a través de la ley **24820** (B.O. del 29/5/1997).

10 Vale adicionar que la misma ley incorporó el artículo 215 bis al Código Procesal Penal de la Nación, que veda a jueces y fiscales disponer el archivo de las causas en que se investigue

ese delito, hasta tanto la persona no sea hallada o restituida su identidad.

11 Dislates similares plasmados por esa ley, claramente motivada por el interés de un poderoso sector de la economía nacional, aparecen en otros Títulos de la Parte Especial del CPA, tales como excéntricas agravantes para los delitos de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 *bis*) y de encubrimiento (arts. 277 *bis* y *ter*); y hasta la inclusión de una modalidad culposa de falsificación en el trámite de documentación relativa a la propiedad del ganado (art. 293 *bis*).

12 Dentro de los reparos que ha suscitado el articulado diseñado a partir de la citada ley **26683**, uno de ellos merita especial atención: el artículo 305 faculta al juez para adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales, las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes. Pero, además, prevé —en operaciones de lavado de activos— su decomiso definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiera podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieron vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes. En rigor, el legislador optó por privilegiar criterios de eficacia por sobre el principio de inocencia, de jerarquía constitucional.

13 Puede consultarse el texto actualizado en el siguiente sitio oficial: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=92016>

14 El texto actualizado puede consultarse en: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/41379/texact.htm>

15 En el sitio oficial <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/268503/norma.htm> puede consultarse el exiguuo texto comentado.

16 Consultar el texto pertinente en: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/295000-299999/296846/norma.htm>

17 La reforma fue clara consecuencia de un fallo de la Corte Interamericana de DDHH, que declaró la responsabilidad internacional de la Argentina por la condena al periodista Eduardo Kimel, por el primero de tales ilícitos, a raíz de la publicación de un libro en el que criticaba particularmente la actuación de un juez encargado de la investigación de homicidios ocurridos durante la última dictadura militar (1976-1983)

Puede consultarse en [https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nld\\_Ficha=291](https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=291)

## Brasil

Prof. Dr. Alexis Couto de Brito

Da. Jenifer Moraes

Universidade Mackenzie- São Paulo

Em sede penal, as alterações legislativas brasileiras promovidas nos últimos 25 anos caracterizam-se pela ausência de rupturas estruturais ou modificações relevantes na parte geral, tampouco havendo alterações



principiológicas significativas. É possível observar que as modificações promovidas se referem a incursões pontuais impulsionadas por necessidades sociais hodiernas, geralmente influenciadas por pressões midiáticas, o que favoreceu inovações muitas vezes descompromissadas com a lógica do sistema, sobretudo com a ideia de proporcionalidade e a natureza de *ultima ratio* do Direito Penal.

No período analisado, a primeira alteração relevante no código penal diz respeito aos crimes contra a saúde pública. A lei 9.677 foi promulgada em 02 de julho de 1998 e substituiu a antiga redação do artigo 273 do Código Penal Brasileiro para “*Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais*”. A pena do delito passou de um a três anos e multa para dez a quinze anos de reclusão, sendo acrescentadas modalidades equiparadas nos parágrafos do dispositivo, sendo que o inciso I do §1ºB, trouxe o objeto de uma das maiores controvérsias legais no ordenamento jurídico brasileiro: a atribuição do mesmo preceito secundário para quem pratica as mesmas ações do *caput*: “*sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente*”. O preceito secundário dessa disposição foi objeto de críticas doutrinárias —sobretudo pela falta de apego ao princípio constitucional da proporcionalidade—, e sua incidência para o inciso I do §1ºB foi declarada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal em março de 2021. Na ocasião e sob o regime de repercussão geral, os ministros determinaram a reprimenda da pena, ou seja, o retorno à previsão revogada, exigindo que o parâmetro de referência retornasse para um a três anos de reclusão<sup>1</sup>. A lei 9.677 também trouxe a modalidade culposa do delito no §2º e mais quatro tipos penais (Arts. 274, 275, 276 e 277), todos com pena de reclusão de um a cinco anos e multa.

Já em novembro, a lei 9.714, promulgada no dia 25, criou três modalidades de penas restritivas de direito, assim como alterou os requisitos para a conversão da pena privativa de liberdade. Sob a égide da redação anterior, trazida pela lei 7.209/84, o art. 44 do código penal brasileiro previa como modalidades restritivas apenas a prestação de serviços à comunidade e a interdição temporária de direitos. A partir das modificações promovidas em 1998, passou-se também a prever a prestação pecuniária, a perda de bens e valores e a limitação de fim de semana. Com relação a interdição temporária de direitos, foi adicionada a proibição de inscrição em concurso público (Art. 47, V). A conversão entre as espécies de pena, por sua vez, era autorizada quando a privação de liberdade superava 1 ano,

ou se o crime fosse culposos e o réu não reincidente, ou se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicassem a suficiência dessa substituição. A redação atual, por outro lado, autoriza a conversão quando a pena privativa de liberdade *in concreto* não superar quatro anos e o crime não houver sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos. Também se exige que o réu não seja reincidente em crime doloso e que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

A lei também trouxe novas autorizações como a possibilidade de a substituição ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos —se a condenação for igual ou inferior a um ano— e, sendo superior a um ano, por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos (Art. 44§2º). Também trouxe a possibilidade de substituição para o condenado reincidente se a medida for socialmente recomendável e a reincidência não derivar da prática do mesmo crime. (Art. 44§3º), assim como a conceituação das novas espécies de penas restritivas criadas.

No mês seguinte, tivemos duas alterações penais dignas de nota: a primeira foi a criação do delito de deserção especial no Código Penal Militar, assim como qualificadoras (§2ºA) e causas de aumento de pena (§3º), pela lei 9774. A segunda, a inclusão de novas causas de aumento de pena no código penal brasileiro, pela lei 9777. Ao artigo 132, que prevê o delito de “Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente” foi adicionado um parágrafo único, determinando um aumento de um sexto a um terço se a exposição decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza em desacordo com as normas legais. Ao artigo 203, que tipifica a conduta de “*frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho*”, foi modificado o preceito secundário de detenção de um mês a um ano e multa para um a dois anos e multa, além da pena correspondente à violência e criou-se também modalidades equiparadas ao art. 207, que prevê a conduta de “*aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional*”, assim como uma causas de aumento de pena nos casos em que “*a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental*” (§2º).

Em **1999** passamos sem alterações na seara penal e a partir do segundo semestre dos anos **2000** tivemos a promulgação de mais duas leis criadoras de tipos penais. A primeira, lei 9.893 de 14 de julho de 2000, acrescentou à parte especial do código penal cinco novas disposições relativas aos crimes contra a previdência social. A segunda, a lei 10.028 de 19 de outubro, alterou o crime de denunciação caluniosa previsto no art. 339 do Código Penal brasileiro, passando a prever a conduta de “dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”. A pena permaneceu a mesma da redação anterior, sendo de dois a oito anos de reclusão e multa. A nova legislação também criou sete novos tipos penais acrescentando um novo capítulo relativo aos crimes contra as finanças públicas. São eles: o art. 359-A, o Art. 359-B, o art. 359-C, o art. 359-D, o art. 359-F o art. 359-G e o art. 359-H.

Em **2001**, apenas tivemos a criação/alteração de três tipos penais. A lei 10.224 de 15 de maio alterou o Código Penal para incluir o tipos de crime de assédio sexual (Art. 216-A: “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”), com pena de detenção de um a dois anos; o art. 342, recebeu nova redação: “Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral”; e também nova redação ao art. 343 que prevê a conduta de “Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação”, sob uma pena de reclusão, de três a quatro anos, e multa. Aos artigos 342 e 343 foram acrescentadas causas de aumento de pena de um sexto a um terço, assim como foi prevista uma causa de extinção da punibilidade se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

Em **2002** apenas tivemos a inclusão de crimes praticados por particulares contra a administração pública estrangeira, proporcionada pela lei 10.647, promulgada em 11 de junho. A lei criou o art. 337-B que traz a conduta de corrupção ativa em transação comercial internacional com pena de reclusão de um a oito anos e mul-

ta. O Parágrafo único do dispositivo traz uma causa de aumento de pena de um terço se em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. Também criou o crime de tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C) com a redação de “Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional” com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa. O Parágrafo único traz que a pena é aumentada da metade se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro. Por fim, criou o artigo 337-D que traz um novo conceito para funcionário público estrangeiro, definindo-o como “quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro”. E causas de equiparação a quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

Em **2003** novamente assistimos à criação de novos tipos penais. A lei 10.903 de 11 de dezembro, alterou a disposição do artigo 149 do Código Penal, que prevê o delito de redução à condição análoga à escravo para “Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto” e determinou a pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. O artigo também traz penas equiparadas para quem cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho (§1º, I) mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho (§1º, II) e uma causa de aumento de pena de metade da pena se o crime é cometido contra criança ou adolescente (§2º, I) e por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem (§2º, II).

No mesmo ano, a lei 10.695 de julho modificou as modalidades de prática do delito de violação de direito autoral. As penas do caput foram alteradas para detenção de três meses a um ano ou multa e foram criadas

duas qualificadoras (§1º, 2º e 3º). A lei também modificou a natureza da ação penal destes crimes, procedendo-se mediante queixa privada, nos crimes previstos no caput do art. 184; ação penal pública incondicionada, nos crimes previstos nos §§ 1º e 2º e nos crimes cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público e ação penal pública condicionada à representação, nos crimes previstos no § 3º do art. 184. Por fim, a lei 10.763 de novembro altera as penas dos delitos de corrupção ativa (Art. 333) e de corrupção passiva (Art. 317) para dois a doze anos e multa.

Em **2004**, não tivemos a inclusão de novos tipos penais, mas tão somente alterações de preceitos secundários já existentes e extensão dessas penas a outras espécies de conduta. A lei 10.886 de 17 de junho, por exemplo, criou uma qualificadora para a lesão corporal cometida no âmbito da violência doméstica. Por ela passou a se atribuir a pena de detenção de seis meses a um ano e multa se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Já a lei 11.035 de 22 de dezembro determinou a atribuição das mesmas penas previstas no artigo 293 do Código Penal (reclusão de dois a oito anos e multa) para quem falsificar selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo (Caput, I), usa, guarda, possui ou detém qualquer dos papéis falsificados (§1º,I), importa, exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda, fornece ou restitui à circulação esse materiais ou importa, exporta, adquire, vende, expõe à venda, mantém em depósito, guarda, troca, cede, empresta, fornece, porta ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, produto ou mercadoria em que tenha sido aplicado tais selos.

Em continuidade à lógica de ampliação do escopo punitivo pela de novos tipos penais e causas de aumento de pena ou qualificadoras, observamos uma alteração significativa em sete tipos penais em **2005**, por meio da lei 11.106 de 28 de março. Por ela estabeleceu-se novas qualificadoras ao delito de sequestro e cárcere privado (Art. 148) para os casos em que a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos, o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos e se o crime é praticado

com fins libidinosos; alterou-se a redação do art. 215 que prevê o delito de posse sexual mediante fraude para “Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude”; alterou-se a redação do art. 216 que prevê o delito de atentado ao pudor mediante fraude para “Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, sendo estabelecida uma qualificadora que modifica o preceito secundário para reclusão de dois a quatro anos se a vítima for menor de 18 e maior de 14 anos e causas de aumento de pena. A lei também inseriu uma qualificadora ao delito de mediação para servir a lascívia de outrem; alterou o *caput* do art. 231 que prevê o delito de tráfico internacional de pessoas para “Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro” e determinou a pena de reclusão, de três a oito anos e multa para a modalidade simples, de reclusão de quatro a dez anos e multa para as modalidades qualificadas, e de cinco a doze anos e multa se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. Por fim, a lei criou o delito de tráfico interno de pessoas a partir do artigo 231-A, cuja redação prevê a conduta de “Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição” e a pena de reclusão de três a oito anos e multa.

No ano de **2006**, contudo, foram promulgadas duas das mais importantes leis extravagantes do ordenamento jurídico brasileiro. A primeira, lei 11.340, de 7 de agosto, trata-se de uma lei de natureza mista com o objetivo de criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Por ela, passou-se a definir o que é violência doméstica e familiar e a prever a agravante genérica para o delito que ocorrer nessas condições (Art.61, II, f); a qualificadora da lesão corporal “se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade” com pena de três meses a três anos e uma causa de aumento de pena se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência (Art.129 §11). A segunda, a lei 11.343 de 23 de agosto, que implementou o Sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, que, dentre outras disposições de natureza processual, criou 8 novos tipos penais, como “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas



sem autorização ou em desacordo com determinação legal” (art. 28) e o delito de “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” com pena de cinco a quinze anos de reclusão (Art. 33), além de determinações de parte geral específicas a essa espécie delitiva.

Em **2007**, apenas observamos uma alteração pela qual instituiu-se a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis como marco interruptivo da prescrição (Art. 117, IV). Já em **2009** nos deparamos com alterações relevantes. Em primeiro lugar, a lei 12.033 de 29 de setembro alterou a natureza da ação penal dos crimes contra a honra, estabelecendo que se procede mediante requisição do Ministro da Justiça no caso de os delitos serem cometidos contra o presidente da república, mediante representação do ofendido contra funcionário público em razão de suas funções, bem como no caso de injúria racial. Em segundo lugar, a lei 11.923 de 17 de abril estabeleceu uma qualificadora com o objetivo de aumentar a pena do delito de extorsão (art. 158). Em terceiro lugar, a lei 12.012 de 6 de agosto acrescentou ao código penal o artigo 349-A que prevê a conduta de “Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional” sob as penas de detenção de três meses a um ano. Por fim, a lei 12.015 de 7 de agosto alterou o capítulo relativo aos crimes contra a dignidade sexual. O tipo que traz o estupro (art. 213) passou a prever a conduta de “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” com penas de reclusão de seis a dez anos na modalidade simples, de oito a doze anos se resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de dezoito ou maior de catorze anos e de doze a trinta anos se da conduta resulta morte assim como nove outros dispositivos (Artigos 216, 216-A, 218, 228, 230, 231, 231-A, 217-A, 218-A e 218-B). A lei também trouxe causas de aumento de pena se a resultar em gravidez ou se é transmitida à vítima doença sexualmente transmissível e revogou os artigos 214 (Atentado violento ao pudor), 216 (Sedução), 223, 224 e 232 (violência presumida).

Em **2010** verificamos apenas uma alteração na contagem do prazo prescricional pela lei 12.234, passando-se a prever o limite de três anos para os crimes em que

a pena máxima seja inferior a um ano, sendo também disposto que quando a contagem do prazo prescricional for regulada pela pena aplicada, não poderá ter como termo inicial data anterior à denúncia ou queixa. Em **2011** observamos a criação do delito de condicionar atendimento médico hospitalar emergencial à exigência de cheque caução ou nota promissória, com pena de detenção de três meses a um ano e multa, com a edição da lei 12.653 de 28 de maio; a alteração das antigas disposições sobre os crimes contra a ordem econômica previstos na lei 8.137/90, sendo mantida a pena de reclusão de dois a cinco anos e multa e a inserção do crime de fraudes em certame de interesse público ao código penal brasileiro, tendo como pena a reclusão de um a quatro anos a modalidade simples e dois a seis anos a modalidade qualificada.

Seguindo o modelo de criação de tipos e penas, em **2012** observamos a alteração da lei 9.613/98, pela lei 12.683 de 9 de julho que, dentre outras considerações, trouxe ao crime de lavagem de ativos a conduta equiparada de quem utiliza na atividade econômica ou financeira bens, direitos ou valores provenientes da infração penal e uma causa de aumento de pena quando os crimes forem cometidos em organização criminosa. Também foi promulgada a lei 12.270 em setembro, que implementou uma causa de aumento de pena para o crime de homicídio (Art. 121, §6º) e lesão corporal (Art. 126, §7º) quando cometidos por milícia privada, assim como criou o delito específico de constituição de milícia privada, com pena de reclusão de quatro a oito anos (Art. 288-A); a lei 12.737 de 30 de novembro criou os delitos de invasão de dispositivo informático sob a pena de três meses a um ano e multa (art. 154-A) e interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública com pena de detenção de um a três anos e multa (Art. 266§1º). A lei 12.650 de 17 de maio trouxe uma alteração na parte geral, mediante a determinação de que o marco inicial do prazo prescricional nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes será a data em que a vítima completar dezoito anos.

Já em agosto de **2013**, tivemos a promulgação de uma das mais importantes leis da atualidade no ordenamento jurídico brasileiro: a lei 12.850/2013, relativa à definição e ao processamento dos crimes cometidos por intermédio de organizações criminosas. A lei trouxe a definição de organização criminosa como a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou in-

diretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional (Art. 1º), assim como o delito de promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa com penas que variam de três a oito anos de reclusão (Art. 2º), causas de aumento de pena e crimes ocorridos na investigação e obtenção de prova para apuração dessas infrações (Artigos. 18, 19, 20 e 21).

Em **2014**, tivemos a inserção no crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança, adolescente ou vulnerável no rol dos crimes hediondos (Art. 1º, VIII) por intermédio da lei 12.978 de 21 de maio, e uma alteração nos crimes de descaminho ou contrabando para dividi-los em artigos distintos, por intermédio da lei 13.008 de 26 de junho, sendo atribuído ao descaminho (art. 334) a pena de um a quatro anos de reclusão e ao contrabando (art. 334-A) a pena de reclusão de dois a cinco anos.

Em **2015**, novamente observamos comentadas alterações, sendo a mais discutida delas a implementação da qualificadora do feminicídio no crime de homicídio, pela lei 13.104 de 2015, quando for cometido por “razões de condição de sexo feminino”, ou seja, em situação de violência doméstica e familiar ou por menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Nesses casos a pena será aumentada de um terço até a metade se o crime for cometido durante a gestação, nos três meses posteriores ao parto, contra menor de quatorze anos, maior de sessenta ou na presença de descendente ou ascendente da vítima (Art. 121 §7º). Também foi inserida a qualificadora do homicídio cometido contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal (polícia e demais forças de segurança), integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra o cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau dessas pessoas (Art. 121 §2º, VII), uma causa de aumento de pena de um a dois terços para a lesão corporal praticada contra essas mesmas pessoas (Art. 129 §12) e a inserção dessas duas modalidades no rol de crimes hediondos com a edição da lei 13.142 de 6 de julho. Por fim, a lei 13.228 de 28 de dezembro criou uma causa de aumento de pena específica para o estelionato cometido contra idoso (Art. 171 §4º).

O ano de **2016** proporcionou apenas nova qualificadora ao crime de furto quando a subtração for de se-movente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração (Art. 155,

§6º) e uma nova modalidade de receptação nas mesmas condições (Art. 180-A) pela lei 13.330 de 2 de agosto. Já em **2017**, observamos uma nova causa de aumento de pena para a receptação (Art. 180, §6º) e o dano (Art. 163 parágrafo único, III); quando envolver bens de patrimônio da União, Estado, Distrito Federal, município, autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos, implementadas pela lei 13.531 de 7 de dezembro.

Em **2018** tivemos um número maior de alterações, sendo as primeiras promovidas pela lei 13.654 de 23 de abril. A lei criou duas qualificadoras ao crime de furto (art. 155) elevando as penas a quatro a dez anos quando a subtração é realizada mediante emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, §4-A) ou a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego (art. 155, §7) e traz causas de aumento de pena ao crime de roubo (art. 157, §2º) quando a ameaça é exercida com arma de fogo ou se há rompimento de obstáculo, assim como qualificadoras nos casos em que a violência resultar lesão corporal grave ou morte (art. 157, §3º). A lei 13.718 de 24 de setembro, por sua vez, promoveu diversas alterações nos crimes contra a dignidade sexual. Criou o delito de importunação sexual (Art. 215-A) e o delito de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (Art. 218-C), ambos com penas de reclusão de um a cinco anos, assim como causas de aumento de pena para as hipóteses de estupro coletivo (Art. 225, IV, a) e estupro corretivo (Art. 225, IV, b), com resultado de gravidez (Art. 234-A, III), transmissão de doenças sexualmente transmissíveis (Art. 234-A, IV) e por manter relação íntima de afeto com a vítima (Art. 218-C). Em dezembro de 2018 foram criadas causas de aumento de pena do delito de homicídio cometido contra pessoa menor de menor de catorze anos, maior de sessenta anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas, na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima e em descumprimento de medidas protetivas, todas pela lei 13.771 e o delito de registro não autorizado da intimidade sexual com pena de seis meses a um ano e multa (Art. 216-B).

No ano de **2019** foi que tivemos uma das maiores alterações legislativas penais no ordenamento jurídico brasileiro. Em 5 de setembro foi promulgada a lei 13.869 que passou a definir os crimes de abuso de autoridade cometidos por agente público no exercício das suas funções. A lei criou 25 novos tipos penas nessa

seara e revogou as disposições anteriores acerca do assunto.

Além dela, em 24 de dezembro foi promulgada a lei 13.964, de natureza mista, que, apelidada impropriamente de “pacote anticrime” pelo legislativo proporcionou diversas alterações na legislação penal e processual de nosso país. Em relação à parte geral do código penal, foram alteradas as previsões relativas à legítima defesa, para incluir especificamente a conduta do agente público que repele agressão injusta contra terceiros (Art. 25), o procedimento relativo à cobrança da pena de multa, que passou a ser considerada dívida de valor (Art. 51), os requisitos para o livramento condicional (Art. 83, III), a possibilidade de perda dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito —confisco alargado— (Art. 91-A), o patamar máximo de cumprimento de uma pena privativa de liberdade —de 30 para 40 anos— (Art. 65) e nova causa interruptiva da prescrição pela pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis e enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal (art.116). Na parte especial do código, foram adicionadas novas causas de aumento de pena aos crimes de roubo (Art. 157, §2º, VII), contra a honra (Art.141 §1º e 2º) e no homicídio, foi criada uma qualificadora para os casos em que o crime seja cometido com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido. Nesses casos a pena será de reclusão de 12 a 30 anos (Art. 121, §2º, VIII). Também foi alterada a natureza da ação penal do crime de estelionato para condicionada à representação e a pena máxima do crime de concussão foi alterada de 8 para 12 anos, sendo mantidos os demais elementos.

Um dia após, em 25 de dezembro foi promovida uma alteração no art. 122 do código penal, para estabelecer a redação como “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça”, sendo determinada a pena de um a três anos de reclusão, assim como modalidades qualificadas que elevam às penas para reclusão de dois a seis anos quando o suicídio efetivamente se consuma ou se da automutilação resulta morte, e causas de aumento de pena quando o crime foi cometido por motivo egoístico ou fútil, a vítima tiver a sua capacidade de resistência diminuída, ou a conduta foi praticada por meio da internet, dentre outras (§3º). Em 2020, por outro lado, apenas tivemos uma alteração no crime de denúncia caluniosa, sendo mantidas as penas originais para quem “Dar causa à instauração de inquérito

policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente”. A modificação se deu pela lei 14.110 de 18 de dezembro.

Por fim, em 2021, podemos apontar seis alterações legislativas dignas de nota. A primeira foi a criação do crime de perseguição (*stalking*) sob as penas de reclusão de seis meses a dois anos e multa para quem “Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade” (Art. 147-A). O tipo foi instituído pela lei 13.132 de 31 de março, sendo também previstas causas de aumento de pena para a modalidade. A segunda, uma alteração nas penas para as espécies simples e qualificadas do crime de invasão de dispositivo informático, assim como a inclusão de causas de aumento de pena e novas qualificadoras (Art. 154-A). A terceira foi a promulgação da lei 14.133 que em 1º de abril trouxe um novo capítulo ao código penal, relativo aos crimes cometidos em licitações ou contratos administrativos (capítulo II-B do título XI - crimes contra a administração pública) sendo inseridos dez novos tipos ao código penal, que antes se encontravam em lei especial (Lei 8.666/93). A quarta, a criação do delito de violência psicológica contra a mulher com pena de reclusão de seis meses a dois anos e multa se a conduta não caracterizar crime mais grave (Art. 147-B), com a edição da lei 14.188 de 28 de julho. A quinta, a revogação da lei de segurança nacional - já considerada inconstitucional por muitos doutrinadores por conter resquícios e disposições características do período ditatorial brasileiro e que não mais comportavam guarida após o advento da nova Constituição Federal brasileira a partir de 1988 – com a edição da lei 14.197 de 1º de setembro e a inserção de um título para os crimes contra o Estado Democrático de Direito no código penal trazendo cinco novos tipos penais (Artigos 359-L até 359-R) e, por último, a inclusão de uma causa de aumento de pena ao delito de coação no curso do processo para os casos envolvendo crime contra a dignidade sexual (Art. 344 parágrafo único).

### Notas:

- 1 STF. RE 979.962/RS, j. 24/03/21.

## Colombia

Paula Andrea Ramirez Barbosa\*

### I. INTRODUCCIÓN

En Colombia conviven distintos marcos normativos que regulan el tratamiento del delito y la pena, los cuales han sido el resultado de los cambios legislativos de las últimas décadas. Entre ellos, el sistema penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004, el modelo mixto con la Ley 600 de 2000; el sistema penal para adolescentes contenido en la Ley 1098 de 2006; la Ley 1407 de 2010 o Código Penal Militar; el Acto Legislativo 01 de 2018 que regula el proceso penal para aforados y la garantía de la doble instancia. También, el marco de Justicia y Paz conocida como la Ley de sometimiento transicional de las organizaciones armadas ilegales con la Ley 975 de 2005, el Acto Legislativo 04 de 2017 que desarrolló la Justicia Especial para la Paz y la Ley de sometimiento de bandas criminales la Ley 1908 de 2018.

Sobresale en este contexto, la Ley 2197 de 2022 (Ley de Seguridad Ciudadana) por medio de la cual, se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la Seguridad Ciudadana y otras disposiciones. La referida Ley modifica e incluye reformas al Código Penal y de Procedimiento Penal, al Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana y al Código de Extinción de Dominio, e incluye otras normas, con el fin de crear y fortalecer los instrumentos jurídicos y robustecer los recursos económicos<sup>1</sup>. En efecto, todas estas normas han sido el resultado de los cambios legislativos producidos en Colombia en los últimos 25 años<sup>2</sup>.

### II. LOS CÓDIGOS PENALES DE 1980 Y 2000 EN COLOMBIA: CARACTERÍSTICAS GENERALES

Reflexionar entorno a los cambios fundamentales del Derecho penal colombiano en los últimos tiempos, implica revisar la transición del Código penal de 1980, caracterizado por la influencia de la escuela dogmática causalista. Sin lugar a dudas, se trató de un Código que adoptó nuevas tendencias penales, que atendían las modernas concepciones del Derecho penal<sup>3</sup>.

Sin embargo, y pese a los avances contenidos en el Estatuto de 1980, este presentaba algunos problemas en la medida que se iba aplicando por los operadores judiciales. El delito fue abordado a partir de dos estructuras: una objetiva que acoge el injusto típico (tipicidad), y el injusto penal (antijuridicidad), por otra parte, el injusto subjetivo fundada en el dolo, la culpa y la preterintención, tratadas como formas de culpabilidad<sup>4</sup>.

Después de este Estatuto, se da paso al Código penal de 2000, con planteamientos finalistas y funcionalistas. Este Código se vinculó con la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991 y a la nueva configuración del Estado colombiano como Social y Democrático de Derecho. Entre las novedades de la Carta, estuvo la creación de la Fiscalía General de la Nación, y la participación del Fiscal General en el diseño de la política criminal del Estado. Facultad que posibilitó el liderazgo de la Fiscalía General en la reforma penal del país, que terminó con la expedición de la Ley 599 de 2000 que modificó el Código penal de 1980<sup>5</sup>.

Las características del nuevo estatuto penal fueron: una tendencia que conjuga planteamientos finalistas y funcionalistas, la inclusión de las normas rectoras de la ley penal colombiana ajustadas al nuevo modelo constitucional, la división del hecho punible en delitos y contravenciones, la introducción de la omisión, y figuras como la posición de garante y la imputación objetiva entre otras<sup>6</sup>.

Las ideas del funcionalismo de Roxin y Jakobs, han tenido importante acogida en el Derecho penal nacional, fundado en las tendencias de la teoría de la imputación objetiva y que considera que la relación de causalidad no es suficiente para imputar a una persona la comisión de un delito. Así lo preve el artículo 9 de la Ley 599 de 2000 que indica: “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad”. Esta norma es uno de los ejemplos de la nueva configuración dogmática contenida en el Código penal colombiano del 2000.

Como bien lo destaca el profesor Ferr Olivé al analizar el Código Penal Colombiano del 2000, en efecto, los planteamientos del funcionalismo relacionados con que el finalismo y el causalismo, no solucionan los problemas esenciales del Derecho penal, ya que parten de la modificación del mundo exterior y del fenómeno ontológico de acción. Tendencia con la cual, se parte de un nuevo concepto que prescinde de la causalidad natural de acción, y la definen como la creación de un riesgo, y la actualización de éste en un resultado. El concepto de acción se ubica en la tipicidad delimitada como una estructura donde existe un tipo objetivo, la creación de un riesgo, y la realización en un resultado, y además por un tipo subjetivo. Las concepciones funcionalistas planteadas por Jakobs han tenido un profundo estudio algunos centros académicos del país<sup>7</sup>.



### III. EL CODIGO PENAL DEL 2000 Y LA POLITICA CRIMINAL REACTIVA

El Código Penal ha sido objeto de diversas modificaciones legislativas desde su expedición. En efecto, dentro de las reformas destacadas se encuentran por mencionar algunas las siguientes:

- Ley 733 de 2002 (Medidas contra el secuestro, el terrorismo y la extorsión)
- Ley 742 de 2002 (“Estatuto de Roma”)
- Ley 747 de 2002 (Creación del tipo penal de trata de personas)
- Ley 750 de 2002 (Prisión domiciliaria y trabajo comunitario para mujer cabeza de hogar)
- Ley 813 de 2003 (Reforma del hurto, la falsedad marcaria y la receptación)
- Ley 882 de 2004 (Violencia intrafamiliar)
- Ley 890 de 2004 (Reforma para articular la legislación penal sustancial con el sistema penal acusatorio)
- Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz)
- Ley 985 de 2005 (Medidas contra la trata de personas)
- Ley 1121 de 2006 (Financiación del terrorismo y otras disposiciones)
- Ley 1142 de 2007 (Medidas contra la criminalidad que afecta la seguridad ciudadana)
- Ley 1153 de 2007 (Pequeñas causas en materia penal)
- Ley 1220 de 2008 (Aumento de pena a los delitos contra la salud pública)
- Ley 1236 de 2008 (Delitos sexuales)
- Ley 1257 de 2008 (Sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres)
- Ley 1273 de 2009 (Creación del bien jurídico de la protección de la información y de los datos)
- Ley 1453 de 2011 (Ley de seguridad ciudadana)
- Ley 1474 de 2011 (Estatuto anticorrupción)
- Ley 1577 de 2012 (Medidas frente al pandillismo y la violencia juvenil)
- Ley 1652 de 2013 (Entrevista y testimonio de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales)
- Ley 1654 de 2013 (Reestructuración de la Fiscalía General de la Nación)
- Ley 1719 de 2014 (Violencia sexual en el marco del conflicto armado)
- Ley 1761 de 2015 (Feminicidio)

- Ley 1762 de 2015 (Ley anticontrabando)
- Ley 1773 de 2016 (Lesiones con agentes químicos)
- Ley 1786 de 2016 (Modifica vigencia Ley 1760 de 2015)
- El Acto Legislativo 04 de 2017 que desarrolló la Justicia Especial para la Paz,
- Ley 1908 de 2018 (Sometimiento de bandas criminales)
- Ley 1944 de 2018 (Abigeato)
- Ley 2197 de 2022 (Seguridad Ciudadana)

Las reformas enunciadas demuestran como en Colombia han existido diversos intentos por fortalecer la construcción de la política criminal y con ello, un mejor tratamiento del delito, la pena y la gerencia efectiva de los recursos disponibles en el ámbito penal. Pese a ello, la realidad contrasta con altas tasas de criminalidad, hacinamiento carcelario y la adopción pública de medidas reactivas y poco preventivas.

### IV. LA CRIMINALIDAD COLOMBIANA Y EL SISTEMA PROCESAL PENAL

En un contexto de criminalidad compleja en Colombia, debemos anotar que el sistema penal acusatorio después de más de una década y media de implementación, ha demostrado dificultades funcionales para detectar, investigar y judicializar los delitos de mayor impacto en concordancia con las normas sustanciales existentes. Entre los aspectos notorios de la operatividad del sistema, se destacan: la congestión en el tratamiento e impulso de las denuncias y los procesos penales, la insuficiencia de operadores judiciales y la cantidad de despachos existentes distribuidos en el territorio nacional, el presupuesto disponible, las altas tasas de denuncia y su proporción con las sentencias logradas, la aplicación limitada de la justicia premial y restaurativa, por mencionar algunos<sup>8</sup>.

Sin lugar a dudas, el proceso penal es el escenario donde se concretan las finalidades del Derecho sustantivo, mediante el desarrollo de las funciones de motivación reflejadas en la prevención general (positiva y negativa) y especial, además, la función de tutela de los bienes jurídicos individuales, colectivos o estatales. Los objetivos centrales del proceso penal por su parte, recaen en los tres pilares de verdad, castigo justo y reparación del daño causado.

Por ello, reflexionamos sobre el sistema procesal acusatorio, el cual, desde la ley 906 de 2004, ha sido objeto de múltiples reformas, las cuales, han incidido en la eficacia de su implementación. Se destacan, entre

otras, las leyes 1098 y 1121 de 2006, 1142 de 2007, 1312 de 2009 y 1395 de 2010; también, las leyes 1453 y 1474 del 2011, 1760 de 2015, la 1786 de 2016, ley 1826 de 2017, la 1908 de 2018, 2197 de 2022. Se trata entonces, de múltiples modificaciones encaminadas a fortalecer el funcionamiento del sistema, sin que el resultado haya sido el esperado. Los cambios normativos no garantizan por sí solos, la superación del defecto que se pretende eliminar, se requiere acompañar esas medidas con insumos técnicos, presupuestales y humanos de ser necesario.

Las reformas legislativas deben estar destinadas a promover cambios necesarios en los aspectos requeridos para el fortalecimiento del sistema penal, bien se traten de modificaciones de tipo sustancial, procesal o penitenciario. Asimismo, no debe tratarse de enfoques normativos como reacción a situaciones concretas, si previamente no ha existido un estudio de fondo e integral que justifique la adopción de los cambios legales.

En tal virtud, se percibe que el Sistema penal acusatorio colombiano ha enfrentado y continua afrontando desafíos en los propósitos de detección, investigación, prueba y sanción de los delitos en Colombia.

## V. LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA DE LAS ÚLTIMAS DOS DÉCADAS

En Colombia, la política criminal en los últimos 25 años ha estado caracterizada por el incremento de penas y la tipificación de nuevos delitos mediante modificaciones legislativas, que no han sido exitosas en la prevención del delito. Las cuales, entre otras implicaciones: “restringieron las formas de terminación anticipada del proceso, redujeron los beneficios penales y ampliaron el catálogo de conductas consideradas delito. Consideramos, que las reformas legislativas en materia penal aún no logran articularse y diseñarse desde una postura estatal transversal y sostenida —o sostenible—. Esto es, aún no corresponde al desarrollo de una política criminal predefinida y coherente, que guíe al legislador sobre los principios y contenidos básicos para mejorar el ordenamiento penal, y, por el contrario, el seguimiento que se presenta parece reflejar una política criminal desarticulada y coyuntural”. De ahí, que los esfuerzos institucionales deban orientarse al robustecimiento de las medidas integradoras que posibiliten un mejor tratamiento de los delitos y las penas.

La realidad colombiana demuestra altas tasas de criminalidad, en las que convergen diversas expresiones del delito que podrían clasificarse del siguiente modo: a. Criminalidad que afecta la seguridad ciudadana;

dentro de las que se incluyen los delitos contra la vida, integridad personal, patrimonio económico, libertad sexual, autonomía personal y libertad individual, entre otros. B. Criminalidad que afecta los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario; dentro de los que se destacan, delitos como la tortura, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado, el secuestro, el reclutamiento forzado, la violencia sexual en el conflicto armado, entre otras categorías de crímenes de guerra y lesa humanidad. c. Criminalidad organizada y transnacional; dentro de los que se incluyen delitos como el narcotráfico, el lavado de dinero, la pornografía infantil, el contrabando, el tráfico humano, el tráfico de armas, entre otros. d. Criminalidad asociada con la lucha contra la corrupción; en esta categoría se incluyen delitos como el peculado, la celebración indebida de contratos, el cohecho, la concusión y las diversas modalidades del soborno, entre otros. e. Criminalidad corporativa; donde sobresalen delitos como el soborno transnacional, el uso de información privilegiada, fraude fiscal, falsedades contables, el pánico económico, los delitos financieros, la criminalidad ecológica, los delitos de captación ilegal, entre otros. f. La criminalidad que afecta los intereses y la seguridad del Estado, en los que se incluyen los delitos como el concierto para delinquir, los crímenes que afectan el régimen constitucional, el terrorismo, rebelión, entre otros<sup>9</sup>.

Ante la clasificación expuesta se destacan formas de criminalidad compleja, transnacional y organizada, junto a los delitos convencionales que históricamente han sido el principal enfoque de la justicia penal. En este escenario, se observa un incremento de la multinacionalidad del crimen, la presencia de estructuras organizadas y complejas, el direccionamiento de los frutos de la delincuencia hacia paraísos fiscales, la utilización de las monedas virtuales, por indicar algunos. Del mismo modo, el incremento de la alta rentabilidad de los activos de procedencia ilícita y una mayor conexión del crimen organizado con la corrupción, unidos a los altos niveles de impunidad<sup>10</sup>.

En consecuencia, la realidad judicial penal colombiana afronta desafíos en la prevención y lucha contra el crimen organizado; a su vez, en el respeto indiscutible por las garantías del procesado. El cumplimiento de los términos procesales, las altas tasas de impunidad, la falta de acceso real a la justicia, la congestión judicial, el poco alcance de los derechos de las víctimas e intervinientes procesales, requieren no sólo de voluntad política del legislador sino también, de decisiones gubernamentales eficaces para fortalecer la administra-

ción de justicia penal como un baluarte en el Estado de Derecho. En un escenario notorio de populismo comunicativo y punitivo, de constantes reformas y modificaciones legislativas enfocadas en el incremento de penas y la tipificación de nuevos delitos, sin las soluciones de fondo que se plantean, hacen nugatoria cualquier aspiración de reforma.

El fortalecimiento de la justicia penal colombiana, precisa de la puesta en marcha de estrategias de capacitación, actualización de técnicas de investigación criminal, medidas gerenciales eficaces en el manejo de los recursos humanos y logísticos, con aumento de un presupuesto suficiente para su actualización y así poder luchar contra la corrupción judicial y demás problemáticas que afectan el sistema de justicia penal.

En consecuencia, puede afirmarse que en Colombia el problema no es la ausencia de leyes o regulación en materia penal para prevenir, detectar y castigar los delitos y garantizar la imposición de las penas. La operatividad oportuna del sistema y la aplicación eficaz de los institutos sustanciales y procesales en la esfera penal resultan factores a considerar. Sin embargo deben destacarse los esfuerzos de la jurisprudencia por resolver oportunamente algunas de estas problemáticas asociadas.

## VI. CONCLUSIÓN

El Derecho penal colombiano es amplio en normatividad, jurisprudencia y doctrina. En las últimas décadas las reformas punitivas han estado caracterizadas por el aumento de penas, la restricción de beneficios y la ampliación del catálogo de delitos. Lo cual, pone de manifiesto un derecho penal cambiante, reactivo e impactado por el populismo normativo. Pese a ello, su jurisprudencia penal es rica y dinámica en contenidos y aportes, que en efecto, han contribuido a la evolución, consolidación y aplicación garantista del Derecho penal colombiano de las dos últimas décadas.

En efecto, el Derecho penal en Colombia debe seguir avanzando en la observancia estricta de principios, valores éticos, unidos al cumplimiento de las normas rectoras del sistema penal, la jurisprudencia y la doctrina suponen el fortalecimiento de la justicia y un mejor tratamiento de la política de persecución penal. Lo anterior, en el marco del desarrollo de una política criminal idónea, menos reactiva al populismo comunicativo e integradora con el principio de ultima ratio del Derecho penal y el respeto a la dignidad humana.

## Notas:

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca y Maestría en Estudios Políticos de la misma Universidad. Premio Extraordinario de Doctorado. Profesora Universitaria y experta en Derecho Penal económico. Procuradora Delegada ante la Corte suprema de Justicia de Colombia. Profesora de las Universidades Católica y Externado de Colombia, e mail: paula.ramirez@uexternado.edu.co

1 De las reformas al Código Penal y al de Procedimiento Penal en esa Ley sobresale lo siguiente: Se ampliaron las causales de justificación contenidas en el artículo 32 con el fin de aumentar el espectro de la legítima defensa. La pena máxima de prisión, para los casos en los que no haya concurso fue aumentada de 50 a 60 años. Se incluyeron como circunstancias de mayor punibilidad haber sido condenado en los 60 meses anteriores por un delito doloso y la utilización de armas blancas para cometer delitos. Se creó el delito de porte de arma blanca en el transporte público masivo o durante evento masivo. Se adicionaron diferentes circunstancias de agravación punitiva, se aumentaron las penas de diferentes delitos y se incluyeron reformas al Código de Procedimiento Penal para aumentar las causales para considerar que la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad. Se regulan de manera general los permisos para la fabricación, comercialización y porte de armas y elementos y dispositivos menos letales junto con sus accesorios, partes y municiones. En esta sección de la norma, se destaca la creación del Registro Nacional de Armas, Elementos y Dispositivos Menos Letales, el cual estará a cargo del Departamento Control Comercio de Armas y Explosivos, que a su vez debe fijar los requisitos para la solicitud de los respectivos permisos. Habrá un periodo de transición de 12 meses en el que las personas naturales y jurídicas puedan iniciar el trámite de formalización del porte de armas, elementos y dispositivos. Adicionalmente, se hicieron algunas reformas a la Ley de Extinción de Dominio y a la Ley 418 de 1997 con el fin de fortalecer su incidencia en la promoción de la seguridad ciudadana.

2 En este escenario, de constantes reformas legislativas de naturaleza penal, debe destacarse la Ley 2098 de junio de 2021, que reglamentaba la cadena perpetua para graves crímenes cometidos contra menores. La Corte Constitucional consideró que esa pena configura un retroceso en materia de humanización, en la política criminal y en la garantía de la resocialización de las personas condenadas. La Corte ó que el Congreso "transgredió su poder de reforma al incluir la pena de prisión perpetua revisable en el artículo 34 de la Constitución" y estimó que "afectó un eje definitorio de la Carta como lo es el estado social y democrático fundado en la dignidad humana".

3 FERRÉ OLIVÉ, J, NUÑEZ PAZ, M, RAMÍREZ BARBOSA, P, (2021), "Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios fundamentales y sistema". ed. Tirant lo Blanch, Bogotá, págs. 185 y ss.

4 Ídem.

5 FERRÉ OLIVÉ, J, NUÑEZ PAZ, M, RAMÍREZ BARBOSA, P, (2021), "Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios fundamentales y sistema", op. cit, págs. 185 y ss.

6 Ídem.

7 FERRÉ OLIVÉ, J, NUÑEZ PAZ, M, RAMÍREZ BARBOSA, P, (2021), "Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios fundamentales y sistema", op. cit, págs. 185 y ss.

8 RAMIREZ BARBOSA, P. (2021), "Realidades y desafíos de la justicia penal colombiana: reflexiones y propuestas", en Universidad Externado de Colombia, Jornadas de Derecho penal 2018.

9 Idem.

10 RAMIREZ BARBOSA, P. (2021), "Realidades y desafíos de la justicia penal colombiana: reflexiones y propuestas", en Universidad Externado de Colombia, Jornadas de Derecho penal 2018.

## Costa Rica

**Dra. Angie A. Arce Acuña**

*Presidente Instituto de Victimología de CR.*

### I. REFORMA PENAL

A lo largo de estos veinticinco años, el país ha experimentado diferentes cambios en el Código Penal que corresponden al reforzamiento de valores morales, éticos y la tutela más efectiva de ciertos bienes jurídicos que antes no se les daba la protección o el valor que estos tenían como es el caso de la protección animal, abuso sexual, Otras circunstancias han llevado a la necesaria tutela de situaciones como el crimen organizado y narcotráfico, el aumento en el trasiego de drogas, así como la constante llegada de grupos ligados al narcotráfico, que han traído como consecuencia homicidios entre bandas, inseguridad y violencia. Este es el contexto en el cual se desarrollan las principales reformas al Código Penal Costarricense y Código Procesal Penal, sin dejar por fuera el acoso callejero, y delitos contra la mujer.

### II. REFORMAS AL CODIGO PENAL

#### *a) Delitos contra la vida*

Ley Número 8189 del 18 de diciembre de 2001. Adición del artículo 123 bis al Código Penal, Ley Número 8387 del 8 de octubre de 2003. Reforma al Código Penal para endurecer las penas por sustracción y homicidio de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad, Ley Número 8719 del 4 de marzo de 2009. Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo, Ley Número 8977 del 3 de agosto de 2011. Calificación de los delitos cometidos contra la integridad y vida de los policías en el ejercicio de sus funciones, Ley Número 9857 del 15 de junio de 2020. Ley que penaliza el abandono de las personas adultas mayores, Ley Número 9078 del 4 de octubre de 2012. Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial.

- **El Código Penal ha sufrido múltiples reformas en los últimos 25 años, estas producto de 56 leyes diferentes entre 1997 y 2022, las más recientes e importantes son:**

#### **A) Delitos sexuales**

– Ley Número 7899 del 3 de agosto de 1999. Ley contra la explotación sexual comercial de personas menores de edad, Ley Número 8002 del 8 de junio de 2000. Reforma a los artículos 161 y 162 del Código Penal, Ley Número 8143 del 24 de octubre de 2001. Adición de un párrafo segundo al artículo 174 del Código Penal de la República de Costa Rica, Ley Número 8590 del 18 de julio de 2007. Fortalecimiento de la Lucha Contra La Explotación Sexual de las Personas Menores de Edad mediante la reforma y adición de varios artículos al Código Penal, Ley 8811 Número del 12 de mayo de 2010. Incentivo de la Responsabilidad Social Corporativa Turística, Ley Número 8874 del 24 de junio de 2010. Reforma el Código Penal para promover la protección de la integridad sexual y de los derechos y las libertades fundamentales de las personas menores de edad, Ley Número 8961 del 5 de julio de 2011. Represión Extraterritorial de los delitos sexuales contra menores, cometidos en el extranjero, Ley Número 9177 del 1 de noviembre de 2013. Reforma de los artículos 173, 173 bis y 174 y adición de un artículo 174 bis al Código Penal, Ley Número 9406 del 30 de noviembre de 2016. Fortalecimiento de la protección legal de las niñas y las adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones abusivas, Ley Número 9584 del 4 de julio de 2018. Restituir la pena por abusos sexuales contra las personas mayores de edad, Ley Número 9877 del 10 de agosto de 2020. Ley contra el acoso sexual callejero, Ley Número 9135 del 24 de junio de 2013. Reforma de los artículos 196, 196 bis, 230, 293 y 295 y adición del artículo 167 bis al Código Penal.

#### **B) Delitos contra los Derechos Humanos**

– Ley Número 8272 del 2 de mayo de 2002. Represión penal como castigo por los crímenes de guerra y de Lesa Humanidad (Reforma y Adiciona el Código Penal), Ley Número 9095 del 26 de octubre de 2012. Ley Contra la Trata de Personas y Creación de la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la trata de personas, Ley Número 9222 del 13 de marzo de 2014. Ley de Donación y Trasplante de órganos y tejidos huma-



nos, Ley Número 9545 del 24 de abril de 2018. Reforma al Código Penal y Ley contra la Trata de Personas y Creación de la Coalición Nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas. Ley Número 9916 del 14 de abril de 2021. Reforma a la Ley de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos y derogatoria de la Ley “Declara de Interés Nacional el Banco de Córneas”. Ley Número 10156 del 18 de marzo de 2022. Consolidación del Centro Operativo de Atención a la Violencia Intrafamiliar y la Violencia contra las mujeres.

## **C) Delitos contra los deberes de la Función Pública**

– Ley Número 8056 del 21 de diciembre de 2000. Ley para las Negociaciones Comerciales y la Administración de los Tratados de Libre Comercio, Acuerdos e instrumentos de Comercio Exterior, Ley Número 8185 del 18 de diciembre de 2001. Adición del artículo 343 bis al Código Penal, Ley Número 8224 del 13 de marzo de 2002. Derogación del tipo penal de Desacato, Ley Número 8422 del 6 de octubre de 2004. Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública. Ley Número 8630 del 17 de enero de 2008. Modificación del Código Penal y la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito. Ley Número 9699 del 10 de junio de 2019. Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos.

## **D) Delitos contra la buena fe de los negocios**

Ley Número 7732 del 17 de diciembre de 1997. Ley Reguladora del Mercado de Valores, Ley Número 9957 del 14 de abril de 2021. Ley Concursal de Costa Rica. Ley Número 9746 del 16 de octubre de 2019. Reforma Ley Reguladora del Mercado de Valores al Código Penal.

## **E) Delitos contra la seguridad común**

Ley Número 7883 del 9 de junio de 1999. Reforma. Ley de Tránsito (art.129 y 132) y Adic. Código Penal (272 bis), Ley Número 8127 del 29 de junio de 2001. Reforma de los artículos 215, 274 y 374 del Código Penal. Ley Número 8389 del 9 de octubre de 2003. Ley para la Gestión Integral de Residuos. Ley Número 8719 del 4 de marzo de 2009. Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo, Ley Número 8719 del 4 de marzo de 2009. Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo. Ley Número 9078 del 4 de octubre de 2012. Ley de Tránsito por Vías Públi-

cas Terrestres y Seguridad Vial, Ley Número 9458 del 11 de junio de 2017. Reforma del Código Penal y la Ley de Bienestar de los Animales.

## **F) Delitos contra la familia**

Ley Número 8387 del 8 de octubre de 2003. Reforma al Código Penal para endurecer las penas por sustracción y homicidio de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad. Ley Número 8571 del 8 de febrero de 2007. Reforma artículos 14 y 64 Código Familia, el artículo 38 Código Civil, el artículo 181 Código Penal y derogación del inciso 3) del artículo 15, el artículo 19 y el inciso c) del artículo 65 Código Familia para impedir el Matrimonio de Menores de 15 años, Ley 8781 Número del 11 de noviembre 2009. Reformas al Código de Familia, Código Penal, Código Notarial y Ley General de Migración y Extranjería.

## **G) Delitos contra la propiedad**

Ley Número 8127 del 29 de junio de 2001. Reforma de los artículos 215, 274 y 374 del Código Penal. Ley Número 8719 del 4 de marzo de 2009. Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo. Ley Número 9048 del 10 de julio de 2012. Reforma de varios artículos y modificación de la Sección VIII, denominada Delitos Informáticos y Conexos, del título VII del Código Penal. Ley Número 9135 del 24 de junio de 2013. Reforma de los artículos 196, 196 bis, 230, 293 y 295 y adición del artículo 167 bis al Código Penal.

## **H) Delitos contra la fe pública**

Ley Número 7999 del 5 de mayo de 2000. Reforma del artículo 376 del Código Penal, Ley Número 8127 del 29 de junio de 2001. Reforma de los artículos 215, 274 y 374 del Código Penal.

## **I) Delitos contra la libertad**

Ley Número 9095 del 26 de octubre de 2012. Ley Contra la Trata de Personas y Creación de la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la trata de personas. Ley Número 9545 del 24 de abril de 2018. Reforma al Código Penal y Ley contra la Trata de Personas y Creación de la Coalición Nacional contra el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas.

## **J) Delitos contra la intimidad y contra la seguridad de la Nación**

Ley Número 9135 del 24 de junio de 2013. Reforma de los artículos 196, 196 bis, 230, 293 y 295 y adición del artículo 167 bis al Código Penal.

## **K) Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional**

Ley Número 8508 del 24 de abril de 2006. Código Procesal Contencioso Administrativo.

#### **L) Delitos contra la Administración de Justicia**

Ley Número 8056 del 21 de diciembre de 2000. Ley para las Negociaciones Comerciales y la Administración de los Tratados de Libre Comercio, Acuerdos e instrumentos de Comercio Exterior

#### **M) Delitos contra la salud pública**

Ley Número 7771 del 29 de abril de 1998. Ley General sobre el VIH-SIDA

#### **N) Delitos contra la Autoridad Pública**

Ley 8754 Número del 22 de julio de 2009. Ley contra la Delincuencia Organizada.

#### **O) Reformas varias**

Ley Número 7728 del 15 de diciembre de 1997. Ley de Reorganización Judicial, Reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ley Número 8250 del 2 de mayo de 2002. Modificación del Código Penal a los artículos 50, 53, 56, 78, 125, 195, 212 inciso 3. Ley Número 8696 del 17 de diciembre de 2009. Reforma parcial de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres. Ley Número 8720 del 4 de marzo de 2009. Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Penal. Ley 8754 Número del 22 de julio de 2009. Ley contra la Delincuencia Organizada, Ley Número 9271 del 30 de setiembre de 2014. Mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal, Ley Número 9525 del 7 de marzo de 2018. Reforma del artículo 56 del Código Penal. Circular Número 178 del 9 de marzo de 2018. Tabla de conductas por accidentes de tránsito. Ajuste a multas por aplicación de sanción más favorable. Artículo 12 del Código Penal, Ley Número 9582 del 2 de julio de 2018. Ley de Justicia Restaurativa, Ley Número 9628 del 19 de noviembre de 2018. Reforma de los artículos 71 y 72 del Código Penal, Ley Número 10053 del 25 de octubre de 2021. Ley para mejorar el proceso de control presupuestario, por medio de la corrección de deficiencias normativas y prácticas de la administración pública, Ley de Reparación Integral para Personas Sobrevivientes de Femicidio, Expediente N°22.872

- i. **Ley N°10156 del 18 de marzo de 2022, Reforma Ley General sobre el VIH SIDA**, A nivel penal reforma el artículo 380 que establece sanciones contra la persona que discrimine a otro por razones de género, orientación sexual, salud, edad, religión, etc., por otro lado, deroga la Ley General sobre VIH SIDA de 1998.

- ii. **Ley N°10020 del 9 de setiembre de 2021, Ley para la prevención del acoso a personas menores de edad por medios electrónicos o virtuales y reforma al Código Penal**. Esta ley busca prevenir, combatir y sancionar la comisión de delitos sexuales a través de medios tecnológicos o virtuales e incrementa las penas que castigan los delitos de corrupción y seducción de menor o incapaz por medios electrónicos, asimismo, reforma los artículos 167, 167 bis 173, 173 bis y 174 del Código Penal, mismos en los que se regulan los delitos de corrupción, corrupción agravada, fabricación, reproducción, producción, difusión y tenencia de material pornográfico.
- iii. **Ley N°9957 del 14 de abril de 2021, Ley Concursal**. Esta ley reforma la sección I del título VIII del Código Penal, esta abarca los artículos 238 – 242, mismos que regulan los delitos sobre concurso de acreedores tales como concurso fraudulento, concurso culposo, administración fraudulenta concursal, connivencia maliciosa y las responsabilidades de los personeros legales con penas que van desde los dos hasta los seis años de prisión, así como desde un año, hasta diez años de inhabilitación en el ejercicio de actividades económicas o bien, penas económicas en el caso de la connivencia maliciosa.
- iv. **Ley N°9857 del 15 de junio de 2020, Ley que penaliza el abandono de las personas adultas mayores**. Esta ley adiciona el artículo 142 bis al Código penal y establece el abandono de la persona adulta mayor como delito con sanciones económicas, o bien, privativas de libertad de hasta 10 años de prisión según sea el caso.
- v. **Ley N°9877 del 10 de agosto de 2020, Ley contra el acoso sexual callejero**. Esta ley crea un Título IV en el Título 111 del Libro 11 del Código Penal, esta regula nuevos delitos catalogados como acoso sexual callejero entre los numerales 175 ter al septies, mismos que corresponden al exhibicionismo o masturbación en espacios públicos, persecución o acorralamiento, producción de material audiovisual y sus agravantes con penas económicas o privativas de libertad según sea el caso. Esta ley tuvo efectos positivos en su primer año de vigencia, según datos del Ministerio de Seguridad Pública, 102 personas fueron detenidas por la comisión de estos delitos, siendo el más recurrente la persecución, de estas 102 personas, 15 fueron condenados con penas de cárcel entre 6 meses y 1 año.

- vi. **Ley N°9584 del 4 de julio de 2018, Ley para restituir la pena por abusos sexuales contra personas mayores de edad.** Esta ley reforma el primer párrafo del artículo 162 del Código Penal, esta reforma se tuvo que llevar a cabo porque por un aparente error legislativo de la última reforma que tuvo el artículo en 2007, algunos tribunales penales consideraban que no existía una pena para abusos sexuales contra personas mayores de edad, es por esto que el artículo de manera explícita regula las situaciones de abuso sexual contra mayores y sus agravantes que sancionan al actor con penas de prisión de hasta 6 años.
- vii. **Ley N°9458 del 11 de junio de 2017, Reformas al Código Penal y Ley de Bienestar de los Animales.** Esta ley adiciona una sección V al título IX de los delitos contra la seguridad común y crea los delitos por crueldad animal regulados desde el 279 bis al 279 sexies, asimismo, regula los delitos 405 bis y ter que regulan el maltrato de animales, las peleas entre estos, la muerte y la crueldad animal con penas privativas de libertad y otras con sanciones económicas según sea el caso.
- viii. **Ley N°9406 del 30 de noviembre del 2016, Ley de Fortalecimiento de la protección legal de las niñas y las adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones abusivas.** Esta ley regula los artículos 159 y 161 del Código penal, mismos que regulan y penan las relaciones sexuales con personas menores de edad, siempre que no constituyan violación, así como los abusos sexuales contra menores e incapaces, ambos delitos con penas de hasta 10 años.
- ix. **Ley N°9271 del 30 de setiembre del 2014, Ley de Mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal.** Esta ley es sumamente importante porque de mano con la tecnología crea una nueva forma de cumplimiento de medidas cautelares, esta reforma el artículo 66 del Código Penal en relación con las condiciones que deben cumplir los privados de libertad para que les otorguen el beneficio. Asimismo, adiciona el inciso j) al artículo 244 del Código Procesal Penal, creando la imposición de la medida cautelar permanente con dispositivo electrónico, cada día con esta medida equivale a un día de prisión preventiva.
- x. **Ley N°9048 del 10 de julio de 2012, Reforma de la Sección VIII, Delitos Informáticos y Conexos.** Esta ley reforma varios artículos y modifica la sección VIII, misma que regula este tipo de delitos. Esta reforma los artículos 167, 196, 196 bis, 214, 217 bis y 288 del Código Penal. Esta reforma fue sumamente importante en vista del constante crecimiento tecnológico que atravesó nuestro país en ese momento, dicha sección regula delitos como la suplantación de páginas electrónicas, facilitación del delito informático, difusión de información falsa, espionaje informático, suplantación de identidad en redes sociales, sitios de internet, etc., todos estos con penas privativas de libertad de hasta 6 años de prisión.
- xi. **Ley Número 9699 del 10 de junio de 2019. Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos.** Esta ley tiene por objetivo regular la responsabilidad de las personas jurídicas en delitos como cohecho, corrupción de funcionarios, etc., las penas de esta son principalmente sanciones económicas sumamente altas, pérdida de beneficios o subsidios estatales, cancelación del permiso de funcionamiento, hasta la disolución de la sociedad.
- xii. **Ley de Reparación Integral para Personas Sobrevivientes de Femicidio, Expediente N°22.872.** Esta ley fue aprobada el 28 de abril de 2022, sin embargo, aún no ha salido publicada en el Diario Oficial La Gaceta. Esta ley reconoce el deber que tiene el Estado de asistir a las víctimas de sobrevivientes de Femicidio que han sufrido daños en su salud física, psicológica, emocional, patrimonial, así como en sus proyectos de vida. Esta reparación consistirá en un subsidio mensual para cada beneficiario equivalente a medio salario base, también tendrán atención asistencia médica, psicológica, becas de estudio, bonos de vivienda, asesoría y representación legal gratuita. Los beneficiarios serán los hijos de las mujeres víctimas, hasta que estos cumplan la mayoría de edad o cumplan 25 años y sigan estudiando, personas con familiares de hasta primer grado de consanguinidad o afinidad que convivían con la víctima al momento del femicidio, adultos mayores de hasta el primer grado de consanguinidad o afinidad que convivían y dependían de la víctima y finalmente, personas con discapacidad permanente, sin límite de edad, en

primer grado de consanguinidad o afinidad que dependían del cuidado y manutención de la víctima.

- xiii. **Reforma al Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario.** Mediante decreto ejecutivo Numero 39418-JP del 4 de noviembre de 2015 se reformó el Reglamento técnico del Sistema Penitenciario emitido mediante decreto número 33876-J del 11 de julio de 2007. La reforma modifica los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 27, 34, 35, 36, 46, 48, 51, 53, 54, 55, 57, 58, 61, 66, 68, 70, 71, 74, 80, 83, 90 y 93, del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario. Según la reforma los motivos por lo que se modifica el reglamento son: Actualmente el Sistema Penitenciario se ve afectado por serios problemas de hacinamiento y sobrepoblación, condiciones que las normas internacionales en materia de Derechos Humanos señalan por atentar contra la dignidad humana, convirtiéndose en un trato cruel y degradante, prohibido por el artículo 40 de nuestra Constitución Política y por el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En este mismo sentido existe amplia jurisprudencia a nivel nacional, que exige al Ministerio de Justicia y Paz aplicar medidas efectivas para corregir el problema. La reforma al reglamento lo que busca en realidad es reducir los plazos que se establecían antes y dar una mayor agilidad a la hora de traslado de los privados de libertad, además se promueve el traslado de regímenes más abiertos en determinadas penas con la finalidad de evitar como se indicaba al principio el hacinamiento carcelario.

## CONCLUSIONES

Del análisis de las reformas penales como procesales penales en Costa Rica se puede concluir que efectivamente si se ha dado por parte del Legislador un importante número de ellas en temas mediáticos y políticos, como los temas del hacinamiento que fue una de las banderas más utilizadas por la Ministra de Justicia. La tutela de los derechos de los menores de edad y el abuso, incluso impidiendo el matrimonio entre un mayor y una persona menor de edad aún y con consentimiento de sus progenitores. La ley de Bienestar Animal que ha sido muy aplaudida y necesaria en el país que tuvo grandes tropiezos, pero que al final y dichosamente viene a tutelar las conductas contra la población ani-

mal. De igual forma uno de los problemas que aquejan al país el crimen organizado, viene a fortalecer su lucha y compromiso para con la ciudadanía. De igual manera se continúa fortaleciendo el tema de la ciberdelincuencia y dando ejemplo a las demás regiones sobre la importancia de unirse para luchar contra estos delitos.

Finalmente, son de suma importancia los grandes avances que presenta el país en relación con la protección de víctimas, existe indemnización para las víctimas sobrevivientes de femicidio, así como a sus familiares en primer grado de consanguinidad o afinidad tal y como se mencionó anteriormente, asimismo, se amplió el plazo de prescripción en asuntos de abusos sexuales de víctimas menores de edad, mismo que podrá computarse aún y la víctima haya cumplido la mayoría, y por último, se está dando una tutela judicial más efectiva en asuntos de género que día a día se torna más preocupante recurrente en nuestro país. Todas y cada una de las reformas traen sus particularidades y únicamente será con el tiempo que nos perita juzgar si permitieron o no solventar el problema que aquejaba en el momento de su promulgación.

## ESPAÑA

**Prof<sup>a</sup> Dra. Elena Nuñez Castaño**

*Universidad de Sevilla*

### I. LÍNEAS GENERALES SOBRE LA TRANSFORMACION DEL DERECHO PENAL

Desde la aprobación del Código Penal de 1995 hasta la actualidad, se han producido infinitas modificaciones del mismo, algunas de ellas con un profundo calado como las producidas por las LLOO 2/2010, 5/2010, 1/2015, 2/2015 y 3/2021<sup>1</sup> que han determinado, por diversas razones un profundo cambio de paradigmas en relación con el ordenamiento jurídico penal de nuestro país. Como punto de partida, resulta necesario constatar que en los 25 años transcurridos se ha producido no solo una notable expansión y una enorme intensificación de la intervención penal, que ha pasado a constituir, en muchos aspectos la *única ratio* para la aparente solución de los conflictos, sino que los profundos cambios sociales de este tipo han incidido de manera clara y notoria no sólo en la regulación penal de algunos tipos existentes, sino, y lo que en mi opinión resulta más grave, en la introducción de criminalizaciones e instituciones (prisión permanente revisable, discursos extremos, adelantamiento de la barrera de intervención penal a ámbitos absolutamente desconec-



tados de una potencial lesión del bien jurídico, como el delito de grooming, los viajes con finalidad terrorista, el autoadoctrinamiento terrorista, ampliación de los supuestos de acoso, etc.) que responden al cambio de una sociedad del riesgo con la que comenzábamos el siglo, a una sociedad del miedo, donde se pretende erradicar, mediante la criminalización y el castigo, todo aquello que se percibe como diferente o discrepante y en consecuencia, como peligroso. De este modo, se ha producido una clara variación del eje central del Derecho penal, desde una perspectiva garantista y, en cierto grado, abstencionista respecto de los derechos y libertades fundamentales, a un sistema totalmente intervencionista en el que todos estos derechos son susceptibles de flexibilización e incluso de anulación en pro de algo parecido a un interés colectivo superior o un “bien común”, que para nada resulta nuevo, porque, en realidad, estamos retornando a sociedades en las que el temor a lo desconocido, a aquello que no pueden controlarse, a lo que se considera diferente o incluso antagónico a los planteamientos sostenidos por la generalidad de la sociedad, provoca una reclamación de intervencionismo estatal y de mayor control en tanto que se percibe como una amenaza. En definitiva, se ha producido un retorno a una sociedad de miedo, de lo que pueda ocurrir, de quien piensa diferente, de quien discrepa, e incluso respecto de aquellos que simplemente, piensan. Y, desde este planteamiento, se produce un importante cambio de perspectiva en la forma en la que los ciudadanos se enfrentan a sus semejantes en la cotidianidad de las relaciones sociales, de modo que lo que constituían valores esenciales e irrenunciables durante el pasado siglo XX, aquellos que describían la esencia propia de una sociedad democrática y basada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas, de todas las personas, como el pluralismo, la tolerancia, el respeto de lo diferente, al discrepante, se convierten en esta ya conocida sociedad que se ha reimplantado en el siglo XXI, en obstáculos, en taras, en objetivos a eliminar para garantizar una tranquilidad y seguridad de la sociedad que no pueda verse afectada por potenciales amenazas, perturbaciones o intranquilidades que puedan proceder de aquellos que tienen conductas, formas de vida, opiniones o principios diferentes. Ahora bien, la finalidad perseguida con esta perspectiva que se traduce, como veremos, en amplias y cuestionables regulaciones legislativas, de obtener tranquilidad y seguridad, una paz social, no sólo no se ha alcanzado, sino que resulta, en mi opinión, una entelequia absolutamente inalcanzable siempre que nos situemos en un Estado Democrático; pero incluso, y creo que la

historia así lo avala, resulta igualmente inalcanzable en cualquier otro tipo de Estado, porque siempre existirá un divergente o un subversivo que se encargue de alterar, cuestionar o vulnerar esa paz social o, más bien, ese pensamiento o moral social que se pretende implantar. Es completamente absurdo encaminar todos los instrumentos sociales, esencialmente el legislativo y judicial, a la obtención de algo inalcanzable, cuando ello determina, en ese camino, la lesión y vulneración de principios, derechos y garantías básicas e irrenunciables para cualquier ciudadano.

En definitiva, sin extenderme en demasía en el análisis de las distintas tendencias político-criminales que se han producido en estos 25 años en el Derecho Penal, si creo que pueden identificarse dos claras líneas que deben ser objeto de tratamiento, y que, de algún modo responden a lo que ya se había denominado la “expansión” y la “intensificación” del Derecho penal<sup>2</sup>. Si bien la primera de las tendencias optaba por incorporar nuevos tipos penales o nuevas formas comisivas de delitos tradicionales e incluso nuevas instituciones jurídico penales que se derivaban esencialmente de aquello que ya se había denominado “sociedad de riesgo”, y que procedía del avance e innovaciones tecnológicas, principalmente de las nuevas tecnologías e internet, o que se centraban en el ámbito socioeconómico que hasta ese momento había recibido una escasa atención por el legislador penal<sup>3</sup>, la segunda, la “intensificación”, respondía a parámetros radicalmente diferentes, que entonces se derivaban de lo que ya hemos expuesto relativo a la exigencia de una “sociedad de la seguridad ciudadana”, pero que, a fuerza de seguir dando vueltas de tuerca en aras de inocular todo lo que representa un posible “riesgo” para la concepción de sociedad que se tiene en la generalidad de la comunidad, se ha mutado en una *sociedad del miedo*, en la que mediante un retorno a un puritanismo exacerbado que determina una evidente, y además aplaudida en muchos casos, confusión entre el ámbito moral y/o ético y el ámbito jurídico<sup>4</sup>, se desvirtúan completamente aquellos principios inspiradores del Derecho penal del siglo pasado (intervención mínima, ultima ratio, legalidad e incluso culpabilidad), en aras de algo que, como se ha señalado, en modo alguno podrá alcanzarse: la seguridad absoluta.

De todo ello ha sido testigo la publicación en la cual se incorpora este trabajo, poniendo de relieve mediante innumerables artículos y colaboraciones el *iter criminis* que ha seguido el Derecho penal en el último cuarto de siglo. Un camino, que ninguno de los que concebimos el Derecho penal como el último recurso para solucionar un conflicto social hubiéramos querido empezar a

recorrer nunca, pero que no sólo hemos empezado, sino que estamos plenamente insertos en él y sin tener muy claro (o quizás desgraciadamente sí) cual será el final del mismo.

Ahora bien, también es preciso reconocer, que junto a reformas y cambios claramente cuestionables, criticables, e incluso ilegítimos, también se han producido reformas absolutamente necesarias, al menos en mi opinión, para contribuir al respeto de los derechos fundamentales en el seno de un Estado del bienestar, como puede ser la reforma del aborto o la más reciente modificación de la regulación legal de la eutanasia; y, como no, la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica que se trataba de una asignatura pendiente de nuestro ordenamiento jurídico penal<sup>5</sup>. Era preciso, en estos y otros casos, adecuar la evolución de la concepción social de estos fenómenos con la regulación legal de los mismos, y, sobre todo, con el respeto a los derechos y libertades constitucionalmente protegidas.

Cada cierto tiempo, en Revista penal en la Sección de Sistemas comparados, se han ido publicando artículos en los que se hacía referencia a las reformas penales que hubieran acontecido durante un determinado período de tiempo; por ello, entiendo que no se trata aquí de repetir de forma resumida cuáles han sido todas y cada una de ellas, sino hacer referencia de forma genérica y a grandes rasgos de cuáles han sido las más relevantes en relación a la manifestación de los principales cambios que ha sufrido la perspectiva y la esencia del Derecho penal en estos últimos 25 años. Reformas algunas de gran calado y que han implicado una transformación importante de los elementos esenciales del Derecho penal, y otras que simplemente se adecuaban a los avances sociales y al inevitable devenir del tiempo. Por ello, creo que, siguiendo la división que he expuesto en los párrafos precedentes, lo más adecuado sería diferenciar entre aquellas modificaciones que responde en esencia a un avance social derivado de la necesidad de regular comportamientos que hasta ese momento no habían sido objeto de interés por parte del legislador, pero que los avances tecnológicos y los riesgos que ellos conllevan, junto con la globalización que implican, hacen necesaria esa “expansión” del Derecho penal a ámbitos respecto de los que no tenía incidencia; aquellas modificaciones que responden a una tendencia político criminal securitaria y preventivista que ha desembocado en una sociedad del miedo y que avala la flexibilización y anulación de los derechos y garantías facilitando un incontrolable adelanto de las barreras de intervención penal que responde al miedo al divergente

y al retorno a un puritanismo exacerbado que podría identificarse con aquella tendencia denominada “intensificación” del Derecho penal; y, por último, algunas reformas plenamente necesarias a fin de adecuar la regulación legal con la perspectiva social de la misma.

## II. MANIFESTACIONES DE LOS CAMBIOS PENALES: DE LA EXPANSIÓN A LA INTENSIFICACIÓN

Como se ha puesto de relieve en el anterior epígrafe, son innumerables las reformas que se ha producido en el Código penal en los últimos 25 años, por ejemplo, la regulación de la responsabilidad penal del menor mediante la LO 5/2000, de 12 de enero mediante la que se establece un sistema de sanciones paralelo a las establecidas en el Código Penal para aquellos menores que se encuentran entre 14 y 18 años, determinado con ello la irresponsabilidad penal de los menores de 14 años, las reformas del Código penal ocasionadas por la aprobación de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género, que ha provocado una auténtica convulsión de la regulación penal de este problema endémico de nuestra sociedad, la eliminación de las faltas (Libro III) del Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de manera que alguno de los supuestos por ellas sancionados se remitieron a la vía civil, mientras que otros se convertían en *delitos leves*, la importante reforma de los delitos de cohecho que estableció una nueva estructura y regulación de las modalidades típicas llevadas a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, diversas modificaciones en materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, como la introducción específica de una atenuante por dilaciones extraordinarias e indebidas por la misma LO 5/2010, o las sucesivas ampliaciones de los grupos protegidos en la agravante de discriminación, la última de ellas incorporando los supuestos de aporofobia y exclusión social en el art. 22.4 CP mediante la LO 8/2021, de 24 de junio, junto con diversas modificaciones en el ámbito de los delitos en particular, como los delitos contra el patrimonio, el trasplante de órganos, el delito de piratería, etc. que realmente no implican cambios sustanciales en los planteamiento político criminales de la legislación penal en nuestro país.

Sin posibilidad, ni necesidad por cuanto se ha ido haciendo paulatinamente, de mencionar todas y cada una de las reformas que nuestro texto penal ha sufrido en los últimos 25 años, si es necesario poner de relieve cuales son esas concretas manifestaciones de las distintas transformaciones, así como la incidencia que las mismas han tenido en algunos de los tipos penales.

## 1. La expansión del Derecho penal: la respuesta del legislador a los avances sociales y económicos y las nuevas tecnologías

Resulta evidente que a lo largo de veinticinco años, ni la sociedad, ni los medios, ni las tecnologías ni los problemas que uniendo todos estos aspectos se plantean, sobre todo en aras de la globalización de los conflictos que los avances tecnológicos han provocado son los mismos que eran. Ello determina la aparición de nuevos fenómenos o de nuevos comportamientos que, por diversas y variadas razones, la sociedad percibe como focos de preocupación y el legislador trata de ofrecer respuesta.

Uno de los principales viene conformado por la *corrupción*, que aparece como uno de los principales “males” de la sociedad en estos momentos y ello ha llevado a nuestro legislador, amparado también en recomendaciones y compromisos internacionales, esencialmente derivados de la Unión Europea, a dar respuesta adecuada a estos comportamientos. Y ello implicó, no sólo una necesaria (aunque no del todo acertada, en mi opinión) reforma de los delitos de cohecho llevados a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio encaminada a simplificar la regulación de los mismos unificando las distintas modalidades de cohecho pasivo por una parte y de cohecho activo por otra, incorporando el cohecho subsiguiente y el cohecho impropio<sup>6</sup>. A ello se une una importante modificación del delito de malversación de patrimonio público remitiendo sus modalidades comisivas a los delitos de administración desleal (art. 252 CP) y apropiación indebida (art. 253 CP), llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y una importante ampliación del concepto de funcionario público que establece la LO 1/2019, de 20 de febrero, sobre todo en relación con los funcionarios extranjeros y de la Unión Europea<sup>7</sup>. Con todo ello se hace frente tanto a los nuevos retos que implica la pertenencia a la Unión Europea, como los que se derivan de la globalización que conllevan los comportamientos realizados y las transacciones internacionales. El fenómeno de la corrupción ya no quedaba reducido a un exclusivo ámbito nacional, sino que trascendía fronteras y entendió el legislador penal que resultaba necesario una regulación más amplia del mismo. Tan amplia que no se quedó reducida a lo que tradicionalmente se había entendido como corrupción, esto es, la relativa al sector público, sino que incorporó también la criminalización de teóricos comportamientos corruptos en el sector privado mediante la criminalización del *delito de corrupción en los negocios*<sup>8</sup>; con ello se pretendía otorgar protección a

la competencia leal que podría verse aún más afectada con la evolución de los negocios y de las formas de interrelacionarse de los sujetos<sup>9</sup>.

Estos cambios sociales y preocupación de la sociedad y los legisladores por las distintas formas de intervención en el mercado que, al amparo de las nuevas tecnologías y sus avances, provocan o pueden provocar unos daños más importantes, extensos y globales, determinaron la incorporación de nuevos tipos penales como la *estafa de inversores*<sup>10</sup> que ha sido objeto de controversia en tanto que su estructura típica responde más a un delito de falsedad que propiamente a un delito de estafa; o distintas reformas de los delitos relativos al mercado y los consumidores, a fin de abarcar todos los supuestos exigidos por la normativa europea, concretamente, la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril respecto de las sanciones aplicables al abuso del mercado, y así la LO 1/2019, de 10 de febrero, realiza diversas modificaciones en el delito de alteración de los precios naturales (art. 284 CP) y los delitos de abuso de información privilegiada (arts. 285 a 285 *quater* CP)<sup>11</sup>. La razón esencial de estas reformas radica precisamente en lo que señalábamos con anterioridad, la evolución de las formas de relacionarse de la sociedad y la irrupción de las nuevas tecnologías ha determinado la necesidad de hacer frente a nuevos comportamientos hasta ahora desconocidos, o que, siendo conocidos, realmente no tenían trascendencia.

Y ello nos lleva al último bloque de temas que podemos incluir entre estos supuestos de expansión por la necesidad de hacer frente a nuevos retos derivados concretamente de la implosión de las TIC en nuestra vida cotidiana. Resulta evidente que internet, las redes sociales y las nuevas tecnologías han tenido un importantísimo impacto en diversos aspectos de la vida de los ciudadanos hasta el punto de cambiar la forma que tenemos de interrelacionarnos entre nosotros. Y ello implica, que con las ventajas que se derivan de estos nuevos medios y/o recursos, se produzcan también numerosos inconvenientes que lesionen o afecten bienes jurídicos de terceros, esencialmente la intimidad, la propiedad<sup>12</sup>, o incluso, como señala un sector de la doctrina, la seguridad de los sistemas de información, comunicación e intercambio de datos<sup>13</sup>. Ello se ha plasmado también en nuestro ordenamiento jurídico penal, a través de la reforma de los delitos contra la intimidad introduciendo nuevas modalidades comisivas como el delito de intrusismo informático (art. 197 *bis* CP) con la LO 1/2015, de 30 de marzo, o el delito de *sexting* (art. 197.7 CP) mediante el que se sanciona la divulga-

ción no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima. Junto a ello, también se incorporan modificaciones a los delitos de descubrimiento y revelación de secretos mediante la LO 5/2010, la piratería de servicios de comunicación y electrónicos mediante la LO 15/2003, los daños informáticos modificados por la LO 1/2015, no sólo elevando las penas, sino que se incorporan tipos agravados como, por ejemplo, la utilización ilícita de los datos personales de otra persona para facilitar el acceso al sistema, etc.

En resumen, sin poder realizar un análisis específico y exhaustivo de todas las reformas, se trata de regulaciones que responden a la adecuación de los avances y cambios tecnológicos y sociales y a la incidencia que los mismos tienen en las relaciones entre los sujetos. Unas, obviamente, con mayor fortuna que otras.

## **2. La intensificación del Derecho penal: la sociedad del miedo y la criminalización de comportamientos sin conexión con la ofensa a un bien jurídico**

El paso de la sociedad de riesgo, a la sociedad de la seguridad ciudadana y a la actual sociedad del miedo en la que la finalidad principal se centra en la inoquización de todo aquello que es percibido como peligroso, primero por el legislador o los operadores sociales y jurídicos, y, posteriormente, y a consecuencia de ello, por la sociedad<sup>14</sup>; determina que se reclame un mayor intervencionismo estatal y un mayor control de determinados fenómenos y comportamientos en tanto que se perciben como amenazas, dando lugar con ello a una especie de “autorización” al Estado para que criminalice todos esos comportamientos que pudieran potencialmente afectar a la seguridad de los ciudadanos, en detrimento de los derechos y garantías fundamentales, consintiendo ya no solo la flexibilización de esos derechos y garantías propios de una sociedad de la seguridad, sino la eliminación de los mismos, en tanto que se perciben como obstáculos para garantizar la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos. Nos adentramos en ese conocido Derecho penal donde lo que se sanciona son pensamientos, opiniones, o incluso acciones que en modo alguno resultan ni siquiera potencialmente ofensivas para ningún presunto bien jurídico. El desmesurado adelantamiento de las barreras de intervención penal, la intensificación de las penas, la sanción de los discursos o de las opiniones ofensivas u hostiles, etc. se convierten en la cotidianeidad de la actuación del legislador, provocando el retorno a épocas que creíamos superadas y centrándonos en un Derecho penal moralista

en el que se confunde el pecado con el delito, y se plantea un mundo binario de ángeles y demonios, buenos y malos, sobre la base de lo que sea la moral social o sentimiento generalizado del momento. Ese es el Derecho penal con el que nos enfrentamos en este momento; un Derecho penal que, en modo alguno, responde a los principios y parámetros de un Estado Democrático, donde el derecho al pluralismo y a la discrepancia han desaparecido, donde se consienten las eliminaciones de los derechos fundamentales en aras de un mayor control del Estado que promete una mayor seguridad. Seguridad que ni existe ni va a existir.

Pero la realidad es que esa tendencia político criminal securitaria y preventivista, que avala y “legítima” un intervencionismo absoluto del Estado, se ha trasladado de lleno a nuestra legislación penal. Son muchos y variados los ejemplos que de ello podríamos poner, pero si hay un fenómeno que es reflejo claro de ello es la evolución que la regulación legal del terrorismo ha sufrido en los últimos años. Obviamente ello no es sólo responsabilidad del legislador español, sino que el mismo ha actuado también al amparo de resoluciones internacionales. El punto de partida en este ámbito lo constituye la introducción del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo mediante la LO 7/2000, de 22 de diciembre, que sanciona la emisión o transmisión de discursos u opiniones que alaban o justifican a los terroristas o sus acciones o bienes humillan o denostan a las víctimas de estos delitos en el art. 578 CP<sup>15</sup>, y que suponen, en mi opinión, una clara vulneración del derecho a la libertad de expresión en aras de proteger unos presuntos sentimientos de la generalidad de la sociedad o de las víctimas en particular, sancionando el mero hecho de sostener un determinado discurso u opinión y de expresarlo. Se trata de un puro reflejo de la necesidad expuesta de inoquizar todo aquello que, por diferente o discrepante, ofensivo u hostil, se perciba como peligroso, independientemente de que realmente lo sea o no lo sea. Y la evolución hacia la inoquización total del terrorismo y su entorno continúa a lo largo del tiempo, y así se incorporan los denominados *delitos de organización* en el Título XXII, Capítulos VI y VII, mediante la LO 5/2010, de 22 de junio en los que se va a sancionar distintas formas de pertenencia o incorporación a alguna organización o grupo criminal o terrorista (arts. 570 *bis a quater* y art. 571 CP) y que innegablemente plantearán problemas de delimitación en orden al grado de contribución necesario para poder sancionar por estos delitos, así como problemas de autoría y participación, y la consecuente vulneración del *ne bis in idem* caso de sancionar separadamente por los delitos cometidos.



En resumen, el mero hecho de pertenecer a una determinada organización criminal o terrorista se convierte *ex lege* en delito, con independencia de la actuación concreta del sujeto o la comisión o no de algún hecho delictivo. Pero la reforma principal en este ámbito, y la que más claramente responde a un concepto de utilidad que permita erradicar el fenómeno, al margen de la legitimidad de los instrumentos que se empleen para ello, se produce mediante la LO 2/2015, de 30 de marzo, que modifica el Código Penal en materia de terrorismo, y que al margen de una reordenación y reformulación de los distintos tipos delictivos, supone una absoluta expansión de la intervención penal hasta ámbitos que nada tienen que ver con el mismo, o que simplemente suponen el ejercicio legítimo de derechos fundamentales. Se produce así una reformulación del denominado elemento teleológico del terrorismo que determinará la posibilidad de aplicación de estos tipos penales a comportamientos absolutamente desconectados y diversos del terrorismo al hacer referencia a finalidades como “suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, etc.<sup>16</sup>. Junto a ello, se introducen nuevos tipos penales, que, de modo similar al ya mencionado delito de enaltecimiento, no implican ni de forma potencial y lejana una ofensa al bien jurídico, pero si determinan la vulneración de derechos fundamentales, esencialmente la libertad en todas sus manifestaciones. Así, se sancionan expresamente la *difusión de mensajes terroristas* (art 579 CP), el *autoadoctrinamiento* terrorista (art. 575.2 CP) mediante el castigo del acceso habitual a páginas de internet con contenidos adecuados para incorporarse a una organización terrorista o colaborar con sus fines, *viajes con fines terroristas* (art. 575.3 CP)<sup>17</sup>, etc., que claramente implican la intención del legislador, socavando claramente los derechos de los ciudadanos, de acabar de la forma que sea con el terrorismo y su entorno.

Pero, junto con este fenómeno, se empieza a producir un cambio también en otros ámbitos del Código penal que nada tienen que ver con el terrorismo, pero que responden a esa tendencia instaurada, ya desde la introducción del delito de enaltecimiento del terrorismo, de criminalizar a quien actúa diferente, al discrepante, a quien no responde a los parámetros establecidos por la mayoría social o la moral social mayoritaria, como sea que quiera denominarse, y que determina el castigo de actos que pudieran resultar “molestos” u “ofensivos” respecto de los sentimientos de un sector de la pobla-

ción. Se identifica de este modo, un fenómeno respecto del cual transmitir la preocupación a la sociedad, el *folk devil*, o sujeto que es quien lleva a cabo ese comportamiento molesto, hostil u ofensivo, y obviamente, derivado de todo ello, la reclamación ¿social? de una sanción del mismo, en aras de la defensa de unos presuntos *sentimientos* de la mayoría de los ciudadanos. Al margen de que el Derecho penal no está para proteger sentimientos, al margen de que cada uno tiene derecho a tener la conducta hostil y ofensiva que considere oportuna, siempre eso sí que no afecte a otros derechos fundamentales (que no a los sentimientos), lo que debería resultar innegable en el ámbito jurídico penal, si se pretende responder a un sistema democrático y al respeto a los derechos y garantías fundamentales, es la aceptación de que los sentimientos no pueden ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico, y menos por el jurídico penal<sup>18</sup>. Sin embargo, igual de innegable es que están siendo protegidos mediante la incorporación de nuevos tipos penales, con poca legitimidad algunos y con ninguna otros. Vayamos por partes.

Existen comportamientos o actos físicos concretos que efectivamente pueden resultar ofensivos, hostiles, molestos, etc., respecto de algún destinatario concreto o incluso respecto de la generalidad de la sociedad, aunque normalmente todos ellos ya encontraban amparo en algún tipo penal existente. Es, por ejemplo, el caso de las nuevas conductas de acoso que se han ido incorporando a nuestro Código penal de manera paulatina. Por ejemplo, mediante la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio se crean como tipos penales específicos en el art. 173.1 CP, el acoso laboral, el acoso inmobiliario y el acoso a menores o *grooming* que inicialmente se introduce en el art. 183 *bis* CP, para tras la reforma efectuada por la LO 1/2015, pasar al art. 183 *ter* CP<sup>19</sup>. En el caso de las dos primeras figuras (acoso laboral y acoso inmobiliario), el art. 173.1 párrafos 2º y 3º hace referencia a “actos hostiles y humillantes” respecto de terceros, uno relativo al ámbito laboral y otro al ámbito inmobiliario. Independientemente de que, en mi opinión, podrían perfectamente incluirse en la definición genérica del art. 173.1, con el cual ahora entrarán en claro concurso de leyes, en realidad no se está protegiendo bien jurídico alguno distinto del mero sentimiento de molestia o de ofensa por aquel que los recibe<sup>20</sup>, y ello no constituye fundamento suficiente para justificar una tipificación penal que, de implicar la afección de algún bien jurídico (integridad moral o libertad) ya encontraban sanción por la vía del párrafo primero del mismo precepto o mediante el delito de coacciones. En el caso del tercero de los acosos,

el *grooming*, no es sino un adelantamiento de la barrera de intervención penal, encaminado a sancionar el acto preparatorio de un futuro y potencial delito contra la indemnidad sexual, sin que se exija ni la más mínima conexión con el mismo, ni se establezca siquiera un mínimo comienzo de la ejecución penal. Se trata, como hemos señalado, de transmitir a la sociedad que se están sancionando comportamientos que responden actuaciones que se perciben como molestas, hostiles y, por tanto, como peligrosas. También la reforma 1/2015, responde a esta tendencia, incorporando un nuevo delito de acoso, el *stalking*, relativo a la realización de conductas de acecho u hostigamiento, que determinen una grave incidencia en la ¿libertad? de la víctima. Si el bien jurídico fuera la libertad, claramente podría tratarse de amenazas o coacciones, más bien se trata de proteger otro interés diverso cual es la seguridad, y que quedará en manos de la víctima determinar cuando se haya visto afectado.

La última reforma, al menos por el momento, respecto de conductas de acoso es la llevada a cabo por la LO 4/2022, de 12 de abril, mediante la que se incorpora un nuevo delito en el art. 172 *quater*, esto es, en sede de delitos de coacciones, castigando a quien lleve a cabo actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos con la finalidad de obstaculizar la interrupción voluntaria del embarazo. Se está haciendo frente con ello a las críticas que se habían planteado por las manifestaciones ante clínicas abortivas que rezaban, llevaban pancartas, proferían insultos o amenazas, etc. Si efectivamente alguna de las conductas llevadas a cabo por los sujetos ante las mencionadas clínicas eran actos intimidatorios o coactivos que afectarían la libertad de quienes acudían a las mismas, ya encontraban sanción por la vía de los delitos de amenazas y coacciones, si los insultos afectaban al honor de los mismos por la vía de las injurias, pero si se trataba de actos molestos u ofensivos, como por ejemplo rezar o llevar pancartas con imágenes de fetos muertos, el presunto interés lesionado sólo podría identificarse, de nuevo, con los sentimientos. O, dicho de otro modo, se estaría dando cobertura legal a los sentimientos, mediante su protección con la creación de delitos específicos, y, obviamente, la lesión del derecho a la libertad de expresión de quienes no comparten la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo. La criminalización del discrepante.

Pero esta criminalización del discrepante ya había comenzado mucho tiempo antes mediante la sanción de los discursos extremos, bien fueran terroristas (ya señalamos el delito de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP y de difusión de mensajes o consignas terro-

ristas del art. 579 CP), bien fuera mediante la sanción de lo que se ha dado en denominar *discurso del odio*<sup>21</sup>. Donde ya no se castigan acciones físicas y/o agresiones llevadas a cabo contra otros por motivos de odio o discriminatorios, sino la mera emisión de ideas, opiniones o discursos que *inciten al odio*. Lo cierto es que el delito de “provocación o incitación al odio” se introdujo en el art. 510 mediante el Código penal de 1995<sup>22</sup>, y fue objeto de innumerables críticas doctrinales sobre la base de dos ejes esenciales: que se trataba de la sanción de las ideas con la consecuente vulneración del derecho a la libertad de expresión, y que supone un descomunal adelantamiento de las barreras de intervención penal a comportamientos, o mejor dicho, actos comunicativos que de modo alguno resultaban potencialmente lesivos de un (cualquier) bien jurídico; junto a ello, y debido a la descripción típica del propio precepto en aquel momento<sup>23</sup> implicaba una superposición con la provocación genérica regulada en el art. 18.1 CP<sup>24</sup> y, consecuentemente, su innecesariedad. Así mismo, a esa redacción original del art. 510 se le imputaba una clara indeterminación de las conductas típicas y una falta de taxatividad en la redacción del tipo penal, incompatible con los principios limitadores del *ius puniendi* del Estado<sup>25</sup>, pero y principalmente, que de no interpretarse en el mismo sentido de la provocación directa del art. 18.1 CP, implicará la sanción de ideas o actitudes de rechazo hacia determinados colectivos o lo que es lo mismo, la provocación a determinados sentimientos, lo que en modo alguno podría encontrar legitimidad penal<sup>26</sup>. A pesar de todas las críticas respecto de la legitimidad penal de este concreto delito, y de la inevitable lesión del derecho a la libertad de expresión que ello implicaba, el legislador penal en muestra de la clara tendencia intensificadora e inoquizadora del disidente o discrepante, del que se “desvía” de los parámetros de la moral social o del discurso políticamente correcto, mediante la LO 1/2015 modifica este precepto, no sólo sin restringirlo, sino ampliando todavía más su posible ámbito de aplicación, incluyendo nuevos verbos típicos que introducen una mayor confusión (*incitar al odio*) y estableciendo un amplio elenco de grupos diana, pero que, al no responder a un modelo de *grupo*, sino a un modelo de *estatus*, determina que la protección se pueda extender a quien, en modo alguno podría considerarse vulnerable<sup>27</sup>. Desde esta perspectiva, y partiendo de que lo que se sanciona no es la incitación a cometer actos o delitos de odio, sino la *mera incitación a odiar*, lo que se está castigando es el mero acto comunicativo, una ideología concreta y la transmisión de la misma en un intento de convencer a otros, esto es, la libertad de

expresión en su contenido esencial y más nuclear. Ello se agrava con la sanción que se incorpora también mediante esta reforma de quienes distribuyan, difundan, vendan o en definitiva aumenten la publicidad de las mencionadas ideas. Como puede verse, estamos ante uno de los principales lineamientos del Derecho penal en las últimas décadas, la intervención absoluta en el ámbito de libertad de los ciudadanos, hasta el extremo de eliminar derechos fundamentales, en este caso la libertad de expresión, en aras de proteger unos presuntos “sentimientos” que vienen directamente marcados y creado por la moral social imperante, es decir, absolutamente interesados. Es la clara manifestación de la *sociedad del miedo*, de la identificación de *folks devils* (ángeles y demonios), de la reducción del mundo a un sistema binario de buenos y malos, de correcto o incorrecto, de pecado y delito, y de la inoquización de todo aquello que no nos guste o que nos resulte desagradable o que percibamos como peligroso por diferente. Es el retorno a épocas pasadas donde se sanciona el mero pensamiento y su transmisión. Ese es el principal cambio que se ha producido en el Derecho penal de los últimos años, que el miedo o *pánico moral* ha dado carta blanca al legislador, para tipificar, criminalizar, prohibir o castigar todos aquellos comportamientos que le resultan incómodos o molestos. Muy lejos ya de aquel Derecho penal que necesitaba identificar la ofensa a un bien jurídico para tener legitimidad en su intervención.

Pero esta tendencia intensificadora, inoquizadora y preventivista no sólo se pone de relieve en relación con la introducción de nuevos tipos penales, sino mediante reformas profundas y sustanciales de la parte general como por ejemplo la introducción de un *periodo de seguridad* (exigencia del cumplimiento de al menos la mitad de la condena antes de obtener la clasificación en tercer grado) de imposición obligada respecto de determinados delitos de extrema gravedad (terrorismo, organizaciones terroristas, cometidos en el seno de organizaciones criminales, delitos sexuales contra menores, corrupción y prostitución de menores cuando la víctima sea menor de 13 años), introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio en el art. 36.2 CP. Junto a ello, también en relación con las consecuencias jurídicas se introduce una institución que hasta ese momento no aparecía en nuestro ordenamiento jurídico, y altamente cuestionable en cuanto supone un intensificación y ampliación de la intervención penal a un momento posterior al del cumplimiento de la pena, cual es la *libertad vigilada* contenida en el art. 106 CP, y que consiste en el sometimiento del condenado a un control judicial, una vez ya cumplida su condena, por medio de una se-

rie de obligaciones o prohibiciones, durante un período general de cinco años, pero que puede elevarse a 10 años en el caso de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Se trata, en mi opinión, nuevamente de una manifestación de la tendencia inoquizadora, con un enfoque exclusivamente preventivo especial negativo, que extiende las consecuencias del delito y la posibilidad de control del ciudadano y de restricción de sus derechos por parte del Estado más allá de lo que resulta proporcionado al hecho cometido, y lo que es más importante, más allá de la condena que le corresponde.

Si hay una reforma trascendental en este ámbito de intensificación de la presión penal y que pone de relieve el camino que el legislador ha seguido en los últimos años es la introducción de la *prisión permanente revisable* respecto de conductas excepcionalmente graves operada por la LO 1/2015, mediante la cual se establece una pena de prisión *indeterminada*, si bien sujeta a un régimen de revisión, en determinados plazos de tiempo dependiendo del o de los delitos concretamente cometidos. Las críticas doctrinales respecto de esta figura y de su clara inconstitucionalidad<sup>28</sup>, tanto por infringir el principio de seguridad jurídica como por ser contraria a los fines de reinserción y reeducación social que persigue toda pena en nuestro ordenamiento jurídico, fueron prácticamente unánimes. Contra dicha regulación se interpuso recurso de inconstitucionalidad por un grupo de Diputados<sup>29</sup>, sin embargo, la STC 169/2021, de 6 de octubre declaró su inadmisión, entendiéndose que la prisión permanente revisable respondía a los parámetros constitucionales en relación con la finalidad de la pena<sup>30</sup>. La finalidad que se persigue con la misma, además de acallar las reclamaciones de asociaciones de víctimas de determinados delitos y de los medios de comunicación, radica nuevamente en inoquizar al delincuente, buscando con ello mantenerlo el mayor tiempo posible alejado de la sociedad, sin atender en modo alguno a los principios básicos del Derecho penal de un Estado de Derecho, ni a los derechos fundamentales de un Estado Democrático.

Como puede apreciarse de todo lo expuesto, las líneas maestras de la política criminal y, consecuentemente, de la legislación, están encaminadas a tres metas principales: una mayor presión penal que se manifiesta en un intervencionismo extremo, un mayor control e injerencia por parte del Estado en los ámbitos de derechos fundamentales de los ciudadanos, y, como no, la inoquización no sólo del delincuente, sino del mero discrepante o disidente mediante la introducción de tipos penales encaminados a sancionar la mera transmisión de ideas.

### 3. Reformas que responden a necesidades sociales y jurídicas

Sin embargo, no todas las reformas llevadas a cabo a lo largo de estos años han sido bien innecesarias o bien ilegítimas por vulnerar otros derechos fundamentales y suponer una intervención excesiva del Estado en el ámbito particular. Algunas de ellas, no muchas eso es cierto, responden también a necesidades que se derivan directamente de las transformaciones en la sociedad, y de los cambios de percepción de la misma en relación con tipos penales ya existentes, o que necesitaban de regulación específica. En mi opinión cuatro son los grandes hitos que se pueden reseñar en este apartado, sin que ello signifique que no haya otras reformas que respondan a esta misma necesidad<sup>31</sup>, ni que la regulación que se haya llevado a cabo fuera realmente necesaria o efectuada de manera correcta. Uno de ellos se refiere a la parte general del derecho penal, la regulación por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (LLOO 5/2010 y 1/2015), y los otros tres se centran en tipos penales concretos respecto de tres grandes temas con tremenda relevancia social y política: el aborto, la eutanasia y a financiación ilegal de partidos políticos.

Respecto de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, reclamación que se venía realizando tanto por un amplio sector doctrinal como por la jurisprudencia desde hacía tiempo, la LO 5/2010, de 22 de junio regula la misma en el art. 31 *bis* CP, respondiendo a las características de que se trata de una responsabilidad directa e independiente pero derivada (de los hechos realizados por las personas físicas que las componen, siempre que se hayan cometido *en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho*). Ello determinó un primer problema cual era la fundamentación de esta responsabilidad penal, es decir, si se trataba de una responsabilidad por el hecho propio (*autorresponsabilidad*)<sup>32</sup> o bien por el hecho ajeno (*heterorresponsabilidad, vicarial o de transferencia*)<sup>33</sup>. En esta discusión, en mi opinión, la LO 1/2015, de 30 de marzo, viene a aclarar el problema, sosteniendo que el elemento fundamentador de la responsabilidad de la persona jurídica radica en la *infracción del debido control*, en el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control, y en consecuencia, en el hecho propio, esto es, se trataría de un supuesto de *autorresponsabilidad*. La argumentación para ello se basa en la introducción de la posibilidad de que las personas jurídicas queden exentas de pena si hubieran implantado un modelo de organización y gestión, con medidas

de vigilancia y control (*Compliance Program*), en los términos establecidos en el art. 31 *bis* apartados 2 a 5 CP. De este modo, se estaría ratificando que la persona jurídica no respondería por los hechos de otros (las personas físicas que la componen), sino por la ausencia de actuaciones encaminadas a controlar debidamente a las mismas y a los riesgos que de sus actividades se deriven, esto es, por infringir el *debido control*, que constituye un hecho propio<sup>34</sup>.

En relación con las reformas de la Parte especial que responden a exigencias sociales que ya se extendían en el tiempo, la primera de ellas viene configurada por la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que reforma la regulación legal del delito de aborto, sustituyendo el hasta entonces vigente sistema de las indicaciones, por el nuevo *sistema de plazos*. Con ello, como se ha señalado, no solo se da respuesta al sentir social mayoritario que acepta la posibilidad de hacer prevalecer el derecho de la libertad e integridad de las mujeres frente a los derechos del feto durante un determinado período de tiempo (de forma general, las 14 primeras semanas, aunque caben excepciones respecto de algunos supuestos concretos pudiendo llevarse a cabo dentro de las 22 primeras semanas), momento a partir del cual, se prioriza la vida humana dependiente del feto. Con ello se conjugan los intereses de las dos partes involucradas en el embarazo y en el conflicto que ello pudiera ocasionar desde una perspectiva adecuada socialmente. Es innegable que con esta reforma la legislación penal se equipara con la concepción social del hecho, y que resultaba una modificación claramente necesaria en tanto que la sociedad (de forma generalizada, lo que no impide que haya núcleos irreductibles contrarios a cualquier solución que respalde la libertad e integridad de la mujer en estos casos) había evolucionado en una dirección que no era la que respaldaba la regulación penal<sup>35</sup>.

Siguiendo un orden cronológico, la LO 1/2015, después de diversos escándalos en relación con la financiación de los partidos políticos, que hace surgir en la sociedad una intensa preocupación por estos comportamientos y por los, generalmente conexos, delitos de corrupción que llevan aparejados, reclama del legislador la intervención penal en este ámbito. He optado por situarlo en este apartado y no en el de la intensificación porque en realidad se trata de una nueva demanda social que responde a un fenómeno real y existente (no creado, o preelaborado, o potenciado por unos sectores sociales, políticos o económicos). Cuestión diversa es que considere que realmente sea necesaria una intervención penal en este ámbito<sup>36</sup>. Pero el hecho es



que esta reforma introduce un nuevo Título XIII *bis* con la rúbrica “De los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, arts. 304 *bis* y *ter* CP, que con una estructura similar a los delitos de cohecho (pasivo y activo) sanciona los comportamientos consistentes en la financiación de partidos políticos (fuera del período electoral) que se realicen incumpliendo los requisitos administrativos establecidos para las mismas. Precisamente por ello, en mi opinión, no deberían formar parte del ordenamiento jurídico penal, porque en esencia serían meras infracciones administrativas, pero que podrían llevar aparejados delitos de cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, etc.; ahora bien, la sanción de esos delitos se podrá realizar sea cual sea el cauce por el cual se producen los mismos, sin que ello legitime que se sancione penalmente lo que constituye un ilícito administrativo. Al margen de todas estas consideraciones, lo cierto es que los numerosos escándalos que en un período muy breve de tiempo se pusieron de manifiesto, implicaron que la sociedad reclamara del legislador penal una intervención que conllevara una mayor coerción que la que se presumía de la regulación administrativa; o dicho de otro modo, nuevamente se recurre al Derecho penal para resolver un conflicto que, en mi opinión, en esencia nada tiene que ver con el mismo.

El tercero de los hitos relevantes en el ámbito de los delitos en concreto es de fechas muy recientes y viene determinado por la LO 3/2021, de 24 de marzo de regulación de la eutanasia. De modo similar a como se indicó respecto del delito de aborto, en este caso también la sociedad había evolucionado hacia planteamientos y concepciones más abiertas y permisivas que las contenidas en el Código penal, donde desde una absoluta protección de la vida, se castigaban los casos en los que se contribuyera ejecutivamente al “suicidio” ajeno. Resulta innegable que en las últimas décadas se ha producido un intenso debate en relación con la despenalización de la eutanasia, y, con la excepción, de manera similar a como ocurre con el delito de aborto, de determinados grupos sociales o políticos, en la actualidad ya existe un amplio consenso social sobre la necesidad de esta regulación. En esta línea de apertura y permisividad señala la LO 3/2021 que la legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad entre los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral y valores constitucionales como la dignidad, libertad o autonomía de la voluntad, para lo cual resulta necesario no sólo despenalizar las conductas que impliquen una forma de ayuda a la muerte de otra persona, cuando sea expreso deseo de ésta, sino

también legislar para respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida de quien está en una situación de padecimiento grave. De este modo, en respuesta a esa percepción social, por fin, se regula y despenaliza la eutanasia en determinados supuestos, definidos claramente, y sujetos a garantías suficientes que salvaguarden la absoluta libertad de la decisión descartando presión externa de cualquier índole<sup>37</sup>.

En resumen, se trata de reformas que por distintas y diferentes razones, algunas más legítimas que otras, son manifestación de una evolución en relación con los principios y valores de la sociedad, y respecto de las cuales el Código penal se había quedado claramente anticuado.

### III. CONCLUSIONES: SOBRE LAS TENDENCIAS POLÍTICO CRIMINALES DE LOS CAMBIOS DEL DERECHO PENAL EN LOS ÚLTIMOS 25 AÑOS

Al margen de todas estas reformas que hemos mencionado en el desarrollo del epígrafe segundo de este trabajo, han sido innumerables las reformas que desde 1997 se han producido en el Código penal. Por ejemplo, la supresión del Libro III relativo a las faltas, mediante la reforma de 2015, respondiendo en parte a una reclamación doctrinal que señalaba una hipertrofia del Código penal y en atención al menos desvalor que las mismas reflejaban, y ello determinó que unas se pasaran al ámbito civil o administrativo, y otras, muy cuestionablemente, se convirtieran en delitos leves<sup>38</sup>; reformas en materias de atenuantes y agravantes, de prescripción, suspensión y sustitución de las penas, comiso, delitos de homicidio y asesinato en los que se incluyen unos muy cuestionables y problemáticos tipos cualificados, de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, delitos contra el patrimonio como el caso del hurto o de la nueva regulación de los delitos de frustración de la ejecución e insolvencias punibles, o delitos contra el orden socioeconómico como los delitos contra el mercado y los consumidores, contra el orden público en especial respecto del atentado a la autoridad y desórdenes públicos, la introducción del delito de matrimonio forzado, la regulación de la imprudencia en la conducción de vehículos de motor, el blanqueo de bienes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o falsificación de moneda y efectos timbrados (por la LO 1/2019, de 20 de febrero), etc., etc., hasta el sorprendente delito de *abandono del lugar del accidente* que se regula en el nuevo art. 382 *bis* CP mediante la LO 2/2019, de 1 de marzo, y respecto del cual se señala que la *ratio criminis* de un comporta-

miento que ha tenido lugar por imprudencia o por caso fortuito radica en la *maldad intrínseca en el abandono de quien deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido*, o una falta de solidaridad, respecto de unos hechos que encuentran acomodo en otros preceptos del Código penal, o incluso respecto de casos en los que no se puede exigir responsabilidad por las lesiones o la muerte al tratarse de un caso fortuito, pero si por el abandono del lugar del accidente. Resulta sorprendente porque, en mi opinión, al margen de que las razones argumentadas para su tipificación son absolutamente inadmisibles, en realidad la finalidad del precepto no es otra que la de facilitar la tarea de quien tenga que investigar los hechos y encontrar a su autor, y obviamente ello no entra dentro de las obligaciones de los ciudadanos.

Es decir, son muchas y variadas las modificaciones y los cambios que el Código penal ha sufrido en las últimas décadas, y cada uno de ellos responde a motivaciones, intereses o tendencias diferentes. Sin embargo he entendido que el objeto de esta trabajo no era, o al menos no era principalmente, analizar las concretas reformas del Código penal, sino exponer las distintas líneas que han ido marcando los cambios sufridos por el Derecho penal en los últimos tiempos; y por ello he analizado las distintas modificaciones atendiendo esencialmente a la tendencia político criminal que las originó, y dentro de ellas las que en mi opinión resultan más relevantes y una manifestación más clara de la política criminal que las inspira.

Desde esta perspectiva, desde aquella originaria sociedad del riesgo que dio lugar a una expansión del Derecho penal a fin de hacer frente a nuevos fenómenos y a nuevas modalidades típicas derivadas generalmente de la evolución de las tecnologías y a la que nos referimos en primer lugar, pasando por la Sociedad de la seguridad ciudadana en relación con la cual, y en aras de una inalcanzable “seguridad”, se producía una intensificación de la presión penal, adelantando las barreras de intervención, agravando desmesurada y desproporcionalmente las penas aplicables en determinado tipo de delitos y permitiendo la “flexibilización” de los derechos y garantías de los ciudadanos, de forma consentida e incluso reclamada por los mismo ciudadanos, hemos llegado a la actual *Sociedad del miedo*, donde la finalidad político criminal principal es la de la prevención especial negativa, la de la inocuización y criminalización del divergente, del discrepante, de aquel que no comulga o no comparte los postulados de la mayoría social, o al menos de quien ostenta el poder social aunque no sea mayoría, y que conlleva ya no la

flexibilización propia de la Sociedad de la seguridad ciudadana, sino la eliminación de derechos fundamentales en pro de la defensa de unos bienes jurídicos tan indeterminados como los sentimientos, el sentir social general, la moral social, etc., etc., etc.. Y ello implica que aquellos derechos y libertades fundamentales que tradicionalmente se habían concebido como intocables, hoy en día se conciben como obstáculos y se tolere su eliminación con la “justificación” de eliminar aquello que, por diversas y variadas razones, generalmente dirigidas, preelaboradas e interesadas, se percibe como peligroso para el sistema social o la forma de vida que se considera “política y socialmente correcta”. Se eliminó el derecho a la discrepancia, a ser diferente, y con ello se eliminó el derecho a la libertad de expresión y al pluralismo, que son los valores básicos de nuestro sistema constitucional.

Terminamos como empezamos, los cambios que en los últimos veinticinco años ha sufrido el Derecho penal, y que se han expuesto en la Revista que hoy conmemoramos, hacen que ya no quede nada de aquel Derecho penal mínimo, garantista y protector de la individualidad frente a los intentos de intromisión del Estado, y nos encontremos ante un Estado Policía, donde todo aquello que no gusta, que es molesto o desagradable se criminaliza. Un Derecho penal de máximos, o lo que es lo mismo, hoy en día, un cuarto de siglo después, todo es Derecho penal. Malos tiempos para la democracia, malos tiempos para los derechos, y malos tiempos para los ciudadanos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALTES MARTI/BAÑOS ALONSO, DE LA ROSA AMORES, *El Código penal de 1995 y sus posteriores reformas*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2021.
- BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1998.
- CANCIO MELIA/DIAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al art. 578 del Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- CARBONELL MATEU, “Crítica a los sentimientos como bien jurídico penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación de las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»”, en *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan María Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, “El modelo de protección penal frente a comportamientos de odio”, en *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Guzmán Ordáz/Nieto Librero (coords.), Ediciones Universidad de Salamanca, 2020.

- DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis”, en *Revista Justicia e Sistema criminal*, vol. 10, nº 18, enero-julio 2018.
- “Los límites constitucionales y el sistema de penas: la prisión permanente revisable”, en *Retos actuales del Estado constitucional*, Seijas Villadangos (coord.), Universidad de León, Derecho y realidad, 1, 2022.
- DIEZ RIPOLLÉS “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005.
- GALAN MUÑOZ, “¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio”, en *Temas clave de Derecho penal. Presente y futuro de la política criminal en España*, León Alapont (dir.), J.M. Bosch Editor, 2021.
- “Compliance frente a delitos informáticos”, en *Estudios Penales en homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Abel Souto/Brage Cendán/Guinarte caba/ Martínez-Buján Perez/Vázquez-Portomeñe Seijas (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021.
  - “Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal, ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?”, en *Revista Penal*, nº 46, 2020.
  - “El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligrosos discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitters y titiriteros?”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018.
  - “Globalización, corrupción internacional y Derecho penal: una primera aproximación a la regulación de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015”, en *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, en Barrero Ortega/Gómez Rivero (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2017.
  - “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la Lo 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad”, en *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Romeo/Flores (ed.), Comares, Granada, 2012.
  - *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.
  - *Los ciberdelitos en el ordenamiento español*, Editorial UOC, 2020.
  - *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, Galán Muñoz/Núñez Castaño, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- GARCÍA ARROYO, “Algunas cuestiones político-criminales sobre el discurso del odio terrorista, ¿el fin de las garantías del Derecho penal democrático?”, en *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- “La implementación de la normativa internacional en el ordenamiento español: el concepto penal de funcionario público tras la ley 1/2019”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 31, 2019.
- *El delito de cohecho subsiguiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
  - *Los delitos de cohecho antecedente*, Cizur Meno, Aranzadi, 2021.
- GIL GIL Y OTROS, *Cibercriminalidad*, Dykinson, 2019.
- GÓMEZ MARTIN, “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 3ª época, nº 20, julio 2018.
- GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2015*, González Cussac (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- HUERTA TOCILDO, “La constitucionalidad de la nueva regulación del delito de aborto”, en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 2, Universitas, 2012.
- MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico y de la empresa*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MIRO LLINARES, *El cibercrimen, Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, 2012.
- NAVARRO CARDOSO, *El cohecho en consideración al cargo o función*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- “Algunos aspectos conflictivos en relación con el delito de corrupción entre particulares”, en *Estudios Penales en homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Abel Souto/Brage Cendán/Guinarte caba/ Martínez-Buján Perez/Vázquez-Portomeñe Seijas (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021.
  - “Discurso terrorista y libertad de expresión en el delito de enaltecimiento del terrorismo”, en *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
  - “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno hacia el Derecho penal del enemigo?”, en *Revista General del Derecho Penal*, nº 11, 2009.
  - “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Revista Penal*, nº 39, 2017.
- PAREDES CASTAÑÓN, “Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización”, en *Terrorismo, Sistema penal y Derechos fundamentales*, Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018.
- PORTILLA CONTRERAS, “La represión penal del «discurso del odio»”, en *Comentario a la reforma penal de 2015*, Quintero Olivares (dir.), Aranzadi, Cizur Mayor, 2015.
- RODRÍGUEZ MOLINA, “La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo”, en *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ROMEO CASABONA, “La ley orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal”, en *Revista Penal*, nº 49, 2022.

#### Notas:

1 No son estas las únicas reformas penales que, desde su aprobación, y más concretamente desde 1997, ha sufrido nuestro Código penal, aproximadamente 40 reformas, la última de cuales ha sido la LO 4/2022, de 12 de abril, vid. para una exposición exhaustiva de todas las reformas, ALTES MARTI/BAÑOS ALONSO, DE LA ROSA AMORES, *El Código penal de 1995 y sus posteriores reformas*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2021.

2 Vid. DIEZ RIPOLLÉS “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, 2005; NUÑEZ CASTAÑO, “El Derecho penal ante las transformaciones sociales: ¿un camino sin retorno hacia el Derecho penal del enemigo?”, en *Revista General del Derecho Penal*, nº 11, 2009.

3 Quizás porque en algunos casos el Derecho penal no fuera (y sigue sin serlo) la vía adecuada para la sanción de determinadas conductas que innegablemente provocan un conflicto social, por ejemplo, en mi opinión, los delitos contra la ordenación del territorio, o medio ambiente, incluso algunos relativos al mercado y los consumidores, como, por ejemplo, la sanción del delito de corrupción en los negocios.

4 Una clara manifestación de estos planteamientos y perspectivas pueden percibirse, en el ámbito penal, en las tendencias legislativas actuales que responden a reclamaciones de diversos sectores sociales, políticos y mediáticos. Tendencias que conllevan una importante incidencia en la regulación y ejercicio de los derechos fundamentales, constituyendo un innegable riesgo para los mismos, al incorporar regulaciones que limitan, restringen, cuando no anulan los mismos, como, por ejemplo, la libertad de expresión a través de la criminalización de la mera discrepancia moral, política o ideológica. Una de las más recientes es la exigencia de tipificar una suerte de “apología del franquismo”, entendiendo que todos aquellos que, expresen de forma manifiesta y clara su apoyo ideológico a la actuación de Franco o sus colaboradores, no actuarían de forma legítima, ni respondería a un ejercicio de su libertad de expresión, opinión, ideológica, etc., etc. Argumentaciones similares se pueden realizar respecto de otros derechos fundamentales, como la libertad genérica, o incluso del ámbito procesal, que se derivarían de la “potencial” reforma de los delitos en materia de libertad sexual. O incluso, la tipificación como delito de acoso entre los delitos contra la libertad (art. 172 *quater* CP) de las conductas de quienes acuden a manifestarse y gritar consignas antes las clínicas que llevan a cabo interrupciones voluntarias del embarazo, sancionando a quienes acosen mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad. Y todo ello, sin pararse a analizar si realmente están lesionando algún interés digno de protección que no esté ya protegido por otros preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, o si, en realidad de lo que se trata es de restringir derechos fundamentales enarbolando para ello la bandera de que no constituye lo políticamente correcto o no se adecúa al pensamiento generalizado o la moral social, o simplemente se trata de comportamientos que no se corresponden con la moral política y legislativamente dominante. ¿Podemos concretar en que consiste, por ejemplo, un “acto molesto”? ¿Rezar o mostrar una pancar-

ta expresando una opinión propia, debería ser delito? Nada de todo ello tiene sentido, sino desde los parámetros que acabamos de exponer, esto es, la criminalización de todo lo que es diferente y que nos causa temor precisamente por pensar diferente.

5 Probablemente, en mi opinión, dicha regulación sea cuestionable por cuanto no responde a los principios básicos y esenciales de un Derecho penal mínimo, esto es, la capacidad de acción y de culpabilidad, pero de manera innegable se trataba de una reclamación doctrinal, jurisprudencial y social que tiene una clara legitimidad desde la perspectiva de evitar la impunidad de las personas jurídicas en relación con la comisión de hechos delictivos.

6 Vid. GARCÍA ARROYO, *Los delitos de cohecho antecedente*, Cizur Meno, Aranzadi, 2021; la mismo, *El delito de cohecho subsiguiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; NAVARRO CARDOSO, *El cohecho en consideración al cargo o función*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

7 Vid. GALAN MUÑOZ, “Globalización, corrupción internacional y Derecho penal: una primera aproximación a la regulación de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015”, en *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, en Barrero Ortega/Gómez Rivero (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2017; GARCÍA ARROYO, “La implementación de la normativa internacional en el ordenamiento español: el concepto penal de funcionario público tras la ley 1/2019”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 31, 2019.

8 Este delito, con la denominación de *corrupción entre particulares*, fue introducido por la LO 5/2010, de 22 de junio, en el art. 286 *bis* CP, diferenciando entre corrupción entre privados y corrupción en actividades deportivas. Posteriormente, se modificó por la LO 1/2015, de 30 de marzo que cambió su rúbrica a la actual incorporando también la corrupción de un agente público extranjero. La última modificación se produce por la LO 1/2019, de 21 de febrero en la que se reforma la modalidad de corrupción entre particulares a fin de equipararlo con la estructura del cohecho.

9 Vid. NUÑEZ CASTAÑO, “Algunos aspectos conflictivos en relación con el delito de corrupción entre particulares”, en *Estudios Penales en homenaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Abel Souto/Brage Cendán/Guinarte cabada/ Martínez-Buján Perez/Vázquez-Portomefe Seijas (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021, págs. 1051 a 1068; MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 413 y ss.; GALAN MUÑOZ, *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, Galán Muñoz/Núñez Castaño, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 223 y ss.

10 Mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, que la introduce en el art. 282 *bis* CP como respuesta a la Directiva 2003/06/CE del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a las operaciones de información privilegiada y la manipulación del mercado, y de la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten en un mercado regulado.

11 Sobre todas estas modificaciones, vid. GALAN MUÑOZ, *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, cit., págs. 191 y ss.

12 GALAN MUÑOZ, *Los cibercrimitos en el ordenamiento español*, Editorial UOC, 2020, págs. 111 y ss.; el mismo, “*Compliance frente a delitos informáticos*”, en *Estudios Penales en ho-*



menaje al Profesor José Manuel Lorenzo Salgado, Abel Souto/Brage Cendán/Guinarte cabada/ Martínez-Buján Perez/Vázquez-Portomeñe Seijas (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pág. 558.

13 GIL GIL Y OTROS, *Cibercriminalidad*, Dykinson, 2019, págs. 197 y 198; MIRO LLINARES, *El cibercrimen, Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, 2012, págs. 50 y 52.

14 Es lo que se ha denominado *pánico moral*, vid. PAREDES CASTAÑÓN, "Terrorismo y principio de intervención mínima: una propuesta de despenalización", en Terrorismo, *Sistema penal y Derechos fundamentales*, Alonso Rimo/Cuerda Arnau/Fernández Hernández (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pág. 63; NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho penal: la criminalización de los discursos extremos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pág. 111

15 Este artículo fue reformado posteriormente por la LO 2/2015, de 30 de marzo. Sobre el mismo, vid. GALAN MUÑOZ, "El delito de enaltecimiento terrorista ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitters y titiriteros?", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, 2018; NUÑEZ CASTAÑO, "Discurso terrorista y libertad de expresión en el delito de enaltecimiento del terrorismo", en *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

16 Respecto a la incidencia de este elemento teleológico, vid. RODRÍGUEZ MOLINA, "La delimitación del discurso terrorista desde la perspectiva del elemento teleológico del terrorismo", en *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 229 y ss.

17 Este precepto ha sido posteriormente modificado por la LO 1/2019, de 20 de febrero mediante la que ya no se exige que el territorio extranjero al que se viaje o en el que se establezca esté controlado por una organización terrorista.

18 Vid. CARBONELL MATEU, "Crítica a los sentimientos como bien jurídico penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación de las víctimas «más allá de la provocación y la injuria»", en *Liber Amicorum. Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. Juan María Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

19 Esa misma reforma, añadió un segundo apartado al art. 183 *ter* CP relativo a la sanción de conductas que consistieran en el *embaucamiento* de menores a fin de obtener de los mismos, material pornográfico propio o de otros menores. Al margen de que, en mi opinión, la conducta descrita ya encontraba acomodo en el art. 189 CP relativo al delito de pornografía infantil, los problemas de autoría y participación que se derivarían del mismo podrían ser importantes. Obviamente si el material pornográfico es del propio menos embaucado, no hay problema alguno; pero si el material es de otro menor, y dado que se hace referencia a menores de 16 años que podrían ser imputables conforme la LORPM, se plantearía el conflicto de que el menor embaucado sería víctima de un delito del art 183 *ter* 2, y podría ser autor de un delito de pornografía infantil del art 189 CP, al no tratarse de un inimputable. Problema que sólo podría obviarse si el *embaucamiento*, en lugar de como *persuasión* se entendiera como *engaño*.

20 No olvidemos que el propio precepto establece en ambos casos que los actos realizados no lleguen a constituir un trato

degradante, por lo cual la lesión de la integridad moral queda claramente en cuestión.

21 Vid. GALAN MUÑOZ, "Delitos de odio, discurso del odio y Derecho penal, ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?", en *Revista Penal*, nº 46, 2020; GARCÍA ARROYO, "Algunas cuestiones político-criminales sobre el discurso del odio terrorista, ¿el fin de las garantías del Derecho penal democrático?", en *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Galán Muñoz/Gómez Rivero (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

22 De hecho, fue el eje central de lo que se denominó *derecho penal antidiscriminatorio*, cfr. DAUNIS RODRÍGUEZ, "El modelo de protección penal frente a comportamientos de odio", en *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*, Guzmán Ordáz/Nieto Libro (coords.), Ediciones Universidad de Salamanca, 2020, pág. 1053. Aunque, como se señalará, en mi opinión no estamos ante un modelo discriminatorio (*discriminatory selection model*), sino ante un modelo motivacional (*animus model*), cfr. CANCIO MELIA/DIAZ LÓPEZ, *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al art. 578 del Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2019, págs. 63 y 64, lo que implica que su legitimidad sea todavía más cuestionable.

23 La regulación originalmente contenida en el Código Penal de 1995 establecía que: "1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía."

24 PORTILLA CONTRERAS, "La represión penal del «discurso del odio»", en *Comentario a la reforma penal de 2015*, Quintero Olivares (dir.), Aranzadi, Cizur Mayor, 2015, pág. 726; GÓMEZ MARTIN, "Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 3ª época, nº 20, julio 2018, págs. 7 y 8

25 NUÑEZ CASTAÑO, *Libertad de expresión y Derecho Penal: la criminalización de los discursos extremos*, cit., págs. 222 y 223.

26 BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación en el Derecho penal*, Comares, Granada, 1998, pag. 81; GÓMEZ MARTIN, "incitación al odio y género", cit., págs. 9 a 11.

27 Vid, al respecto, GALAN MUÑOZ, "¿Juntos o revueltos? Algunas consideraciones y propuestas sobre la cuestionable fundamentación y distinción de los delitos de odio y del discurso del odio", en *Temas clave de Derecho penal. Presente y futuro de la política criminal en España*, León Alapont (dir.), J.M. Bosch Editor, 2021, pág. 308.

28 Vid. DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Los límites constitucionales y el sistema de penas: la prisión permanente revisable", en *Retos actuales del Estado constitucional*, Seijas Villadangos (coord.), Ed. Universidad de León, Derecho y realidad, 1, 2022, págs. 181 a 206.

29 El mencionado recurso, se presentó el 30 de junio de 2015 por más de 50 diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista; Catalán de Convergencia i de Unió; IU, ICV-EUiA; La Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia; Vasco (EAJ-PNV) y Mixto.

30 Se planteó, no obstante, Voto Particular de tres Magistrados, entendiendo que la PPR es “*contraria a un conjunto de derechos fundamentales, principios y valores constitucionales que afectan con carácter general a su naturaleza, por un lado, de pena indeterminada en su extensión y, por otro, de pena que sea potencialmente a perpetuidad: el principio de la dignidad humana como fundamento del orden político (art. 10.1 CE), la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), el mandato de que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) y los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), en relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)*”.

31 Así, por ejemplo, la introducción del delito de trata de seres humanos en el art. 177 bis CP, el de tráfico de órganos humanos en el art. 156 bis, el delito de piratería de los arts. 616 ter y quater, encaminado a dar repuesta a eventuales conductas ilícitas contra la seguridad de la navegación marítima, modificaciones en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, por ejemplo, la creación de un delito de administración desleal de patrimonio ajeno en el art. 252 CP, derogando el antiguo delito de administración societaria fraudulenta (antiguo art. 295 CP), o la derogación del delito de coacciones a la huelga por la reciente LO 5/2021, de 22 de abril

32 GALAN MUÑOZ, “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad”, en *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Romeol Flores (ed.), Comares, Granada, 2012.

33 GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma penal de 2015*, González Cussac (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 162. Aunque también existía un sector doctrinal que seguía sosteniendo que las personas jurídicas no podían ser responsables penalmente en tanto carecían de capacidad de acción y de culpabilidad, DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis”, en *Revista Justicia e Sistema criminal*, vol. 10, nº 18, enero-julio 2018, págs. 21 a 34.

34 GALAN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, págs. 34 y ss. y 175 y ss.

35 Vid. HUERTA TOCILDO, “La constitucionalidad de la nueva regulación del delito de aborto”, en *Constitución y democracia. Ayer y hoy: libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. 2, Universitat, 2012, págs. 1753 a 1770.

36 Vid. NUÑEZ CASTAÑO, “La cuestionable regulación penal de los delitos de financiación ilegal de partidos políticos”, en *Revista Penal*, nº 39, 2017, págs. 125 a 153.

27 Vid. ROMEO CASABONA, “La ley orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del Código Penal”, en *Revista Penal*, nº 49, 2022, págs. 160 a 182.

38 Por ejemplo, el homicidio y las lesiones por imprudencia menos grave, las amenazas y coacciones leves, o los delitos contra el patrimonio que incluso puede llegar a convertirse en delitos menos graves, etc.

## Italia

Simona Metrangolo

*Università del Salento (Lecce)*

### I. LE RIFORME DELLA PARTE GENERALE DEL CODICE PENALE.

Costantemente al centro del dibattito politico e del confronto tra studiosi e operatori del diritto, la **prescrizione del reato** (artt. 157-161 c.p.) è una causa di estinzione dell’illecito penale, che segue al decorso del tempo [in questi termini, v. M. PELISSERO, *Diritto penale. Appunti di parte generale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 182]. Nel corso dell’ultimo ventennio, la disciplina dell’istituto è stata oggetto, a più riprese, di incisive modifiche, tant’è che quella oggi vigente è il risultato di ben quattro riforme che si sono avvicendate negli anni 2005, 2017, 2019 e 2021.

La prima e più importante di queste riforme è stata attuata con **l. 5 dicembre 2005, n. 251** (“*Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*”), altresì nota come legge “*ex Cirielli*”. Essa è intervenuta, modificandoli sensibilmente, sui contenuti del primo comma dell’art. 157 c.p. (“*Prescrizione. Tempo necessario a prescrivere*”), il quale tuttora prevede che la prescrizione estingue il reato decorso un tempo pari «al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria». La legge *ex Cirielli* ha sostituito l’originario criterio di computo del *tempus praescriptionis* in virtù del quale i reati erano suddivisi in classi di gravità, individuate per fasce di pena: ai reati più gravi corrispondevano, pertanto, termini di prescrizione più lunghi.

Circa dieci anni dopo l’entrata in vigore della l. 251/2005, il legislatore ha di nuovo messo mano alla disciplina della prescrizione e, con la c.d. riforma *Orlando* (**l. 23 giugno 2017, n. 103**, “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario*”), ha innovato, tra le altre cose, i contenuti dell’art. 159 c.p., disposizione che regola la materia della “sospensione del corso della prescrizione”. Nello specifico, la legge citata, dopo il primo comma dell’art. 159 c.p., che elenca i casi tassativi di sospensione del corso della prescrizione, aveva inserito tre commi (il 2°, il 3° e il 4°), dove si prevedevano due ulteriori periodi di sospensione del termine prescrizione, successivi

alle **sentenze di condanna** di primo e di secondo grado e della durata massima di un anno e mezzo ciascuno.

Tali previsioni hanno, però, avuto vita breve. La c.d. riforma *Bonafede* (**l. 9 gennaio 2019, n. 3**, “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*”), altresì nota come legge *Spazzacorrotti*, ha infatti cancellato, con un tratto di penna, i commi 3 e 4 dell’art. 159 c.p. e ha riformulato *in peius* la disposizione di cui al comma 2, ai sensi del quale il corso della prescrizione del reato è sospeso **dopo la sentenza di primo grado** o il decreto penale di condanna, **a prescindere dall’esito di condanna o di assoluzione** del processo a carico del reo.

A dispetto della formulazione del dato normativo – che fa un uso improprio della parola “sospeso” –, la riforma *Bonafede* ha sancito un vero e proprio blocco del corso della prescrizione del reato la quale, ove non maturata durante il processo di primo grado, non potrà più maturare nel corso del giudizio davanti alla Corte d’Appello o alla Corte di Cassazione. Ciò ha suscitato notevoli perplessità da parte degli addetti ai lavori: con buona pace del principio convenzionale e costituzionale di ragionevole durata del processo o *fair trial* (artt. 6 Cedu e 111 Cost.), l’imputato, anche se assolto, è esposto «al rischio concreto di un processo lento nei successivi gradi di giudizio» [così L. DELLA RAGIONE, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione*, in ID. (a cura di), *La legge anticorruzione 2019* (l. 9 gennaio 2019, n. 3), Giuffrè, Milano, 2019, p. 16], il che suona un po’ come una beffa se si considera che, prima dell’entrata in vigore della l. 3/2019, era proprio lo spirare dei termini di prescrizione a guidare le priorità nella fissazione delle udienze in appello o dinnanzi alla Suprema Corte [in questo senso, v. L. DELLA RAGIONE, *Le modifiche*, in ID., *La legge anticorruzione*, cit., p. 16. Sulle ulteriori modifiche che la legge *Spazzacorrotti* ha apportato agli istituti della sospensione condizionale della pena e della riabilitazione, v. R. ORLANDI/S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 30 ss.].

Nell’ottica di apportare un correttivo alle dubbie scelte di politica legislativa compiute dalla riforma *Bonafede*, la recentissima riforma *Cartabia* (**l. 27 settembre 2021, n. 134**, “*Delega al Governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*”) ha **abrogato** il comma 2 dell’art. 159 c.p. e, contestualmente, ha **introdotto** il nuovo art. 161-bis c.p. (“*Cessazione del corso de-*

*lla prescrizione*”), dove si prevede che, nell’ipotesi di «annullamento della sentenza di primo grado con regressione del procedimento al primo grado o a una fase anteriore, la prescrizione **riprende il suo corso** dalla data della pronuncia definitiva di annullamento» [sul tema v., *funditus*, G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della ‘legge Cartabia’ (scheda)*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 15 ottobre 2021].

Un’altra disposizione di parte generale che ha subito talune modifiche degne di nota è quella che delinea la fattispecie scriminante della **legittima difesa** (art. 52 c.p.). La prima modifica è intervenuta con **l. 13 febbraio 2006, n. 59** (“*Modifica all’articolo 52 del codice penale in materia di diritto all’autotutela in un privato domicilio*”), che ha aggiunto due nuovi commi all’art. 52 c.p. (il 2° e il 3°), dedicati alla disciplina della “legittima difesa domiciliare” e destinati, dunque, a regolarne l’applicazione quando l’aggressore sorprenda la potenziale vittima in casa o in un altro luogo a questa assimilabile. La riforma ha previsto che, in casi del genere, il **rapporto di proporzione** tra offesa e difesa sia **presunto**: il giudice è pertanto dispensato dall’accertarlo ma, ai fini dell’applicabilità della scriminante, è tenuto a verificare la sussistenza degli altri elementi costitutivi della medesima.

Nella prospettiva di ampliare ancor di più l’ambito di operatività della legittima difesa [per approfondimenti in chiave critica, v. G. RUGGIERO, *Difesa legittima e legittimità della difesa: fragile equilibrio di un’evoluzione discutibile*, in *Arch. pen.*, fasc. 3, 2020, pp. 1 ss.], il legislatore del 2019 ha inserito un **nuovo quarto comma** nell’art. 52 c.p., dov’è stabilito che chi compie un atto per respingere un’intrusione violenta «agisce sempre in stato di legittima difesa» (così l’art. 52, comma 4, c.p., come introdotto dalla **l. 26 aprile 2019, n. 36**, “*Modifiche in materia di legittima difesa*”). Alla luce di quest’ultimo intervento di riforma, è ora possibile distinguere almeno tre diverse ipotesi di legittima difesa: quella “ordinaria”, regolata dal comma 1 della fattispecie, quella “speciale” o “domiciliare”, prevista dai commi 2 e 3, e, infine, quella disciplinata dal comma 4 dove, ad essere presunti sono tutti gli elementi costitutivi dell’esimente, e non soltanto il requisito della proporzionalità.

A completamento di quanto detto finora, è poi opportuno ricordare che la riforma del 2019 ha modificato, in parallelo alle interpolazioni operate sull’art. 52 c.p., anche l’art. 55 c.p. (“**Eccesso colposo**”) e vi ha inserito un nuovo comma 2, secondo cui non è punibile chi eccede colposamente i limiti stabiliti dalla legge per

l'applicazione dell'art. 52, commi 2, 3 e 4, c.p., *quando abbia agito in condizioni di minorata difesa o di grave turbamento psico-emotivo*.

Ancora, più di recente, il legislatore italiano, con **d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28** (*“Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67”*), ha introdotto nel sistema penale una nuova causa di non punibilità, disciplinata dall'art. 131-*bis* c.p. (**“Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto”**). Ai sensi della norma in discorso, e in presenza dei requisiti operativi dalla stessa previsti, il reo va esente da pena laddove, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, l'offesa perpetrata è di particolare tenuità.

Si tratta, a ben vedere, di una «figura generale di condizione negativa di punibilità, valevole per l'intero sistema penale comune» [L. CORNACCHIA, *Condizioni negative di punibilità*, in S. CANESTRARI/L. CORNACCHIA/G. DE SIMONE (a cura di), *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2017, p. 734] e, quindi, applicabile rispetto a tutte le fattispecie di reato che presentino le caratteristiche indicate dall'art. 131-*bis* c.p. Com'è intuibile, l'inserimento di questa norma all'interno del sistema penale italiano è stato ispirato da ragioni di opportunità dettate, *in primis*, da indifferibili esigenze di deflazione del carico dell'amministrazione della giustizia.

Esigenze non dissimili hanno ispirato anche l'inserimento, nel codice penale, degli artt. 168-*bis*, 168-*ter* e 168-*quater* in materia di **“sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato” maggiorenne**, istituto invero già largamente diffuso negli ordinamenti d'Oltralpe e nel rito **minorile** italiano. L'introduzione delle nuove norme, avvenuta con **l. 28 aprile 2014, n. 67** (*“Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio”*), ha rappresentato una novità cruciale per il reo adulto ed è stata motivata dalla necessità di prevedere soluzioni alternative al carcere, le quali fossero, al contempo, deflative del processo, in ossequio ai principi di residualità della sanzione penale e di minor sacrificio della libertà personale dell'individuo [per ulteriori approfondimenti, v. O. MURRO, *Le nuove dimensioni del probation per l'imputato adulto*, in *Il Libro dell'anno del Diritto*, www.treccani.it, 2014].

Meritano, infine, un cenno due nuove disposizioni, introdotte nella parte generale del codice penale negli anni 2017 e 2018, rispettivamente: si tratta dell'art. 162-*ter* (**“Estinzione del reato per condotte riparatorie”**) e dell'art. 3-*bis* (**“Principio della riserva di codice”**).

L'art. 162-*ter* c.p. è figlio della citata riforma *Orlando*, è stato già oggetto di modifiche ad opera della l. 4 dicembre 2017, n. 172 (*“Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili. Modifica alla disciplina dell'estinzione del reato per condotte riparatorie”*) e prevede, nella sua attuale formulazione, una **nuova causa di estinzione del reato**, applicabile a determinate categorie di illeciti, sul presupposto che l'imputato abbia interamente riparato o eliminato, laddove possibile, il danno cagionato dal reato.

Come già visto in relazione alla particolare tenuità del fatto e alla messa alla prova per gli adulti, anche qui la *ratio* dell'istituto risiede nella necessità di favorire i meccanismi di deflazione processuale mediante – in questo caso – metodologie alternative di definizione delle controversie, in grado di coniugare, da un lato, le esigenze pubblicistiche di ragionevole durata dei processi penali e, dall'altro, quelle privatistiche del reo, che ha tutto l'interesse nel vedere la propria posizione “stralciata” in seguito alla liquidazione di congrue somme versate alla vittima a titolo di riparazione [sul punto, v. S. GIANNINI, *La causa di estinzione del reato per condotte riparatorie. Criticità e prospettive di riforma*, in *www.discrimen.it*, 2 novembre 2021, pp. 1-2].

L'art. 3-*bis* c.p. è stato, invece, introdotto nel sistema penale italiano con **d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21** (*“Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103”*). Il principio della **riserva di codice** mira, tra le altre cose, a un **riordino razionale** della materia penale, da attuare mediante la collocazione delle relative norme all'interno del codice penale o in leggi speciali organiche: ne deriva che, in conformità a detto scopo, numerose previsioni normative, prima collocate altrove nel sistema penale, hanno dovuto cambiare “sede” e “trasferirsi” all'interno del codice penale o di apposite *leges speciales* [in argomento, v. M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.). Tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Leg. pen.*, 20 novembre 2018, pp. 1 ss.]. Tanto per dirne una, tra le norme oggetto di tale riordino vi è l'art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, che disciplina la “confisca allargata” e il cui testo è, adesso, riprodotto all'interno dell'**art. 240-*bis* c.p.** (*“Confisca in casi particolari”*).

## II. LE RIFORME DELLA PARTE SPECIALE

Anche la “parte speciale” del codice penale italiano è stata oggetto di numerose interpolazioni nel corso



degli ultimi lustri. Le più rilevanti tra queste modifiche normative verranno raggruppate all'interno delle micro-aree tematiche dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, contro l'ambiente e contro la persona; nell'ambito di ciascuna di esse, gli interventi di riforma saranno catalogati seguendo la numerazione progressiva del codice penale e in ordine cronologico: da quelli più risalenti nel tempo a quelli più recenti.

Ai **delitti contro la Pubblica Amministrazione** il legislatore italiano ha riservato perduranti attenzioni negli anni 1997, 2000, 2012, 2015, 2019 e 2020.

Il delitto di **abuso d'ufficio** (art. 323 c.p.) ha subito due rilevanti modifiche, la prima delle quali è intervenuta con **l. 16 luglio 1997, n. 234** (“*Modifica dell'articolo 323 del codice penale, in materia di abuso d'ufficio, e degli articoli 289, 416 e 555 del codice di procedura penale*”) e ha conferito al fatto tipico di reato contorni più definiti rispetto alla previgente formulazione, allo scopo di arginare il sindacato del giudice penale sulle attività amministrative. In tempi ben più recenti è intervenuta, invece, la seconda modifica che ha interessato la fattispecie in parola: il legislatore del 2020 (**d.l. 16 luglio 2020, n. 76**, “*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*”, convertito, senza modificazioni, con l. 11 settembre 2020, n. 120) ha ulteriormente definito e circoscritto l'ambito di operatività del delitto ex art. 323 c.p., in modo da offrire agli amministratori pubblici maggiori certezze su quali fossero le condotte penalmente rilevanti e da contenere, di rimando, la c.d. paura della firma, un'eventualità pregiudizievole per il buon andamento della Pubblica Amministrazione [in argomento, v. T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale web*, fasc. 7-8, 2020, pp. 1 ss.].

L'art. 322-ter c.p., norma che disciplina le ipotesi di **confisca diretta e di valore o per equivalente** quando il reato-base sia un delitto contro la Pubblica Amministrazione, è stato introdotto nel sistema penale con **l. 29 settembre 2000, n. 300** in occasione della ratifica, da parte dell'Italia, della Convenzione Ocse sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (1997). Quest'ultima imponeva agli Stati firmatari di prendere le misure necessarie per il contrasto alla c.d. criminalità del profitto sollecitando, in particolare, l'adozione di strumenti (come il sequestro o la confisca) capaci di sottrarre alla disponibilità del reo i proventi illeciti conseguiti. Nel **2012**, l'art. 322-ter c.p. ha subito un'importante modifica ad opera della legge c.d. *Severino* (sulla quale v. *infra*), che ha aggiunto le parole «o profitto» alla fine del comma 1 della disposizione in esame e ha così

ampliato il raggio applicativo della confisca indiretta, prima limitato alla confiscabilità del solo prezzo del reato-base.

La **l. 6 novembre 2012, n. 190** (“*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*”), conosciuta, per l'appunto, come legge *Severino*, ha innovato in modo consistente l'ambito dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, apportando modifiche di indubbia rilevanza ad alcune fattispecie incriminatrici esistenti (concussione e corruzione c.d. impropria, *in primis*) e introducendone una nuova, ossia quella attualmente prevista dall'art. 346-bis c.p. (“**Traffico di influenze illecite**”), che punisce le manifestazioni patologiche del c.d. *lobbying* e che, in seguito alla novella *Bonafede* del 2019, ha assorbito il delitto di **millantato credito** (art. 346 c.p.), formalmente abrogato [sul delitto ex art. 346-bis c.p., v. S. GIAVAZZI/V. MONGILLO/P.L. PETRILLO (a cura di), *Lobbying e traffico d'influenze illecite*, Giappichelli, Torino, 2019].

Più nel dettaglio, la legge *Severino* ha sdoppiato il delitto di **concussione** nelle varianti della concussione “per costrizione” (art. 317 c.p.) e della concussione “per induzione” o, per meglio dire, dell'**induzione indebita a dare o promettere utilità** (art. 319-*quater* c.p.). Tale ultima ipotesi criminosa era dapprima prevista dall'art. 317 c.p. e, dopo la riforma del 2012, è confluita nel nuovo art. 319-*quater* c.p., dove il privato, originariamente vittima del reato, è diventato correo, e in quanto tale punibile. Le due fattispecie hanno poi subito ulteriori modifiche, intervenute con **l. 27 maggio 2015, n. 69** (“*Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*”) e con la citata riforma *Bonafede*; le modifiche hanno riguardato il trattamento sanzionatorio – che è stato reso più severo – e la platea dei soggetti attivi del delitto ex art. 317 c.p. che, dal 2015, ricomprende l'**incaricato di pubblico servizio**, oltre al pubblico ufficiale.

Anche il delitto di **corruzione impropria** (art. 318 c.p.) ha subito modifiche ad opera della legge *Severino*, prima, e della riforma *Bonafede* poco dopo (che, però, ha solamente irrigidito le pene previste). La l. 190/2012 è intervenuta sulla rubrica e sul testo originari della fattispecie incriminatrice, sostituendo la previgente “Corruzione per un atto d'ufficio” con l'attuale “**Corruzione per l'esercizio della funzione**”, con il risultato che oggetto dell'accordo corruttivo non è più il mero atto d'ufficio, ma l'esercizio della funzione pubblica largamente intesa.

La **l. 69/2015**, nota alle cronache come “legge anti-corruzione”, ha poi inserito nel sistema penale italiano l’istituto della **riparazione pecuniaria** (art. 322-*quater* c.p.), successivamente modificato dalla legge *Spazzacorrotti*. Quest’ultima ha, invece, introdotto nel codice penale l’art. 322-*ter*.1 (“**Custodia giudiziale dei beni sequestrati**”) e la nuova **causa di non punibilità** di cui all’art. 323-*ter* che, limitatamente ai delitti di corruzione e d’induzione ivi indicati, premia con l’impunità il “pentito” che receda dall’accordo corruttivo, confessando le proprie responsabilità e fornendo alle Autorità competenti elementi probatori idonei a identificare i correi e ad assicurarli alla giustizia.

In estrema sintesi, si può dire che gli interventi riformatori appena menzionati – con l’unica eccezione della legge n. 190 del 2012, che ha previsto una strategia articolata di interventi, puntando anche sul momento della prevenzione – si sono mossi lungo una direttrice comune: quella dell’accentuazione del rigore repressivo, ottenuta principalmente attraverso l’inasprimento delle pene edittali. Ciò suona più come l’ennesima manifestazione, da parte del nostro legislatore, di un uso del diritto penale in chiave simbolico-espressiva, anziché come un effettivo ripensamento dei mezzi da adoperare per offrire un serio contrasto ai fenomeni corruttivi che inquinano i meccanismi di funzionamento della macchina pubblica [per approfondimenti sulla materia dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, v. M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (artt. 314-335-bis cod. pen.)*. Commentario sistematico, V ed., Giuffrè, Milano, 2019].

Passando ad altre micro-aree tematiche, degne di nota sono le riforme che hanno interessato i **delitti contro l’ambiente** e i **delitti contro la persona**.

Per quanto riguarda i primi, va menzionata, innanzi tutto la **l. 22 maggio 2015, n. 68** (“*Disposizioni in materia di delitti contro l’ambiente*”), che ha previsto l’inserimento nel codice penale di un nuovo Titolo (il VI-*bis*), dedicato, per l’appunto, ai delitti contro l’ambiente, al cui interno sono state collocate le nuove fattispecie incriminatrici. Una simile innovazione, in realtà, era attesa da tempo: prima del 2015, infatti, la risposta sanzionatoria a fenomeni criminali di massa, se non irreversibile, alterazione dell’ecosistema (si pensi alla vicenda *Eternit*) era affidata al discutibile ricorso all’art. 434 c.p. (“Disastro innominato”), norma-contenitore utilizzata dalla prassi giurisprudenziale per incriminare ogni «altro disastro» non espressamente previsto all’interno di fattispecie *ad hoc*.

Prima di volgere lo sguardo agli interventi di riforma che hanno interessato il novero dei delitti contro la persona, merita una speciale menzione l’inserimento, nel codice penale italiano, dell’art. 558-*bis* (“**Costrizione o induzione al matrimonio**”). Introdotta nell’ordinamento con **l. 19 luglio 2019, n. 69** (“*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e ad altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*”), la fattispecie punisce il preoccupante fenomeno dei matrimoni “forzati” (*forced marriages*), “combinati” (*arranged marriages*), nonché vissuti in condizioni di schiavitù (*marriage as slavery*); fenomeno dapprima tipico delle società in via di sviluppo e adesso dilagante anche nelle società occidentali multiculturali [per approfondimenti sul reato in esame, v. A. SBARRO, *Il delitto di “costrizione o induzione al matrimonio” ex art. 558-bis c.p.: alcune riflessioni critiche*, in *Leg. pen.*, 22 febbraio 2022, pp. 1 ss.].

Tra i **delitti contro la persona**, è degna di nota l’introduzione, nel corso degli ultimi anni, di nuove fattispecie incriminatrici all’interno del codice penale, che qui si riportano in ordine cronologico: 1) quella di **atti persecutori** o *stalking* (art. 612-*bis*), introdotta con **d.l. 23 febbraio 2009, n. 11**, “*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*”, conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38; 2) quella di **intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro** (art. 603-*bis* c.p.), c.d. caporalato, introdotta con **d.l. 13 agosto 2011, n. 138**, “*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*”, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, e poi modificato nel 2016; 3) quelle di **omicidio stradale** (art. 589-*bis*), di **lesioni personali stradali gravi o gravissime** (art. 590-*bis*) e di **fuga del conducente in caso di lesioni personali stradali** (art. 590-*ter*), introdotte con **l. 23 marzo 2016, n. 41**, “*Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274*”; 4) quella di **omicidio o lesioni personali colposi in ambito sanitario** (art. 590-*sexies*), introdotta con **l. 8 marzo 2017, n. 24**, “*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*”, c.d. legge *Gelli-Bianco*; 5) quella di **tortura** (art. 613-*bis*), introdotta con **l. 14 luglio 2017, n. 110**, “*Introduzione del delitto di tortura nell’ordinamento italiano*”, e, infine, 6) quelle di **deformazione dell’aspetto della persona mediante**

**lesioni permanenti al viso** (art. 583-*quinquies*) e di **diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti** (art. 612-*ter*), c.d. *revenge porn*, introdotte dalla già citata l. 69/2019.

Con l'innesto di dette figure di reato nel sistema penale, il legislatore italiano si è allineato alle tendenze di politica criminale già emerse da tempo negli ordinamenti stranieri più evoluti (il discorso vale soprattutto con riguardo alle fattispecie di *revenge porn*, tortura e *stalking*: su quest'ultimo, in particolare, v. G. DE SIMONE, *Il delitto di atti persecutori*, Aracne, Roma, 2013).

In relazione alla c.d. colpa medica, poi, la legge *Gelli-Bianco* da ultimo e il previgente decreto *Balduzzi* prima (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, "*Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute*", conv. in l. 8 novembre 2021, n. 189) hanno, finalmente, dato alla materia una regolamentazione unitaria avente, tra gli altri, l'obiettivo di garantire al sanitario, attraverso apposite previsioni normative, lo spazio d'impunità necessario per esercitare "serenamente" la missione terapeutica cui è istituzionalmente preposto.

Infine, grazie all'intervento della Corte costituzionale – che, con una coraggiosa sentenza, ne ha ridisegnato i confini operativi (**Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242**) –, la condotta di **istigazione o aiuto al suicidio** (art. 580 c.p.) non gode più di rilevanza penale, laddove l'assistenza al suicidio sia stata prestata a favore di malati terminali gravemente sofferenti i quali, in piena libertà e consapevolezza, abbiano manifestato il proprio consenso a detto aiuto.

Vanno menzionate, infine, due ulteriori interventi di riforma di una certa rilevanza, che hanno introdotto nuove figure di reato all'interno della parte speciale. La prima, in ordine di tempo, è la **l. 20 luglio 2004, n. 189** ("*Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento di animali*"), che ha interpolato nel libro II del codice penale un nuovo Titolo IX-*bis*, dedicato ai **delitti contro il sentimento per gli animali** (artt. 544-*bis*-544-*sexies*). Queste previsioni normative sono quantomai attuali considerato che, con **l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1**, è stata apportata una sensibile modifica all'art. 9 Cost., ai sensi del quale la nostra Carta fondamentale, in via esplicita, riconosce ora agli **animali** e all'**ambiente** il rango di beni costituzionalmente garantiti.

Inoltre, la **l. 9 marzo 2022, n. 22** ("*Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale*") ha inserito, nel codice penale, il Titolo VIII-*bis*, che contiene nuove fattispecie incriminatrici in materia, per l'appunto, di **reati contro il patrimonio culturale** (artt. 518-*bis*-518-*undevicies*). Questo recentissimo in-

tervento normativo ha sortito effetti anche in relazione alla responsabilità da reato degli enti, che è stata estesa anche a tali reati (v. *infra*).

### III. LE RIFORME DELLA LEGISLAZIONE COMPLEMENTARE

Per quanto riguarda la legislazione penale complementare, va segnalato, innanzi tutto, il **d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231**, che disciplina la "**Responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica**", e che si può dire abbia segnato una svolta epocale nel nostro sistema giuridico: i soggetti metaindividuali sono divenuti, finalmente, coprotagonisti della vicenda punitiva. Il decreto legislativo ha dato attuazione alla già citata l. 300/2000 e ha delineato un inedito modello di responsabilità da reato degli enti, indicando e disciplinando quelli che sono i criteri di imputazione, oggettivi e soggettivi.

La responsabilità, di cui è tuttora controversa la natura – si discute se sia una responsabilità autenticamente amministrativa o amministrativa nella forma e penale nella sostanza, o se non rappresenti piuttosto un *tertium genus* «che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia» (Cosi la Relazione governativa al d.lgs. 231/2001, § 1.1) – è configurata dalle legge come una responsabilità diretta, autonoma ed eventualmente concorrente con quella dell'autore individuale del "fatto di connessione".

Tale responsabilità, inoltre, non è prevista per tutti i reati ma è limitata a quelli indicati nell'apposito catalogo contenuto nel d.lgs. 231/2001 (artt. 24 ss.). Ed è proprio detto catalogo ad essere stato oggetto, dal 2001 ad oggi, dei più rilevanti e disparati interventi di riforma: dapprima limitato alle fattispecie delittuose di cui agli artt. 24 e 25 (rispettivamente: "Indebita percezione di erogazioni e truffa a danno dello Stato" e "Concussione, induzione indebita dare o promettere utilità e corruzione"), con il passare degli anni esso è cresciuto in modo esponenziale (e con un notevole ritmo di accelerazione negli ultimi tempi), arrivando ad annoverare numerosissime ipotesi criminose. Tanto per fare un esempio, soltanto dal 2019 al 2022, il "catalogo 231" ha accolto, al suo interno, i nuovi artt. 25-*octies*.1 ("Delitti in materia di strumenti di pagamento diversi dai contanti"); 25-*quaterdecies* ("Frode in competizioni sportive, esercizio abusivo di gioco o di scommessa e giochi d'azzardo esercitati a mezzo di apparecchi vietati"); 25-*quinquiesdecies* ("Reati tributari"); 25-*sexiesdecies*

(“Contrabbando”); 25-septiesdecies (“Delitti contro il patrimonio culturale”) e, infine, 25-duodevicies (“Riciclaggio di beni culturali e devastazione e saccheggio di beni culturali e paesaggistici”).

Più o meno in concomitanza con il d.lgs. 231/2001, sono entrati in vigore anche il **d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74**, che regola la materia degli **illeciti penali tributari**, e il **d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380** che, oltre a integrare il primo testo unico organico e di raccordo dell’intera disciplina edilizia, ha altresì previsto, all’art. 44, specifiche ipotesi di **contravvenzioni edilizie**.

Significativi interventi di riforma hanno interessato anche i **reati societari**, disciplinati dapprima all’interno di una legge *ad hoc* (l. 4 luglio 1930, n. 660), poi confluiti nel codice civile, dove si trovano tuttora (artt. 2621-2641), la cui disciplina è stata sensibilmente modificata con **d.lgs. 11 aprile 2002** (“*Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell’articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*”), che, tra le altre cose, ha trasformato in contravvenzione il delitto di **false comunicazioni sociali** (art. 2621 c.c.) e ha introdotto, sia per quest’ultima sia per i fatti previsti dall’art. 2622 c.c. (**false comunicazioni sociali nelle società quotate**), specifiche soglie di punibilità.

La materia è stata oggetto di riforma anche negli anni **2005, 2010, 2011, 2015, 2017 e nel 2019, con la legge Spazzacorrotti**. Tra tutti questi interventi legislativi, vale la pena di puntualizzare che quello del **2015** è stato attuato con la citata **legge n. 69**, la quale ha nuovamente trasformato la contravvenzione di cui all’art. 2621 c.c. in un delitto, mentre la **l. 3/2019** ha modificato la disciplina del delitto di **corruzione tra privati** (art. 2635 c.c.), illecito introdotto nel sistema penale italiano con il d.lgs. 61/2002 [a riguardo, v. L. FOFFANI, *La “corruzione fra privati” nel nuovo diritto penale societario: un primo passo o un’occasione mancata?*, in R. ACQUAROLI/L. FOFFANI (a cura di), *La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 377-403].

Merita, poi, una particolare menzione il **d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159**, c.d. *Codice Antimafia*, che ha avuto il pregio di sistematizzare, all’interno di un unico apparato normativo, le previsioni di legge in punto di contrasto ai fenomeni delinquenziali di stampo mafioso e le cui disposizioni sono state altresì oggetto, negli anni e a più riprese, di novelle legislative (2015, 2016, 2017 e, da ultimo, 2021) e di pronunce della Corte Europea dei diritti dell’uomo (v. **Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia**) e della Corte costituzionale (v. **Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24**).

vanno menzionati, infine, i **decreti legislativi nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016**, emanati in attuazione della citata l. 67/2014, con i quali il legislatore italiano ha proceduto sulla via, già intrapresa da tempo, della **depenalizzazione** (è stato, tra l’altro, trasformato in illecito civile il delitto di ingiuria, in origine previsto dall’art. 594 c.p., conseguentemente abrogato). Tuttavia, l’intervento riformatore è stato “ridimensionato” dalla successiva riforma *Bonafede* del 2019 che, essendo improntata al rigore repressivo, ha sensibilmente innalzato le pene edittali previste per svariati reati; la novella è, inoltre, intervenuta sull’**art. 4-bis l. 26 luglio 1975, n. 354** (“Legge sull’Ordinamento penitenziario”) che ora ricomprende, tra i reati ostativi alla concessione di benefici penitenziari a favore del condannato, anche taluni delitti contro la Pubblica Amministrazione.

#### IV. EPILOGO

Dalla fine degli anni ’90 ad oggi, il legislatore italiano ha compiuto innumerevoli passi per innovare il sistema penale e per adeguarlo, via via, alle mutevoli esigenze storiche e politico-criminali dei tempi moderni.

È bene, però, precisare che, in diverse occasioni, all’opera di ammodernamento del sistema penale italiano ha contribuito decisamente anche la Corte costituzionale, rimuovendo quelle disposizioni ritenute incompatibili con i principi fondamentali e stimolando, se del caso, il legislatore a colmare il vuoto normativo lasciato con disposizioni costituzionalmente legittime.

Ad esempio, oltre al citato art. 580 c.p., anche l’art. 4-bis l. 354/1975 è stato oggetto di due recenti decisioni della Corte costituzionale (ossia: **Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253** e **Corte cost., ord. 11 maggio 2021, n. 97**), rese in tema di ammissibilità dell’ergastolo ostativo alla fruizione dei benefici penitenziari del permesso-premio e della liberazione condizionale. Ma anche in passato il Giudice delle leggi ha espunto dall’ordinamento talune disposizioni normative, dichiarandole costituzionalmente illegittime: si pensi agli automatismi sanzionatori previsti dall’art. 99, comma 4, c.p. (recidiva reiterata), ritenuti in contrasto con i principi di uguaglianza-ragionevolezza e di proporzionalità della pena (**Corte cost., 23 luglio 2015, n. 185**).

In definitiva, può dirsi che la modernità del sistema giuridico italiano è il frutto di un dialogo tra legislatore e Corte costituzionale, che gli rammenta, se necessario, le premesse valoriali che un ordinamento come il nostro è tenuto a rispettare nel momento della produzione normativa.



## México

Manuel Vidaurri Aréchiga

Universidad De La Salle Bajío

*mvidaurri@delasalle.edu.mx*

La **Revista Penal España** cumple 25 años de publicación ininterrumpida. Sin duda, una de las publicaciones científicas iberoamericanas más relevantes, ahora en su número 50. El esfuerzo y tenacidad desplegado en la labor editorial por su director, el Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olive, ha sido factor determinante para que este canal de divulgación de la investigación jurídica en materia penal haya alcanzado el alto nivel de reconocimiento con el que merecidamente cuenta. Al agradecer la generosidad con la que nos distingue el Profesor Ferré Olive, celebramos estos primeros 25 años reconociéndole su visión y constancia en la materialización de este valioso proyecto.

En otro orden de ideas, se presentan a continuación algunas de las más importantes reformas experimentadas en el sistema jurídico mexicano. Las que iniciaron justamente con la implantación nacional del sistema procesal acusatorio. La reforma a la **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CM)** del año 2008 impactó en diez de sus artículos. Con talas modificaciones se introdujeron las instituciones propias del sistema procesal de corte acusatorio y oral, en consonancia con la tendencia latinoamericana. Derivado de este ajuste constitucional fueron necesarias otras creaciones legislativas necesarias para consolidar la nueva orientación del sistema penal.

### I. REFORMAS CONSTITUCIONALES

En esta significativa reforma constitucional, se realizaron ajustes y adiciones a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73 (fracciones XXI y XXIII), 115 (fracción VII) y 123 (fracción XIII del apartado B). En términos generales (art. 16 CM), se establecieron requisitos para librar ordenes de aprehensión, a partir de la constatación de que existen datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley considere como delito y se aprecian evidencias de que el indiciado cometió o participó en su comisión. Se definió igualmente la obligación de registrar inmediatamente la detención del indiciado. Contra la opinión crítica generalizada de un amplio sector doctrinal se mantuvo la dudosa figura del arraigo, especialmente cuando se trata de tipos penales relacionados con la delincuencia organizada. También se definieron los criterios legales para intervenir las comunicaciones, que en principio se estiman inviolables,

salvo cuando la autoridad judicial lo autorice. También se determina la obligación de los poderes judiciales de las entidades federativas de contar con jueces de control que deberán resolver las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial, asegurando los derechos de los indiciados y las víctimas.

Por otra parte (art. 17 CM), se alude en el texto constitucional al establecimiento de mecanismos alternos de solución de controversias en materia penal; a efecto de dar sustento legal a este tema, se promulgó la **Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal** el 20 de mayo del 2021. En el citado artículo constitucional se determina la obligación de los juzgadores de explicar las sentencias que pongan fin a los procedimientos a las partes en audiencia pública. Destacadamente, se alude en este artículo de la CM a la obligación de la federación y las entidades federativas de garantizar la existencia de un servicio público de defensoría pública, que sea de calidad y sometido al servicio civil de carrera.

En el artículo 18 de la CM pueden conocerse las directrices acerca del sistema penitenciario, que deberá organizarse sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad. Otra novedad consiste en el establecimiento de los jueces de ejecución. La **Ley Nacional de Ejecución Penal** se publicó el 16 de junio de 2016.

En el artículo 19 de la CM se definió lo concerniente a la prisión preventiva, aplicable cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, los testigos o la comunidad.

Lo relacionado con los principios del proceso penal, los derechos del imputado, la víctima y el ofendido se contienen en el artículo 20 de la CM y se desarrollan en el **Código Nacional de Procedimientos Penales**, vigente desde el 5 de marzo de 2014. Desde el plano constitucional, destacan las disposiciones siguientes: que **el proceso penal** tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen; que **toda audiencia** se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica; que **para los efectos de la sentencia** sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido des-

ahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo; **que el juicio se celebrará ante un juez** que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral; **que la carga de la prueba** para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente; **que ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso** con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución; que una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, **se podrá decretar su terminación anticipada** en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley; **que el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad** del procesado; **que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.**

Los **derechos de la persona imputada** se describen en el apartado B del señalado artículo 20 de la CM, destacándose que tales derechos son: **presumir su inocencia** mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; **declarar o a guardar silencio**; a ser informado desde el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, de los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten; **a que se le reciban los testigos y demás pruebas pertinentes** que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley; **a ser juzgado en audiencia pública** por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo; **a que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa** y que consten en el proceso; a ser juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa; tiene **derecho a una defensa adecuada** por abogado, al cual elegirá li-

bremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; a que por ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

En el apartado C son enunciado los **derechos de la víctima o del ofendido**: **recibir asesoría jurídica**; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal; **coadyuvar con el Ministerio Público**; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley; recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia; **que se le repare el daño**; **al resguardo de su identidad y otros datos personales** en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa; solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y a impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Los criterios de oportunidad y la responsabilidad en el proceso penal del Ministerio Público se definió en el artículo 21 de la CM, además de describir las bases mínimas del sistema nacional de seguridad pública. Y en el artículo 22 de la CM establece clarísima prohibición de las penas de muerte, de mutilación, infamia, marcas, azotes, palos, tormento de cualquier especie, la multa excesiva, confiscación de bienes y cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales, fijando la la áxima de que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado; adicionalmente se enuncian en este artículo constitucional las reglas por observar en casos de extinción de dominio, generán-

dose la **Ley Nacional de Extinción de Dominio**, con fecha 9 de agosto de 2019.

Para generar una legislación de alcance nacional fue indispensable una modificación constitucional del artículo 73, fracción XXI, que faculta al Congreso para expedir: **a)** Las leyes generales que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en las materias de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral; **b)** La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada; **c)** La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común y en su fracción XXIII, facultades para expedir leyes que, con respeto a los derechos humanos, establezcan las bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas y los Municipios; organicen la Guardia Nacional y las demás instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de esta Constitución; así como la **Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza** y la **Ley Nacional del Registro de Detenciones**, ambas leyes promulgadas el 27 de mayo de 2019.

Dispone el artículo 115, fracción VII que la policía preventiva estará al mando del presidente municipal en los términos de la Ley de Seguridad Pública del Estado y que el Ejecutivo Federal tendrá el mando de la fuerza pública en los lugares donde resida habitual o transitoriamente; y el artículo 123, fracción XIII determina que los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes. Y en relación con los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, se determina que podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones, aspecto que no ha dejado de ser cuestionado. En enero del 2009 se promulgó la **Ley Nacional del Sistema Nacional de Seguridad Pública**.

Otras leyes promulgadas en los últimos años son las siguientes:

- **Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes**, publicada el 16 de junio de 2016.
- **Ley General de Víctimas**, publicada el 9 de enero de 2013.
- **Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita**, publicada el 17 de octubre de 2012
- **Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro**, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 30 de noviembre de 2010.

Con la señalada reforma constitucional del año 2008 y la posterior en materia de Derechos Humanos el orden jurídico nacional se vio conmovido con la generación de un importante paquete de legislación necesario para fortalecer y hacer operativo el sistema acusatorio. Se sabe de la existencia de un proyecto legislativo de trascendencia consistente en la redacción de un código penal único sustantivo nacional. Como es sabido, en la República Mexicana, cada una de las entidades federativas que la integran conserva facultades legales para formular su propio código penal, de modo que en el país se aplican 33 códigos penales, con la complejidad que eso conlleva. Si bien, con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales se avanzó en la operación del sistema de justicia penal, se impone prioritario generar ese código penal sustantivo, asumiendo que esto servirá para definir un programa de política criminal integral, entre otros aspectos positivos.

Otros problemas con los que se ha enfrentado la operación del sistema consiste en el abuso de la prisión preventiva y el uso de la figura del arraigo. Aspectos que han sido cuestionados fuertemente por el foro, la academia y las instancias regionales de Derechos Humanos. Por desgracia, la tendencia sigue siendo la más próxima al uso desmedido del Derecho penal bajo la lógica del populismo punitivo.

## Nicaragua

**Sergio J. Cuarezma Terán**

*Profesor de Derecho penal*

*Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)<sup>1</sup>*

## Salutación

Que sean las primeras letras de este informe para felicitar a mi querido Prof. Dr. Juan Carlos Olivé Ferrer,

por su encomiable labor de dirección académica de la Revista Penal que, con el presente número 50, arriba a 25 años de edición sistemática, inalterable y puntual; asimismo, felicitar a la Revista Penal por su invaluable valor en el debate científico y en la formación de un pensamiento global crítico en las cuestiones penales y, por último, y no menos importante, destacar y aplaudir la Sección de Sistemas Penales Comparados que como ninguna otra, es capaz, parafraseando a Rubén Darío en su poema *Salutación del optimista*, de unir y secundar tantos vigos dispersos, para formar todos un haz de energía penal humanista ecuménica.

## I. LA GRAN REFORMA DEL SIGLO XX

En la región, y Nicaragua no es la excepción, a comienzo de los años noventa tiene lugar el inicio la reforma de la justicia y, en particular, la penal, la “gran reforma del siglo XX”, como le denominaron algunos académicos.

Esta reforma implica la transformación del sistema de justicia en cada uno de sus componentes: el área de la investigación criminal, la reforma del Código penal, el Código procesal penal, la legislación penitenciaria, el Código de la Niñez y Adolescencia, entre otras áreas. No obstante, pensamos que el impacto de mayor trascendencia se produjo en la reforma de carácter procesal penal, no solo por el cambio de sistema o modelo procesal (del inquisitorial al acusatorio), sino también por la fuente de donde se origina el mismo. El país asume un modelo propio del sistema jurídico comparado del *Common Law* y marca distancia con el europeo continental, del *Civil Law*, basado en la ley escrita.

El presente informe establece un balance de lo más relevante, aunque no lo único, de las transformaciones jurídico-penales de Nicaragua en los últimos 25 años.

## II. LA REFORMA DE LA JUSTICIA Y SU NUEVO ROL

La justicia (y su reforma), venía ocupando, aunque con lentitud, un plano importante dentro de los temas políticos e institucionales de nuestros países. La razón de ello es evidente, no se había enfrentado con la profundidad requerida y, por tanto, el tratamiento debido a la cuestión de la justicia ha evolucionado muy lentamente en el pasado siglo.

Esta crisis de la justicia y su reforma se manifestó en un proceso mundial de cambios y transformaciones de los sistemas políticos a nivel mundial, por ejemplo, el desmantelamiento de los regímenes socialistas, la aparición de un nuevo orden político y el nacimiento de

la globalización, en la cual, la economía y las finanzas ocupan una atención singular, concretamente con las Instituciones Financieras Internacionales y las grandes corporaciones económicas, que “no actúan exclusivamente en el ámbito de la economía de mercado, sino que con su poder económico determinan el funcionamiento de la política e instrumentalización en provecho a las instituciones y a las normas jurídicas”<sup>2</sup>.

Este proceso, basado en ideas liberales, según David Harvey<sup>3</sup>, promueve una idea de “bienestar del ser humano” radicada en la no restricción del libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada fuertes, mercados libres y libertad del comercio, y el papel del Estado se reduce a crear y preservar el marco institucional apropiado para el desarrollo de estas prácticas. Los valores que predominan en este modelo, según Jaime Cárdenas Gracia<sup>4</sup>, son “los valores empresariales como la competencia, el interés, la descentralización, la deslocalización, el fortalecimiento del poder individual y las limitaciones a los poderes centrales. Se estima que las instituciones estatales deben funcionar bajo los parámetros de competencia, eficiencia y eficacia de las empresas privadas y que, en lugar de promover el bien común o el desarrollo de la sociedad civil y de la justicia social, el gobierno debe impulsar la transformación de la mentalidad burocrática y sustituirla por visiones empresariales para garantizar el libre mercado”.

Estos cambios, entre otros, obligaron a que el tema de la justicia pasara a considerarse no «sólo factor de desarrollo», sino «destinada a impulsar el desarrollo» y, visto de la perspectiva económica, se considera a las leyes “como incentivos para el cambio de comportamiento (precios implícitos) y como instrumentos para el logro de los objetivos de las políticas (la eficiencia y la distribución)”<sup>5</sup>. Así, la justicia, y particularmente la penal, que en su inicio postulaba como fundamento para su reforma la promoción y la tutela de los derechos humanos, comienza a verse en estrecha relación con el desarrollo económico (justicia y economía), como un presupuesto para la seguridad de las inversiones económicas, financieras y empresariales, y por tanto, asegurar las grandes inversiones extranjeras directas en la región. La justicia y su importancia, pasa pues, de un interés «local» a un interés «regional», y, su fundamentación del plano de los «derechos humanos», al plano predominantemente «económico».

La justicia, expresa John Rawls en la *Teoría de la justicia*, está íntimamente relacionada a la satisfacción de los bienes sociales, que permitirán el mejoramiento



de las oportunidades de las personas. Este sería, como expresa Gago Priale, “el centro de la estructura de la sociedad: de un lado, la mayoría de las libertades de la tradición liberal y democrática, y por el otro, el establecimiento de un cuadro institucional que permita la distribución de la renta y la riqueza de manera tal que asegure la igualdad de oportunidades”<sup>6</sup>.

La viabilidad de todo desarrollo depende, sin duda, de la estructuración de las instituciones públicas y legales, que organizan políticamente a la sociedad. Sin estas, entre las cuales destaca la justicia (independiente), la comunidad carece de norte y de medios para definir y realizar sus intereses y expectativas comunes. Así, el desarrollo de una sociedad está condicionado, entre otros factores, por un Estado de derecho convencional, constitucional y de justicia cuyo desempeño sea eficiente y eficaz.

Los derechos humanos en la dialéctica del desarrollo juegan un papel fundamental de *principios verdaderos* del sistema institucional, que definen el modelo constitucional. Esta inescindible correlación llevó a Pérez Luño<sup>7</sup> a considerar “el estrecho nexo de interdependencia genético y funcional, entre el Estado de derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican su realización al Estado de derecho”.

Por esta razón, dice Pérez Luño<sup>8</sup>, “cuanta más intensa se revela la operatividad el Estado de derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales. De igual modo que en la medida en que se produce una vivencia de los derechos fundamentales se refuerza la implantación del Estado de derecho” Esto, obviamente, es imposible en sociedades donde no hay constituciones políticas o habiéndolas no hay división de poderes, es decir, en sociedades gobernadas por un Estado absoluto, porque es incompatible con las libertades individuales y políticas. En el estado policial del absolutismo, “el ejecutivo solo necesitaba una orden del soberano para justificar sus actuaciones” en cambio el Estado de derecho “era considerado el hecho de que cualquier acto que interfiriera con la vida de los ciudadanos debía adoptarse *en virtud de una ley*”<sup>9</sup>. Esto hace que la importancia del Estado de Derecho radique en el “principio general de que toda actuación del Estado debe ser calculable y previsible. Sólo puede existir seguridad jurídica allí donde los ciudadanos saben con exactitud, qué es lo que el Estado puede hacer y qué es lo que ellos mismos deben hacer o dejar de hacer”<sup>10</sup>. En consecuencia, el Estado de Derecho, particularmente, es uno de los aspectos más importantes a retomar en vista

de que la seguridad jurídica es, además, esencial para el curso dinámico de la economía y la prevalencia del libre mercado. Para Friederich Von Hayek, economista austriaco, es preferible un Estado de Derecho antes que un Estado autoritario, por considerar que el primero es “la creación de una estructura legal permanente, dentro de la cual la actividad productiva es guiada por las decisiones individuales”<sup>11</sup> y, por tanto, el Estado se limitaría “a establecer reglas aplicables a tipos generales de situaciones y tiene que conceder libertad a los individuos en todo lo que dependa de las circunstancias de tiempo y lugar, porque sólo los individuos afectados en cada caso pueden conocer plenamente estas circunstancias y adaptar sus acciones a ellas”<sup>12</sup>. Estas reglas aplicables a los tipos generales que refiere Hayek están orientadas a restringir la actuación del Estado en situaciones concretas, y que cuando este intervenga sea de forma previsible, de tal manera que, en palabras de Cárdenas Gracia<sup>13</sup>, “cualquier esquema institucional y jurídico que entrañe sustituir o limitar el desempeño individual es reputado como una afectación a la libertad y al progreso”.

La justicia desde esta perspectiva es un mecanismo para el mejoramiento de la calidad de vida y un factor destinado a impulsar el desarrollo, sin perjuicio que no tenga un modelo de desarrollo predeterminado, ya que cada sociedad lo determina según sus necesidades; para este supuesto, es lo justo, lo cual equivale a un bien tangible, relacionado a lo objetivo y socialmente demarcable, no la justicia trascendental<sup>14</sup>. Por esta razón los insumos del desarrollo “deben de provenir del derecho y de la habilidad del Estado de generar o incentivar un sistema jurídico que permita a la sociedad plural articularse internamente y retroalimentarse permanentemente con el mismo Estado”<sup>15</sup>. Esto permite que el desarrollo se convierta en un proceso de “expansión de las libertades reales de que disfrutaban los individuos”, como expresó Amartya Sen, Premio Nobel de Economía de 1998. Para este desarrollo, es fundamental la eliminación de las fuentes de privación de libertad: “la pobreza y la tiranía, la escasez de oportunidades económicas, el abandono de los servicios públicos, la intolerancia o el exceso de intervención de los Estados represivos”. La idea de Sen, según Gago Priale, “es el del desarrollo en su acepción integral: humano, social, económico, también político e institucional, y de la libertad real igualmente plena: economía, civil, política. Desarrollo y libertad, entonces, se entrelazan y retroalimentan, no existen ni se dan, menos se hacen sostenibles por su cuenta, más bien depende el uno de la otra. De la respuesta a la pregunta cuán libres realmente son los ciu-

dadanos de un país de las varias cadenas que existen: pobreza, ignorancia, exclusión, depende el saber si ese país es nada, poco o mucho desarrollado”<sup>16</sup>.

### III. REFORMA PENAL

En el 2008 la Asamblea Nacional tomó la decisión acertada de abandonar la legislación penal decimonónica (Código penal de 1974) aprobando, como parte del proceso de la reforma de la justicia, un nuevo Código penal, Ley 641/2008, aprobado el 13 de noviembre de 2007 y publicado en La Gaceta, Diario Oficial N.º. 83, 84, 85, 86 y 87 del 5, 6, 7, 8 y 9 de mayo de 2008, entrando en vigor sesenta días después de su publicación en La Gaceta, Diario Oficial.

El Código penal de 2008, es un texto que incorpora indudablemente un mejor desarrollo de todo lo relacionado con la ley penal, los principios que limitan el ejercicio punitivo del Estado, la infracción penal, y la moderna teoría del delito y las consecuencias jurídicas. Por ejemplo, contiene una mejor articulación del principio de legalidad, prohíbe a la Administración Pública imponer medidas o sanciones que impliquen privación de libertad; presenta una mejor comprensión del principio de irretroactividad, incorpora, reconoce y protege a la víctima, separa con claridad lo relacionado a la garantía jurisdiccional y de ejecución, esta última la base del libro cuarto del Código procesal penal, de la Ejecución de la Sentencia, “No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por los tribunales de justicia competentes, de acuerdo con las leyes procesales. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes, de conformidad con la ley y su reglamento.” No digamos el principio de lesividad, que ha permitido a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia elaborar una rica jurisprudencia que sirve de límite al ejercicio punitivo estatal; y prohíbe, con base al principio de responsabilidad subjetiva, la “responsabilidad objetiva por el resultado”. Regula con gran acierto los temas relacionados a la teoría del delito, la acción y la omisión, el dolo y la imprudencia, el error de tipo y de prohibición, las causas o circunstancias que eximen la responsabilidad penal, la agravan o bien, la atenúan; las personas penalmente responsables, las fases de ejecución del delito y las consecuencias jurídicas, basadas en un sistema de alternativas a la privación de libertad.

### IV. REFORMA PROCESAL PENAL

El nuevo Código procesal penal, que deroga al Código de Instrucción Criminal (In.) de 1879, es la Ley N.º. 406, aprobada el 13 de noviembre de 2001 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial N.º. 243 y 244 del 21 y 24 de diciembre de 2001, entró en vigor doce meses después de su publicación en La Gaceta. La aprobación en Nicaragua de una nueva legislación procesal penal de carácter acusatoria supuso, entre otras cosas, un traslado de sistema jurídico del *Civil law* al *Common law*. El reto es mayúsculo.

El Código Procesal Penal nicaragüense (CPPn), instaura un modelo procesal penal acusatorio, separa los roles de investigar, defender y juzgar que históricamente estaban concentrados en el juez inquisitorial, investigar, defender, acusar, juzgar y decidir. La investigación criminal se encuentra estrictamente bajo el control de la Policía Nacional (PN) y el Ministerio Público (MP), este acusa y el juez juzga y tiene la potestad de ejecutar lo juzgado. Además, instaura la justicia negociada (*plea bargaining*), el juicio oral y público (con o sin jurado) y crea, en el Libro de la Ejecución de la Sentencia la novedosa figura del Juez de Ejecución de Sentencia y Vigilancia Penitenciaria, entre los aspectos relevantes.

El In., era un texto inquisitivo, el juez no era un sujeto neutral, asumía variados roles que lo convertían en un juez parcial; asumía la investigación o pesquisa de los hechos, realizaba actividades propias del órgano acusador y de órgano de resolución. La prisión preventiva era, por regla general, una respuesta reflejo de los judiciales en todos aquellos casos que no fueran causas leves; la confesión era uno de los medios esenciales para obtener la verdad llegando a la aplicación de la coacción o presión para obtenerla; era un proceso secreto, despersonalizado y predominaba la escritura, aunque el juicio sumario era oral. La ejecución de la sentencia le correspondía al Poder ejecutivo a través de las instituciones penitenciarias.

Por su parte, en el nuevo CPPn., el proceso penal está constituido ordenadamente en cinco fases, la preliminar, la intermedia, el juicio oral y público, los recursos y la ejecución de la sentencia. Cada una de ellas tienen finalidades y tensiones específicas, a saber: la fase preliminar (fase de investigación y preparación de la acusación), fase intermedia (control de la acusación), juicio oral y público (el juicio propiamente dicho), recursos (control del resultado del juicio) y ejecución (ejecuta la sentencia).

## V. REFORMA PENITENCIARIA

La Ley del Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena, Ley No. 473, fue aprobada el 11 de septiembre del 2003 y publicada en La Gaceta No. 222 del 21 de noviembre del 2003.

El proceso de reforma penitenciario en nuestro país es reciente y nada pacífico, la institución penitenciaria desde su origen estuvo regulada previamente por normas dispersas y coyunturales. Fue hasta 1996 que se presentó el primer intento serio de reforma con la Ley Orgánica del Sistema Penitenciario Nacional, pero fue frustrada por la dinámica política, hasta que en el 2003 se aprobó la Ley 473/2003 Ley del Régimen Penitenciario y ejecución de la Pena, actualmente vigente, y en el 2011 la Ley No. 745, Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal.

La Ley tiene por objeto establecer las normativas y reglas generales para el funcionamiento del Sistema Penitenciario Nacional y regular la actividad de éste en la ejecución de las penas y medidas cautelares privativas de libertad, tales como control, reeducación, seguridad penal y la reinserción social de los privados de libertad. La ejecución de la pena tiene como fin primordial la reeducación y reinserción del privado de libertad a las actividades de la sociedad; y se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad de la persona y el respeto a los derechos humanos. En ningún caso los privados de libertad serán sometidos a torturas, penas, ni tratos crueles, inhumanos o degradantes. Se prohíbe el maltrato físico o psicológico y cualquier otro procedimiento que atente en contra de la dignidad humana del interno. La ley establece que los objetivos fundamentales del Sistema Penitenciario Nacional son la ejecución de las sentencias penales y las medidas cautelares privativas de libertad, dictadas por los tribunales de justicia; la reeducación del interno para su reintegración a la sociedad; y promover la unidad familiar, la salud y la ocupación productiva del interno.

## VI. REFORMA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: UN ESTATUTO DE CIUDADANÍA

El Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N°. 287, fue aprobada el 24 de marzo de 1998 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial N°. 97 del 27 de mayo de 1998, entró en vigor a los ciento ochenta días, a partir de su publicación en La Gaceta.

El 20 de noviembre de 1989, la comunidad internacional, representada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, extendió la protección de los Derechos humanos a uno de los grupos más vulnerables de la so-

ciudad, al aprobar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Este documento es un esfuerzo de la comunidad internacional de otros realizados a favor de la niñez, como reflejan los múltiples textos sobre la materia, entre otros, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de *Beijing* y aprobada por las Naciones Unidas en 1985; y de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los menores privados de libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil conocidas respectivamente como Reglas y Directrices de *Ryad*, aprobadas en 1991.

La Convención protege los derechos de las personas menores de 18 años con un criterio positivo y orientado hacia al futuro, solicita a los Estados que la ratifican, a crear condiciones para que las niñas y niños puedan participar activa y creativamente en la vida social y política de su país. La Convención cubre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y reconoce que *no puede disfrutarse de un derecho si se carece de los otros*. Prohíbe la discriminación y abre nuevas brechas al establecer el derecho de la niñez a participar en su propio desarrollo, a expresar sus opiniones y a que éstas se tengan en cuenta en las decisiones que los afecten.

La suscripción y ratificación de la Convención por parte de Nicaragua, le obligó asumir el compromiso de adoptar, gradualmente, el máximo de medidas para incorporar su contenido en las leyes, y en las políticas y programas públicos, que favorezcan la atención y los cuidados que todas las niñas y niños requieren para su pleno desarrollo. La plena vigencia que adquiere la Convención creó una ambigüedad jurídica con relación a las leyes vigentes, tanto en su fundamento ideológico como en su letra, ya que la legislación de naturaleza tutelar, estaba basada en la doctrina de la situación irregular (tuteladora y represiva) a diferencia de los principios jurídicos que la Convención introduce, la doctrina de la protección integral (garantista y con responsabilidad), que constituyen el fundamento axiológico de las legislaciones en esta materia, hasta la actualidad.

La aprobación y aplicación del Código de la Niñez y Adolescencia, armonizado y adecuado a la Convención, representa un presupuesto invaluable en el fortalecimiento del Estado democrático y social de Derecho de Nicaragua, es un auténtico *estatuto de ciudadanía*. El Estado de Derecho es la garantía real de las libertades y de que cada agente social pueda disponer de un horizonte confiable para sus actividades y asegura que la institucionalidad pública se remita a sus áreas

de competencias, sin desbordarse, propiciando que los ciudadanos puedan desplegar sus iniciativas con libertad. En este sentido, el Estado de Derecho, como uno de los principios que con valor superior establece la Constitución Política de Nicaragua dentro de la amplia perspectiva del Estado democrático y social de Derecho, fija un conjunto de preceptos que sujetan a los ciudadanos y a los poderes públicos a la Constitución y a las leyes. Establece y garantiza un sistema de derechos sociales, económicos, políticos y de libertades públicas, bajo la primacía de la dignidad humana. Asume la tarea de transformar la sociedad, buscando corregir, conforme a derecho, las desigualdades de toda índole. En el caso de la niñez y la adolescencia, llevó a cabo un cambio radical de su tratamiento, pasando de un modelo tutelar, sin garantías, en el cual se privaba de libertad a la niña o al niño no solo de su libertad sino de su familia, por razones materiales; a un modelo de protección integral, de garantías y responsabilidad.

#### Notas:

- 1 [www.inej.net](http://www.inej.net)
- 2 Cárdenas Gracia, J. El significado jurídico del neoliberalismo. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 28.
- 3 Harvey, D. Breve historia del Neoliberalismo. (Trad. A.V. Mateos). Madrid: Ediciones Akal. (Original en inglés, 2005)
- 4 Cárdenas Gracia, J. El significado jurídico del neoliberalismo. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 16.
- 5 Cooter, R.D. & Ulen T. Derecho y economía. Trad. De Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica. p. 24
- 6 *Ibidem*.
- 7 Pérez Luño, A, Los derechos fundamentales, Tecnos, 5 edición, Madrid, 1993, p. 19.
- 8 Pérez Luño, A, op. cit., p. 26.
- 9 Birkenmaier, W., "El Estado de derecho la República Federal Alemana", en AA. VV., La noción del Estado de derecho: evolución histórica y elementos, Estado de derecho y democracia, Konrad -Adenauer- Stiftung Buenos Aires, 1997, p. 85.
- 10 Besson, W. y otro, "Elementos del Estado de derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público" en AA. VV. Elementos del Estado de derecho como garante de los derechos humanos y de la democracia, Estado de derecho y democracia, Konrad -Adenauer- Stiftung, Buenos Aires, 1997, p. 125.
- 11 Von Hayek, F. Camino de servidumbre. (Trad. J.V. Doncel). Madrid: Unión Editorial (Original en inglés, 1944), p. 162.
- 12 *Ibidem*, p. 164.
- 13 Cárdenas Gracia, J. El significado jurídico del neoliberalismo. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p.16.
- 14 Gago Priale, H., op. cit., p. 50.
- 15 *Ibidem*.
- 16 *Ibidem*.

## Panamá

**Carlos Enrique Muñoz Pope**

*Catedrático de Derecho Penal*

*Universidad de Panamá.*

### I. INTRODUCCIÓN

La publicación del número 50 de Revista Penal es motivo de orgullo para todos los que hemos colaborado con su director, el prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé, motor de la publicación desde su inicio junto a un variado grupo de colaboradores materiales en España y los amigos que suministramos los trabajos que nutren la publicación constantemente.

En mi caso personal, la amistad que he desarrollado con Juan Carlos Ferré Olive es significativa lo que me permitió recibirlo, unos días, en Panamá hace unos cuantos años. Mi permanente colaboración en Revista Penal desde su número inicial evidencia la importancia de la misma y, sin duda, mi respeto por la publicación.

No puedo dejar de evocar la persona del prof. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, mi querido amigo y compañero en el Departamento de Derecho Penal de mi siempre amada Universidad Complutense, donde coincidimos a partir de 1977, quien me puso en contacto con Ferré Olive para mi vinculación a Revista Penal. Eran otros tiempos, cuando España en plena "transición democrática" iniciaba una andadura ejemplar que nunca he dejado de admirar.

En estos 25 años he abordado los temas señalados, aunque en alguna que otra ocasión no he cumplido con el trabajo solicitado, pues mi escrito no era viable en atención al tema propuesto. Ello no impide que desde la distancia, resalte la constancia y decidido empuje invaluable de Ferré Olivé.

### II. LOS CAMBIOS TRASCENDENTALES PARA DESTACAR EN ESTA OPORTUNIDAD

No es fácil volver a repetir los aspectos más importantes que he destacado en los distintos números de Revista Penal desde el inicio de su publicación en 1997.

Y mucho menos, si parte de la legislación analizada ya fue derogada por la vigencia de un nuevo Código Penal desde mayo de 2008.

Lo importante en esta oportunidad, es resaltar que desde mayo 2008 rige en Panamá un nuevo Código Penal, el Código Penal de 2007. El mismo fue adoptado por medio de la Ley 14 de 21 de mayo de 2007 y rige desde el 21 de mayo de 2008.



En estos 25 años, desde 1997, este es el tema que deseo destacar con sumo fervor, aunque no deba hacer una reseña del Código que nos rige en estos momentos.

Lo que si deseo dejar sentado, es que ese Código de 2007, apegado a la estructura finalista de la teoría del delito, reemplazo el texto punitivo de 1982, que remozó nuestro ordenamiento penal al derogar el viejo Código Penal de 1922, anclado en el viejo texto italiano de Zanardelli de finales del siglo diecinueve.

El Código Penal de 1922, lo he dicho muchas veces, se inspira en Zanardelli pero por medio de un Proyecto presentado en Colombia en 1912, que nunca fue Código en ese país, pero que fue copiado, casi al pie de la letra, por el codificador patrio en 1922 y rigió en Panamá hasta marzo de 1983.

Del Código anticuado de 1922 en 1982 adoptamos un texto inspirado en el Código Penal Tipo para América Latina, de corte neocausalista, y en 2007 adoptamos un texto de corte finalista, que introdujo el error de tipo y error de prohibición, superando el viejo criterio que “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento”.

Las enseñanzas de Muñoz Rubio/Guerra de Villalaz en su **Derecho penal panameño**. Parte General (Panamá, 1976) fueron el sustento dogmático para el texto de 1982 y luego el desarrollo dogmático de sus alumnos nos llevó al texto de 2007, que ya atisba la problemática del “funcionalismo” de Jakobs.

### III. LA PARTE ESPECIAL DEL TEXTO PENAL VIGENTE

En el Código Penal de 2007, vigente desde mayo de 2008, se consagran lo tradicionales delitos previstos en los textos penales de la época en materia de delitos contra la persona, delitos contra la sociedad y delitos contra el ente jurídico estatal.

Por lo que respecta a los delitos contra la persona, se introdujeron en los delitos contra la vida e integridad de la persona, nuevas figuras penales antes desconocidas en nuestro medio.

Es lo que ocurrió, por ejemplo, con la tipificación de delitos relacionados con la reproducción asistida y la manipulación genética, en lo que respecta a la tipificación del Femicidio, no se logró tipificar el delito enfocado la tutela penal de delitos motivados por género.

A propósito de los delitos contra la libertad, se incriminó la desaparición forzada, en atención a exigencias internacionales y la nefasta experiencia vivida al inicio de la Dictadura Militar (1968), donde desaparecieron personas de la que no se tiene noticias todavía.

En materia de delitos contra la libertad e integridad sexual, se incriminaron de forma sistemática y más pre-

cisa numerosos delitos relacionados con la corrupción de menores de edad y numerosas otras conductas de explotación sexual comercial y algunas otras ciertamente afines.

Sobre delitos contra el honor, la incriminación de la “calumnia” e “injuria” se limitó al honor de la persona natural, por lo que cualquier discusión sobre el honor de la “persona jurídica” quedó al margen de la legislación penal desde el inicio de vigencia del Código de 2007.

En materia de delitos contra el orden familiar y el estado civil, se estructuró de forma más actualizada los mismos, ya que se crearon los delitos violencia doméstica, antes de violencia intrafamiliar, maltrato de menores de edad, maltrato al adulto mayor y se tipificó con más precisión el impago de las pensiones alimenticias, tema de enorme significación en nuestro medio, delito muy frecuente entre todas las capas sociales.

Respecto de los tradicionales delitos contra el patrimonio económico, antes contra el patrimonio, se creó el delito contra el patrimonio histórico de la Nación, como forma de evitar la sustracción y venta de bienes arqueológicos que difícilmente se pueden reuperar cuando salen de nuestras fronteras.

En cuanto a los delitos contra el orden económico, antes delitos contra la Economía Nacional, se incriminaron conducta que no han tenido trascendencia real, como los delitos contra la libre competencia y los derechos de los consumidores y usuarios, la retención indebida de cuotas de la seguridad social, insolvencias punibles para sustituir los delitos de quiebra, la competencia desleal, el contrabando y defraudación que es tanto delito como falta administrativa, según el monto del mismo y, más recientemente, la evasión fiscal para complacer al GAFI y otros entes transnacionales que nos amenazan con mantenernos en listas grises y listas negras.

Un bien jurídico novedoso en nuestro Código, es el Título sobre “Seguridad jurídica de los medios electrónicos”, que con un solo capítulo trata en 4 normas los “delitos contra la seguridad informática”. La incriminación penal en este caso, todavía tiene pendiente adecuar lo establecido por el Convenio de Budapest (Ciberdelincuencia) del cual nuestro país es signatario.

El título sobre delitos contra la seguridad colectiva, trajo los delitos de terrorismo y financiamiento del terrorismo, requeridos por las Naciones Unidas después del 11 de septiembre de 2001 y en 2014 se introdujo el delito de “delincuencia organizada”, muy conocido desde hace años en la legislación penal norteamericana.

Este título, también incorporó al Código Penal la regulación de la posesión y tráfico de armas, que ya se habían atisbado someramente en 1995.

En los delitos contra la Administración Pública, llamamos los tradicionales delitos que afecta al patrimonio del Estado. Lo realmente increíble, es que la “corrupción de servidores públicos”, cohecho en España y otros países, se castigue con pena de 2 a 4 años de prisión y de 4 a 8 años de prisión cuando el corrompido sea parte del Órgano Judicial, Ministerio Público u otra autoridad que deba resolver un tema de su competencia. Estos delitos deben tener pena nunca menor de 10 años de prisión, pues es el pan nuestro de cada día en Panamá y todos los casos quedan en la impunidad.

En los últimos dos o tres años, casi el 95% de los casos terminan sin condena, pues la acción penal prescribe o se anulan los procesos por una mala instrucción del Fiscal de la causa.

Como delitos nuevos, este título incorporó el “enriquecimiento injustificado” y el “fraude en actos de contratación pública”. El primero fue incorporado al Proyecto de Código de 1994, pero el Proyecto fue rechazado por un Consejo de Gabinete de esa época, por no estar de acuerdo con el nuevo enriquecimiento ilícito que se quiso introducir como delito en ese momento.

De los restantes títulos del Libro Segundo del Código Penal de 2007, es importante señalar la creación de los “Delitos contra el Ambiente y el Ordenamiento Territorial” y “Delitos contra la Humanidad”.

Entre los primeros, se crearon los delitos contra los recursos naturales, los delitos contra la vida silvestre, los delitos de tramitación, aprobación y cumplimiento urbanístico territorial y delitos contra los animales domésticos. Es realmente insostenible crear delitos para incriminar conductas que, en esencia, son falsedades de documentos públicos o privados y crear delitos contra los animales domésticos. Estos últimos tienen penas de 2 a 4 años de prisión pero las lesiones culposas simples solo tienen pena de 1 a 2 años de prisión y no hay aborto culposo, si el mismo pueda tener relevancia. Además, el hurto simple tiene pena de 1 a 3 años de prisión y la vida de un perro o gato tiene más penalidad, de 2 a 4 años de prisión, comprobando el desconocimiento sistemático al principio de proporcionalidad de pena.

En la incriminación de los delitos contra la humanidad, se han creado delitos como la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. Entre los primeros, hay conductas que lindan con los delitos de explotación sexual comercial, lo que evidencia la falta de técnica legislativa para crear dichos tipos penales.

#### IV. ALGUNAS OTRAS CONSIDERACIONES

Antes de concluir, es necesario poner de manifiesto la vigencia de un nuevo ordenamiento procesal penal, adoptado por medio de la Ley 63 de 2008 y con vigencia paulatina desde 2011 hasta 2016.

La nueva codificación procesal penal introdujo un sistema procesal penal, mal

llamado “sistema penal acusatorio”, de corte acusatorio en reemplazo del viejo proceso penal de corte inquisitivo vigente en el país desde 1917.

El único problema del sistema judicial que hoy nos rige, es que hemos improvisado a los jueces, magistrados y fiscales que se saben de memoria el texto procesal penal pero se han olvidado del Código Penal. No tienen formación para desempeñar el cargo y cometen errores inaceptables por falta de capacitación.

Unos cursos de dos, tres o cuatro semanas no los habilitan para los cargos que desempeñan ni han demostrado en un concurso saber para ocupar el cargo.

Es más, muchos jueces y fiscales han estudiado la carrera de Derecho en 30 meses, en Universidades Privadas que cobran importantes sumas de dinero pero no enseñan nada digno de aprehender. En tres clases sabatinas de ocho horas de clase cada sesión se aprueba una asignatura que imparto en la Universidad de Panamá, en dos semestres y 96 horas de clases.

El sistema está en manos de personas improvisadas que se creen dueñas de la verdad por la magia de su designación. Así no vamos a ningún lado y urge hacer algo. Estamos en la actualidad esperando inicien sesiones tendientes a reformar el Código Penal y Procesal Penal a fin de nuevamente modificar nuestra legislación, entre tantas reformas se pretende tipificar el conocido delito de Grooming en Panamá y otros más tratando de adecuar nuestra legislación a las exigencias modernas.

### Perú

#### Sobre los treinta años del Código Penal Peruano de 1991 y sus reformas

**Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

*Catedrático de Derecho Penal*

*Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República*

#### Introducción

El Código Penal peruano de 1991 cumplió ya treinta años de vigencia<sup>1</sup>. Una coyuntura de turbulencia po-

lítica y de emergencia sanitaria por la presencia de la pandemia del Covid-19 oscurecieron tan significativa efeméride. Sin embargo, la grata circunstancia del vigésimo quinto aniversario de nuestra Revista Penal nos da la oportunidad de hacer una breve remembranza de las diferentes transformaciones ideológicas, político criminales y dogmáticas que han experimentado sus libros, títulos, capítulos y artículos a lo largo de aquel periodo. Aunque a través de ellas sólo podemos corroborar, parafraseando a MANUEL ABASTOS, que parece compartir el mismo destino del de su antecesor de 1924, cual fue “envejecer sin haber sido aplicado” ni estudiado de modo integral y suficiente<sup>2</sup>.

Comencemos destacando que la gran mayoría de las modificaciones e innovaciones normativas ocurridas en esas tres décadas compartieron siempre rasgos muy similares como altas cuotas de recepción acrítica de fuentes legales extranjeras; un inconsecuente oportunismo de los actores políticos; ausencia premeditada de respaldo criminológico; falta continua de transparencia sobre objetivos político-criminales; y graves deficiencias de técnica legislativa. Lamentablemente estas características y malas prácticas tuvieron el efecto psicosocial negativo de ir desgastando la confianza de los colectivos nacionales en la utilidad real de esta clase de enmiendas legales y que han llevado a internalizar en la conciencia ciudadana la frustrada percepción de que “mientras más cambio hay más se sigue igual”<sup>3</sup>.

## I. EL CONTEXTO IDEOLÓGICO Y DOGMÁTICO DE LA REFORMA

El Código Penal de 1991 fue tributario del modelo político criminal minimalista y garantista que promoviera con especial énfasis FERRAJOLI a inicios de los años ochenta del siglo pasado<sup>4</sup>. Asimismo, este cuerpo normativo recibió la intensa influencia del apogeo ideológico que hizo sentir en América Latina la Criminología Crítica, especialmente desde la vertiente italiana que lideró BARATTA<sup>5</sup>. Por otro lado, la construcción de su articulado participó también de la búsqueda de una dogmática penal abierta, más realista y menos abstracta, como la que impulsaron desde mediados de los años setenta notables juristas alemanes e iberoamericanos como ROXIN<sup>6</sup>, GIMBERNAT<sup>7</sup> o BUSTOS RAMIREZ<sup>8</sup>. Cabe destacar que durante todo el proceso de reforma los innovadores y controvertidos planteamientos funcionalistas de JAKOBS recién comenzaban a difundirse y discutirse en el entorno europeo por lo que su proyección sobre la elaboración del nuevo código penal peruano fue manifiestamente nula<sup>9</sup>.

En el plano de los procesos de criminalización, neo-criminalización y descriminalización que se demandaban y concretaban con mayor insistencia por aquel entonces, la gran novedad lo constituían los delitos contra la competencia, los derechos de los consumidores y contra el medio ambiente. Los cuales, además, adquirieron mayor notoriedad y difusión entre las corrientes reformistas, debido a los avances producidos en la construcción de las bases teóricas de un Derecho Penal Económico que comenzaba a perfilarse como una disciplina de dogmática especializada y en gran medida autónoma, gracias a los sólidos aportes formulados por TIEDEMANN<sup>10</sup>. Paralelamente, los cambios suscitados en la política criminal internacional contra la criminalidad organizada comenzaban a promover prácticas universalizadas de armonización legislativa, destacando los efectos de las estrategias diseñadas por la Convención de Viena de 1988 que exigían la criminalización de nuevos delitos de tráfico ilícito de insumos químicos o precursores y del lavado de dinero<sup>11</sup>. Similar requerimiento surgía de las duras experiencias de los procesos de justicia transicional que ocurrieron en varios países latinoamericanos y africanos, lo que dio un nuevo espacio a la punibilidad de prácticas estatales sistemáticas de violación de los derechos humanos y que fueron denunciadas desde diferentes instrumentos internacionales sobre tortura, desaparición forzada de personas o ejecuciones extrajudiciales<sup>12</sup>.

Sin embargo, las posiciones descriminalizadoras fueron muy limitadas en ese periodo focalizándose esencialmente en lo atinente a la ampliación de los supuestos de aborto legal y a la búsqueda de posibles consensos para cuando menos despenalizar los actos de eutanasia o muerte asistida. En este dominio, por ejemplo, la aceptación y regulación de modelos de indicaciones o plazos fue el centro de las discusiones que se entrecruzaron en medio de los procesos de reforma que acontecieron desde la promulgación del Código Penal alemán de 1975<sup>13</sup>.

Como una síntesis de todos esos acontecimientos, tendencias y modelos a que hemos hecho referencia, el Código Penal de 1991 se fue bosquejando como un mosaico no siempre compatible y congruente de fuentes y decisiones legislativas que alumbraron, finalmente, un texto muy heterogéneo, con significativas cuotas de modernización político criminal pero que se opacaban transversalmente con otras no menos relevantes de marcado conservadurismo. Esta contradicción, por ejemplo, se hizo evidente en la progresista punibilidad otorgada a la violación dentro del matrimonio y la incoherente exclusión de los efectos de atenuación para

la práctica de un aborto por indicación ética cuando el embarazo fuera, precisamente, consecuencia de una violación dentro del matrimonio. También reveló una actitud voluble e indecisa la regulación adoptada frente al tratamiento penal del delito de aborto que no solo mantuvo un modelo prohibicionista, sino que incorporó una rara y ambigua fórmula legal de aborto atenuado por indicaciones<sup>14</sup>. Lo mismo ocurrió al mantenerse como causal de extinción de la acción penal el matrimonio subsiguiente de victimario con la víctima en los delitos contra la libertad sexual<sup>15</sup>. E igual actitud dubitativa se detectó en el tratamiento dado a la posesión de drogas para el propio consumo personal. En efecto, pese a su notoria atipicidad el legislador le reguló una confusa exención de pena condicionada al escaso volumen de la droga poseída<sup>16</sup>.

Los principales cambios e innovaciones ocurrieron en la Parte General siendo los más importantes los siguientes:

- La inclusión de un título preliminar compuesto por los más consolidados principios reguladores del control penal (principios de legalidad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, etc.) y que contaba también con una norma declarativa destacando que la pena debería cumplir una función esencialmente preventiva<sup>17</sup>.
- Se regularon expresamente los presupuestos y efectos de la omisión impropia<sup>18</sup>.
- Adición de una discutible modalidad de error de prohibición culturalmente condicionado<sup>19</sup>.
- Plena renovación del sistema de penas<sup>20</sup>. No obstante se consignaron límites genéricos de duración de la pena privativa de libertad cuestionables (entre dos días a veinticinco años)<sup>21</sup>.
- Incorporación de un nutrido catálogo de medidas alternativas a la pena privativa de la libertad de corta duración<sup>22</sup>.
- Exclusión de toda modalidad de circunstancia agravante cualificada basada en la reincidencia y la habitualidad<sup>23</sup>.
- Reducción sensible de las clases de medidas de seguridad<sup>24</sup>.
- Visionaria adopción de consecuencias accesorias como una opción sancionadora de la criminalidad de las personas jurídicas<sup>25</sup>.
- Ausencia de cambios esenciales en las normas sobre determinación judicial de la pena.
- Ratificación de un trato privilegiado en los plazos de prescripción para personas con imputabilidad disminuida por contar con más de 18 y menos de 21 años de edad. A este mismo efecto se sometió

a los adultos mayores de 65 años de edad. Cabe señalar que por igual razón etaria se les concedió una disminución de punibilidad<sup>26</sup>.

- Carencia de innovaciones en las reglas y efectos de la reparación civil.

Ahora bien, en lo que corresponde a la Parte Especial las reformas fueron más puntuales como la incorporación del homicidio por piedad<sup>27</sup> o el hurto de uso<sup>28</sup>, aunque también se incluyó un desapercibido delito de integración en agrupaciones criminales<sup>29</sup>. Sin embargo, la gran innovación fue la incorporación de una nutrida morfología de delitos económicos como los delitos de prácticas restrictivas de la competencia, contra los derechos de los consumidores, delitos contra el orden financiero y delitos contra el medio ambiente<sup>30</sup>. Con relación a las clases y umbrales de las penas conminadas se mantuvo en la Parte Especial el predominio de las penas privativas de la libertad aunque con un umbral máximo de 25 años pero que no fue establecido expresamente para ningún delito, quedando regulado solamente de manera implícita para los homicidios calificados de parricidio y asesinato<sup>31</sup>. Lamentablemente se hizo poco uso de las nuevas penas limitativas de derechos de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, cuya conminación como pena única fue mayormente rechazada colocándose casi siempre como penas conjuntas o alternativas<sup>32</sup>. Por último, se Integraron al articulado y títulos de la Parte Especial varios delitos que se encontraban tipificados y reprimidos en leyes penales especiales y complementarias como los delitos de omisión de asistencia familiar, delitos de defraudación tributaria, delitos de contrabando y defraudación de rentas de aduana, delitos de tráfico ilícito de drogas y terrorismo<sup>33</sup>.

## II. LAS CONTRARREFORMAS Y LOS GIROS PUNITIVOS

No cabe duda de que la promulgación del Código Penal de 1991 fue un hito de especial significado para el progreso y evolución de la dogmática y de la política criminal nacionales. Sin embargo, careció en lo absoluto de bases criminológicas que lo aproximaran de manera prospectiva y previsor a las características particulares que iba adquiriendo el problema criminal y su tratamiento punitivo desde las postrimerías del siglo XX<sup>34</sup>. Esto determinó que sus principales cambios y vocación minimalista no lograran enraizarse e internalizarse con convicción en la aguda pero usualmente demagógica visión de nuestra clase política, así como en la sensitiva percepción de los sectores sociales



a los que una inflación galopante, el sensacionalismo de los medios de comunicación y la presencia activa del terrorismo subversivo comenzaban a saturar de cotidianos mensajes de crisis e inseguridad<sup>35</sup>. Además, el repentino autogolpe civil de 1992, perpetrado por quien fungía como Presidente Constitucional<sup>36</sup>, debilitaron en muy corto tiempo la filosofía del nuevo Código Penal y la fueron transformando en una avasalladora corriente punitivista que no se detuvo con el retorno a la democracia ni con la puesta en vigencia de la Constitución de 1993<sup>37</sup>. Todo lo contrario, lo que ha acontecido en torno al Código Penal de 1991 desde aquel entonces hasta la actualidad, ha sido marcado por un intermitente proceso de contrarreformas e innovaciones imbuidas de una misma ideología y estrategia común, basada en la recurrente adaptación inescrupulosa y manipulable de los modelos radicales, excluyentes y rigoristas que caracterizan a esa política criminal securitaria que ha logrado imponerse en el mundo globalizado del tercer milenio<sup>38</sup>.

Como muestra de las más importantes contrarreformas se pueden mencionar, entre otras<sup>39</sup>, las siguientes:

- Modificación del umbral máximo genérico de la pena privativa de libertad a 35 años<sup>40</sup>.
- Incorporación de la pena privativa de la libertad indeterminada de cadena perpetua<sup>41</sup>.
- Aumento del máximo legal de duración de la pena de inhabilitación principal hasta 20 años<sup>42</sup>.
- Regulación de la pena de inhabilitación perpetua para determinados delitos contra la administración pública y el lavado de activos<sup>43</sup>.
- Modificación de la regulación e incremento de los efectos de las reglas sobre concurso ideal y real de delitos<sup>44</sup>.
- Reformulación inadecuada del delito continuado e introducción de un agravante para el caso de delito masa<sup>45</sup>.
- Reincorporación de las agravantes cualificadas por reincidencia y habitualidad<sup>46</sup>.
- Inclusión de inéditas circunstancias agravantes cualificadas. Se consideraron como tales el abuso de la condición funcional del agente, el empleo de menores de edad en la ejecución del delito y el abuso de la condición de parentesco del agente con la víctima en la comisión del delito<sup>47</sup>.
- Exclusión de los efectos de disminución de punibilidad cuando sus autores o partícipes tuvieran de 18 a menos de 21 años o sean mayores de 65 años, para determinados delitos considerados grave<sup>48</sup>.

- Duplicación de los plazos de prescripción de la acción penal para determinados delitos contra la administración pública<sup>49</sup>.
- Declaración de la imprescriptibilidad de la acción penal para un grupo de delitos contra la libertad y contra la libertad sexual<sup>50</sup>.
- Modificación de los umbrales de las penas privativas de la libertad para delitos vinculados con la inseguridad ciudadana como el secuestro, la violación presunta, el robo y la extorsión. En algunos de estos casos se incorporaron o ampliaron circunstancias agravantes específicas consignándose también como pena conminada la de cadena perpetua<sup>51</sup>.
- Sucesivas reformulaciones de los tipos penales sobre delitos contra la administración pública relativos a prácticas de corrupción. Estos cambios incluyeron también incrementos de las penas conminadas y la adición de penas de multa. También se introdujeron delitos de cohecho internacional y de corrupción entre privados. Estos últimos cambios fueron consecuencia de la presión internacional ejercida desde organismos multinacionales como el MESICIC y la OCDE, así como de la búsqueda de adaptación a exigencias bilaterales derivadas de convenios de libre comercio como el suscrito con los Estados Unidos<sup>52</sup>.
- Se excluyó la aplicación de medidas alternativas de suspensión de la ejecución de la pena a un conjunto de delitos de corrupción<sup>53</sup>.
- La incorporación de nuevos delitos violentos como el feminicidio, el sicariato, o lesiones y agresiones contra la mujer y los integrantes del entorno familiar<sup>54</sup>.
- Adición de nuevos títulos y capítulos en la Parte Especial para incluir delitos no contemplados en su texto original como los delitos de abigeato, delitos contra la humanidad, delitos informáticos y delitos contra la dignidad humana. Entre estos bloques delictivos se encontraban modalidades de abuso de poder tecnológico como los delitos de manipulación genética y de tráfico ilegal de datos<sup>55</sup>.
- Con posterioridad a la puesta en vigencia del Código Penal también se extrajeron de él varios delitos para ser regulados en leyes penales especiales y complementarias. Ese fue el caso del delito de terrorismo y de los delitos tributarios<sup>56</sup>. Lo mismo se produjo tiempo después con el delito de lavado de activos, el cual si bien se agregó a la Parte Especial en noviembre de 1991 tuvo una corta permanencia

como hecho punible periférico al delito de tráfico ilícito de drogas<sup>57</sup>.

- Regulación paulatina de varios delitos de criminalidad organizada como los de minería ilegal, tráfico de migrantes, financiamiento prohibido de organizaciones políticas y banda criminal<sup>58</sup>. También fueron incluidas algunas modalidades de criminalización adelantada de actos preparatorios como la conspiración criminal para el tráfico ilícito de drogas<sup>59</sup>.
- Tipificación y sanción de nuevos delitos contra la vida intrauterina y libertad entre los que destacan los delitos de lesiones al feto, acoso, acoso sexual y chantaje sexual<sup>60</sup>.
- Introducción de una amplia gama de delitos de discutible especialidad o necesidad político criminal como el caso de los delitos de ensamblado, comercialización y utilización en el servicio de transporte público de ómnibus sobre chasis adulterado, cohecho en el ejercicio de la función policial o de falsedad en la expedición de títulos profesionales, grados académicos, certificados de estudios, constancias y afines<sup>61</sup>. Esta clase de criminalizaciones fueron extendiendo desmesuradamente la Parte Especial.
- Configuración imperfecta e incoherente de disposiciones procesales y de remisión a otros sistemas normativos especializados generando con ello confusión e incompatibilidad de normas. Esta desacertada técnica legislativa se aprecia con nitidez en el artículo 184-A que introdujo la Ley 30963, que alude, por un lado, a una confusa pena de inhabilitación que no precisa incapacidades ni extensión y, por otro lado, a medidas de suspensión o extinción de la patria potestad previstas en el Código de Niños y Adolescentes.

El Libro Tercero sobre Faltas también fue alcanzado por la orientación punitivista que asumió el Código Penal. Las contrarreformas que ocurrieron es su articulado se manifestaron especialmente a través de circunstancias agravantes que derivaron de las nuevas estrategias represivas aplicadas contra la inseguridad ciudadana y la violencia de género e intrafamiliar. Tales decisiones afectaron a las faltas contra la salud individual y contra el patrimonio<sup>62</sup>. Con esa misma orientación rigorista se adicionaron reglas especiales sobre el concurso real, la reincidencia y la habitualidad en faltas. Estas últimas innovaciones fueron, asistemáticamente, ubicadas en el Libro Primero<sup>63</sup>.

En lo que atañe a reformas de carácter despenalizador y descriminalizador su implementación normativa

fue muy escasa durante las tres décadas de vigencia del Código de 1991. Lo que hizo más patente la orientación sobrecriminalizadora de sus cambios normativos. A modo de ejemplos de esta desigual tendencia se pueden mencionar los siguientes sucesos:

- Incorporación de la pena sustitutiva de vigilancia electrónica personal, cuya puesta en operatividad ha evidenciado sensibles deficiencias que han afectado su utilidad<sup>64</sup>.
- Regulación de medidas de excarcelación anticipada como la conversión de penas en ejecución<sup>65</sup> y la remisión condicional de la pena. Esta última fue parte de los paliativos legales de prevención del Covid-19 en las cárceles, sin embargo, su rara configuración legal ha afectado notablemente su utilidad práctica<sup>66</sup>.
- Despenalización de los delitos de abuso de poder económico y contra los derechos de los consumidores<sup>67</sup>.
- Descriminalización del delito de desacato<sup>68</sup>.
- Integración de reglas de reducción por bonificación procesal basadas en actos de colaboración eficaz para los delitos contra el sistema crediticio y delitos ambientales<sup>69</sup>.

En este mismo escenario se ha hecho sentir también la falta de decisiones compensatorias de atenuación punitiva frente a la reiterada incorporación y ampliación de los catálogos de circunstancias agravantes específicas. En efecto salvo el caso del delito de abigeato el legislador ha sido muy renuente a incluir o mantener circunstancias atenuantes atenuantes específicas en la Parte Especial<sup>70</sup>. No obstante, se consideró pertinente regular una modalidad especial y privilegiada de colusión<sup>71</sup>.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN ¿HABRÁ UN FUTURO DIFERENTE?

Si bien el objetivo de estos breves apuntes no fue agotar las reformas sobrevenidas a la puesta en vigencia del Código Penal de 1991, el recuento rápido que hemos realizado permite advertir lo esencial de sus avances y retrocesos. Asimismo, hacer un pronóstico prospectivo sobre su futuro inmediato, especialmente en el marco de un contexto social e histórico particular como el que corresponde al bicentenario de vida independiente y republicana que también ha cumplido el Per<sup>72</sup>.

Repensando, pues, las características actuales del Código Penal de 1991 así como su estructura original, evolución y transformaciones, es razonable concluir

con melancolía que su tiempo pasado fue mejor. Sobre todo, porque habiéndose construido sobre bases ideológicas y políticas de sincera convicción humanista y minimalista, sus instituciones, delitos y penas pasaron repentinamente a convertirse en un activo instrumento de exclusión social y de reforzado rigorismo punitivo. Esto es, en muy poco tiempo el Código Penal peruano fue alcanzado y se hizo parte de un cuestionado modelo políticocriminal donde, como denunció oportunamente HASSEMER, “el delincuente se convierte tendencialmente en enemigo, y el derecho penal, en derecho penal del enemigo”<sup>73</sup>.

Sin embargo, lo más sensible de este cambio radical ocurrido en las coordenadas legislativas y de política criminal del Código Penal de 1991 lo constituye su evidente conexión con sucesos políticos, filosóficos, sociológicos y económicos que identifican al siglo XXI como la era de la globalización, del neoliberalismo, de la seguridad hemisférica, de la tecnología de punta, de la criminalidad organizada transnacional y de la pandemia del Covid-19<sup>74</sup>. Efectivamente, gran parte de la atrofia y descontrol que actualmente identifican a este sistema punitivo fundamental encuentran también explicación si se les interpreta como consecuencia o repercusión de una complejidad de acontecimientos e influencias relacionados con la insurgencia de nuevos modelos económicos e intereses sociales, así como con la aparición de otras formas de convivencia urbana y de liderazgo estatal, a los cuales SIMON consideró parte de lo que denominó “gobernar a través del delito”<sup>75</sup>.

No es, por tanto, del todo sorprendente que el Código Penal de 1991 hoy esté desbordado de criminalizaciones poco comprensibles e injustificadas, así como que la penalidad conminada de su Parte Especial haya ordinario la cadena perpetua y las penas privativas de libertad temporales de larga duración. O que ahora existan delitos imprescriptibles y que las otrora importantes medidas alternativas a la prisión hoy constituyan un incómodo lastre para la persistente vocación carcelaria del legislador y de los grupos sociales angustiados por la inseguridad ciudadana. Lamentablemente, frente a esa realidad y estado de cosas resulta poco menos que utópico aspirar a que en un futuro de corto o mediano plazo ese Código Penal que hemos examinado vuelva a retomar su senda originaria de pretendido equilibrio, tolerancia y racionalidad. Basta con revisar los proyectos de reforma difundidos en la última década para percatarse de que ello no será posible<sup>76</sup>. Es, pues, poco probable un futuro inmediato diferente.

## Notas:

- 1 El Código Penal fue promulgado por Decreto Legislativo 635 del 3 de abril de 1991.
- 2 Abastos, MG. El delincuente en el Código Maurtua. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas* Año II.Núm.1. Lima. 1937, p. 8.
- 3 Szabo, D. Análisis de sistemas o examen de criterios de evaluación. *Capítulo Criminológico* N° 2-1974, p.56.
- 4 Ferrajoli. El derecho penal mínimo. *Poder y Control* N° 0. 1986, pp. 24-47.
- 5 Cfr. Baratta, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Siglo XXI Editores.México.1986; Martínez Mauricio, S. *¿Qué pasa en la Criminología Moderna?* Temis.Bogotá.1990.
- 6 Cfr. Roxin, C. (1972). *Política criminal y sistema penal*. Bosch. Barcelona. 1972.
- 7 Cfr. Gimbernat Ordeig, E. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal? *Estudios de Derecho Penal*. Segunda edición ampliada. Editorial Civitas, S.A. Madrid.1981, pp.105-130.
- 8 Cfr. Bustos Ramírez, J. (1982). *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Temis.Bogotá.1982.
- 9 Cfr. Jakobs, G. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas. Madrid. 1995.; Muñoz Conde, F. *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Jerez. Jerez. 1985, pp.19-28.
- 10 Cfr. Tiedemann, K. *Poder Económico y Delito*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. 1985.
- 11 Cfr. Prado Saldarriaga, VR. La Convención de Viena sobre represión del narcotráfico. Su desarrollo y su futuro. *Revista Jurídica del Ministerio Público*. 1992, pp.65-73
- 12 Sobre la experiencia peruana véase: Comisión de entrega de la Comisión de la verdad y la reconciliación. *Hatun Willakuy. Versión abreviada del informe final de la Comisión de la verdad y reconciliación Perú*. Corporación Gráfica Navarrete S.A. Lima.2004, pp.44-60; Asociación pro derechos humanos. Cuartel Los Cabitos: lugar de horror y muerte. APRODEH. Lima. 2014. pp.83-101.
- 13 Cfr. Laurenzo Copello, P. El aborto no punible. Bosh. Casa editorial, S.A. Barcelona. 1990.
- 14 Cfr. Hurtado Pozo, J. *El sistema de control penal*. Instituto Pacífico. Lima.2016, pp.437-438.
- 15 Así se estableció en el inciso 3 del texto original del artículo 78°. Esta causal fue suprimida posteriormente mediante la Ley 26993 de noviembre de 1998.
- 16 Cfr. Texto original del artículo 299°. Cfr. Prado Saldarriaga, VR. *Comentarios al Código Penal de 1991*. Editorial Alternativas. Lima.1993, pp.146-147.
- 17 Prado Saldarriaga, VR. *Comentarios al Código Penal de 1991*. Ob. Cit., pp.25-39.
- 18 Se dedicó a este propósito el artículo 13° que fue luego reformulado por la Ley 26682 promulgada el 8 de noviembre de 1996.
- 19 El artículo 15° abordó la problemática de la interculturalidad penal optando por una fórmula poco afortunada y que en realidad respondía a una controvertida modalidad de inimputabilidad por razones culturales y que Hurtado Pozo cuestionó como una distorsión de la recepción legislativa de su fuente extranjera. No obstante, para otros juristas nacionales se trataba siempre de una modalidad especial de exculpación por error de prohibición.

Cfr. Hurtado Pozo, J -Prado Saldarriaga., V. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 4ª Edición. Tomo I. IDEMSA. Lima. 2011, p. 608 y ss.; Armaza Galdós, J-Armaza, E.J. La determinación culturalmente condicionada. En Pariona Arana, R (Director). *20 años de vigencia del Código Penal peruano*. Editora Jurídica Grijley. Lima. 2012, pp.169-179.

20 Al respecto véase: Prado Saldarriaga, VR. *Todo sobre el Código Penal*. Tomo I. IDEMSA. Lima.1996. pp.58-95.

21 El Proyecto de abril de 1986 ya había consignado en su artículo 50º un mínimo de seis meses y un máximo de veinticinco años para la pena privativa de libertad.

22 En relación a este importante cambio ver Prado Saldarriaga, VR. *Todo sobre el Código Penal. Tomo I*. Ob. Cit. pp.116-140.

23 En la Exposición de motivos se justificó tal decisión del modo siguiente. "La experiencia ha demostrado que la drásticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social"

24 Sólo se incluyeron dos modalidades; internación y tratamiento ambulatorio. Sobre las características de estas medidas y sus desarrollos actuales véase: Prado Saldarriaga, VR. Las medidas de seguridad. Aspectos penales y procesales. *Código Penal*. 10ª Edición. APECC. Lima. 2021, pp. 39-49.

25 El legislador en la Exposición de motivos destacó con entusiasmo tal inclusión: "Resaltan, por su importancia y novedad, las distintas medidas aplicables a las personas jurídicas cuando el delito fuera perpetrado por personas naturales que actúen en ejercicio de las actividades sociales o utilizando la organización para favorecer u ocultar las infracciones penales. Entre las medidas enumeradas en el proyecto destacamos las siguientes: clausura de la empresa, disolución de la sociedad, asociación o fundación, y suspensión o prohibición de actividades (artículo 105)". Sin embargo, en aquella ocasión no reparó en la falta de reglas de determinación judicial y que impidieron la adecuada aplicación de estas sanciones hasta la puesta en vigencia del actual artículo 105º-A que introdujo la Ley 30077 promulgada recién en 2013. Una síntesis sobre sus características y evolución ver: Zúñiga Rodríguez, L. *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Instituto Pacífico. Lima. 2020, pp.222-228.

26 Por ejemplo, el artículo 81º precisó que para tales niveles etarios los plazos de prescripción de la acción penal se reducirían a la mitad.

27 Esta modalidad de homicidio derivado privilegiado quedó regulada con una ambigua fórmula legal en el artículo 112º.

28 Esta modalidad especial del delito de hurto fue regulada en el artículo 187º. Sin embargo, pese a su notable novedad la Exposición de motivos no se refirió a ella en ninguno de sus pasajes.

29 Se tipificó este delito en el artículo 317º con una fórmula legal muy adelantada para su época y que dejó de lado las anacrónicas modalidades de asociación ilícita.

30 Estos delitos fueron incorporados en los artículos 232º y 238º. Si se cuestionó que los delitos ambientales hubieran sido incorporados bajo la equivocada denominación de "Delitos contra la ecología" en el Título XIII del Libro Segundo.

31 Esta actitud del legislador fue bien recibida por la doctrina nacional y extranjera. Ya desde el proyecto de abril de 1986 se había considerado prudente esta actitud del legislador. En ese sentido Zaffaroni, RE. La Parte General del Proyecto de Código Penal. En *Círculo Cultural Javier Pérez de Cuellar UNMSM. Política Criminal*. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal. Ediciones Jurídicas. Lima. 1986, p.46.

32 Este tipo de penas sí fue considerada ampliamente en el Libro Tercero dedicado a las faltas.

33 Estos delitos se encontraban tipificados y sancionados en la Ley 13906, el Código Tributario, Ley 24939 y Decreto Legislativo 122. Cabe destacar que el delito de terrorismo que estuvo inicialmente regulado en el Decreto Legislativo 046 ya había sido incorporado al Código penal de 1924 con la Ley 24651.

34 Al respecto véase: Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. IDEMSA. Lima. 2016, pp.27-43.

35 Godoy, JA. *El último dictador. Vida y gobierno de Alberto Fujimori*. Penguin Random House Grupo Editorial. Lima.2021. pp.37-59.

36 *Idem.*, pp.69-78.

37 Sobre esta etapa de nuestra historia reciente y su repercusión en el derecho penal ver: Prado Saldarriaga, VR. *Comentarios al Código Penal de 1991*. Ob. Cit., pp.163-183.

38 Sobre este proceso y su situación actual véase: Donini, M. La seguridad como horizonte totalizante del derecho penal. En Chirinos, AG- Martínez Huamán, RE. *Estudios de Derecho Penal y Política criminal. Actuales tendencias. Tomo I*. Gaceta Jurídica. Lima.2015, pp.57-78; Prado Saldarriaga VR-Prado Manrique BV. *Políticas Públicas y criminalidad. Una Introducción a la Política Criminal*. Ob. Cit. pp.195-202.

39 Urquiza Olaechea, J. "La reciente política legislativa penal en Perú", en José Luis Díez Ripollés, Octavio García Pérez (eds.) *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo: una perspectiva comparada (2000-2006)*, Edisofer-Editorial B d F, Madrid, 2008.

40 La primera ampliación de la extensión de la pena privativa de libertad la introdujo el Decreto Ley 25475 en 1992, para reprimir el delito de terrorismo. Con posterioridad y luego de una prolongada derogación del artículo 29º del Código Penal, este fue reincorporado el año 2007 con el Decreto Legislativo 986 que consignó el límite máximo de la pena privativa de libertad en 35 años.

41 También el Decreto Ley 25475 incorporó por primera vez la pena de cadena perpetua para reprimir formas agravadas del delito de terrorismo. Luego este tipo de penalidad indeterminada se ha extendido para varios delitos como el secuestro, el robo con agravantes, la violación sexual de menores y modalidades agravadas de feminicidio y sicariato.

42 Esta ampliación ocurrió con el Decreto Legislativo 1243 para delitos funcionariales.

43 Fue introducida también con el Decreto Legislativo 1243 para delitos funcionariales y luego fue extendida por el Decreto Legislativo 1367 para los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos y financiación del terrorismo. Al respecto véase: Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Ideas Solución Editorial. Lima. 2018. pp. 83-85.

44 La reforma fue generada en mayo de 2006 con la Leyes 28726 y 28730. Sobre la actual regulación de las reglas concursas-



les y sus efectos punitivos ver: Víctor Roberto Prado Saldarriaga. *Determinación de la pena y Acuerdos Plenarios*. IDEMSA. Lima. 2010, pp.161-169.

45 Se generó esta modificación en 1996 ante los fraudes colectivos atribuidos a sistemas irregulares de ahorro público como los ocurridos con CLAE y se formalizó a través de la Ley 26683.

46 Su reincorporación tuvo lugar a través de la Ley 29604 de octubre de 2010 que anexo los artículos 46°-A y 46°-B. Estas disposiciones han sido luego objeto de sucesivas modificaciones la más reciente ocurrió con la Ley 30838 del 3 de agosto de 2018.

47 Se fueron introduciendo en diferentes momentos y actualmente se encuentran configuradas en los artículos 46°-A, 46°-D y 46°-E.

48 Estas exclusiones se incorporaron en el artículo 22° con la Ley 27024 del 23 de diciembre de 1998 y ha sido luego objeto de sucesivas modificaciones.

49 Para estos efectos se modificó el artículo 80° mediante la Ley 26314 del 28 de mayo de 1994 que luego ha sido objeto de ampliaciones por la Ley 30077 en el 2013.

50 Esta sorpresiva decisión legal ocurrió con la Ley 30838 del 3 de agosto de 2018 que incorporó el artículo 88°-A

51 Por ejemplo, la Ley 26630 incluyó en el artículo 189° la pena de cadena perpetua por primera vez para los delitos de robo con agravantes de tercer grado o nivel. Más recientemente se amplió con la Ley 30838 la aplicación de la pena de cadena perpetua para toda violación en agravio de menores de 14 años de edad.

52 Estos delitos fueron adicionados con las Leyes 29316, 29703 y con el Decreto Legislativo 1385. Ellos están contenidos en los artículos 241°-A, 241°-B, 393°-A y 397°-A.

53 Se formularon estas restricciones a través de la Ley 30304 del 28 de febrero de 2015 que modificó el artículo 57° del Código Penal. Posteriormente, el Decreto Legislativo 1351 y la Ley 30710 ampliaron el catálogo de delitos excluidos incluyendo también modalidades de lesiones y agresiones contra las mujeres e integrantes del grupo familiar.

54 Estos delitos han quedado tipificados en los artículos 108°-B, 108°-C, 108°-D, 121°-B y 122°-B. Una característica común a todas estas disposiciones penales es que siempre estuvieron cargadas con amplios catálogos de circunstancias agravantes específicas que incluyeron penas privativas de libertad de larga duración y también la de cadena perpetua.

55 Cfr. Arts. 129°-A a 129°-P; 189°-A a 189°-C; 207°-A a 207°-D y 319° a 324°

56 Fueron suprimidos del código Penal por el Decreto Ley 25475 en mayo de 1992 y por la Ley 26714 en junio de 1995, respectivamente.

57 Sobre la breve incursión y características del delito de lavado de dinero en ese periodo ver. Prado Saldarriaga, VR. *Todo sobre el Código Penal*. Tomo I. Ob.Cit.pp.205 a 231.

58 En relación con la criminalización de estos delitos véase: Prado Saldarriaga, VR. *Los delitos del Crimen organizado. Aspectos criminológicos, política criminal y control penal*. Gaceta Jurídica. Lima. 2021.

59 Este delito fue incluido en el párrafo cuarto del artículo 296° del a través del Decreto Legislativo 982 del 21 de julio de 2007.

60 Estos delitos están tipificados en los artículos 124° A, 151° A, 176°-B y 176°-C y fueron incorporados por las Ley 27716 de mayo de 2002 y el Decreto Legislativo 1410 de setiembre de 2018.

61 Cfr. Artículos 279°-E, 398°-A y 398°-A

62 Ese fue el caso de las modificaciones que ocurrieron en el inciso 3 y 7 del artículo 440° y en el artículo 442°.

63 El concurso real de faltas se reguló el 2009 con el artículo 50°-A a través de la Ley 29047 que fue reformulado luego por una fe de erratas. La agravante cualificada de reincidencia también se agregó con la ley 29407 en el artículo 46°-B. En cambio, la agravante cualificada por habitualidad en faltas se incorporó posteriormente en el 2013 con la Ley 30076 que la adicionó al artículo 46°-B.

64 Se incorporó esta pena en el artículo 29° A través de la Ley 29499 en enero de 2010. Posteriormente dicho artículo fue modificado por el Decreto Legislativo 1514 en junio de 2020, como parte de las estrategias de prevención de Covid-19 en los centros penales nacionales.

65 Se le ha regulado en el artículo 52°-A que añadió el Decreto Legislativo 1300 en diciembre de 2016.

66 Cfr. Capítulo III del Decreto Legislativo 1513 del 4 de junio de 2020.

67 El delito de abuso de poder económico fue inicialmente criminalizado en el artículo 232°. Luego fue suprimido por el Decreto Legislativo 1034 del 24 de junio de 2008 y finalmente reincorporado en agosto de 2020 mediante la Ley 31040. Por su parte el otrora delito de publicidad engañosa estuvo criminalizado por el artículo 238° pero fue luego convertido en infracción administrativa con el Decreto Legislativo 1044 del 25 de junio de 2008.

68 Ese delito fue suprimido por la Ley 27975 del 29 de mayo de 2003 que derogó el artículo 374°.

69 Cfr. Artículos 212° y 314°-D.

70 Este delito fue integrado al Código Penal mediante la Ley 26326 del 2 de junio de 1994, consignando en el tercer párrafo del artículo 189°-C sobre robo de ganado lo siguiente: "Si la violencia o amenaza fuesen insignificantes la pena será disminuida en un tercio". La misma circunstancia atenuante se había añadido con anterioridad, a través de la Ley 26319 del 27 de mayo de 1994, para el delito de robo en el segundo párrafo del artículo 189° , pero fue luego suprimida.

71 Cfr. Primer párrafo del texto vigente del artículo 384°.

72 Sobre aspectos relevantes de este contexto histórico ver: Espinosa-Saldaña Barrera, E(Director). *Retos del Bicentenario*. Asociación Civil derecho y Sociedad-ZELA Grupo Editorial E.I.R.L. Lima.2021.

73 Hassemer, W. *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. AD-HOC. Buenos Aires. 1995, p. 52.

74 Cfr. Bauman, Z. *La globalización. Consecuencias humanas*. 5a Reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México.2010; Wacquant, L. *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Gedisa. Barcelona.2010; Aguilar Cabrera, DA. *Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. ECB Ediciones S.A.C. Lima. 2014, pp.65-192.; Stiglitz, JE. *El precio de la desigualdad*. Taurus. Madrid,2012.

75 Simon, J. *Gobernar a través del delito*. Gedisa editorial. México.2011, p.32

76 Cfr. Proyecto de nuevo Código Penal aprobado en sesión del 26 de mayo de 2016 de la Comisión de Justicia del Congreso de la República; El nuevo Código Penal peruano. Exposición de motivos, Anteproyecto del Código Penal y Estudios sobre Derecho Penal. Fondo Editorial del Congreso del Perú. Lima. 2011, pp.121-289.

## Polonia

**Dra. Blanka Julita Stefańska**

*Lazarski University. Varsovia*

El 7 de junio de 1997 el Parlamento polaco aprobó nuevos códigos en materia penal, o sea, el código penal<sup>1</sup>, el código de procedimiento penal<sup>2</sup> y el código penal de ejecución<sup>3</sup>, que entraron en vigor el 1 de septiembre de 1998. Hasta ahora, el código penal ha sido reformado 98 veces, se han publicado 6 textos unificados, 10 de sus reformas han sido causadas por las sentencias del Tribunal Constitucional. Dado la diferente importancia de las reformas y su gran cantidad, me limitaré a presentar las reformas más relevantes.

### I. REFORMAS DE LA PARTE GENERAL

Un cambio importante fue introducido en el ámbito de imposición de las penas. Conforme con el añadido art. 37a, es posible imponer la pena de multa o la pena de restricción de libertad en vez de la pena de privación de libertad. Los requisitos para este cambio de la sanción son: que la ley prevea la pena que no exceda 8 años de la privación de libertad y que la pena que fuere realmente impuesta no excedería 1 año. So se da tal caso, el Tribunal podrá imponer en vez de esta pena, la pena de restricción de libertad no inferior a 3 meses o la multa no inferior a 100 cuotas/día, siempre que al mismo tiempo imponga medida penal, medida compensatoria o el decomiso (art. 37a § 1). Se excluye tal posibilidad para autores que cometan delito actuando en el grupo organizado o asociación que tenga por fin la comisión de delito o delito fiscal y para autores de delitos de carácter terrorista (art. 37a § 2).

Para reducir el quantum de pena de privación de libertad se prevé la posibilidad de imponer la pena de restricción de libertad junto con la pena de privación de libertad. En caso de delito castigado con la pena de privación de libertad, independientemente de su límite mínimo, el Tribunal podrá imponer al mismo tiempo – de acuerdo con el art. 37b<sup>4</sup>– la pena de privación de libertad que no exceda 3 meses; en caso el límite máximo de la pena prevista sea de 10 años, entonces podrá imponer la pena de privación de libertad que no exceda 6 meses y la pena de restricción de libertad de hasta 2 años. En primer lugar se ejecutará la pena de privación de libertad, a no ser que la ley prevea otra cosa.

La regulación de medidas penales, que en códigos penales de 1932 y de 1969 se denominaban penas accesorias, sufrió modificaciones muy relevantes. El catálogo de medidas penales fue sistemáticamente ampliado. Se completó con:

1) prohibición de llevar a cabo actividad económica relativa a la educación, tratamiento médico o tutela de menores de edad (art. 39 punto 2a)<sup>5</sup>. El Tribunal podrá imponer la prohibición de ocupar cualquier puesto de trabajo o puesto de trabajo determinado, ejercer cualquier profesión o una profesión determinada o de llevar a cabo cualquier actividad económica o actividad económica determinada, relativa a la educación, tratamiento médico o tutela de menores de edad por un tiempo determinado o indefinidamente, en caso de condena a la pena de privación de libertad por un delito doloso contra vida o salud, cometido en perjuicio del menor de edad. El Tribunal impondrá esta prohibición por tiempo determinado o indefinidamente en caso de condena por un delito contra la libertad sexual, cometido en perjuicio del menor de edad (art. 41 § 1a)<sup>6</sup>.

2) obligación de no acudir a ambientes o lugares determinados, prohibición de contactar con personas determinadas o prohibición de abandonar lugar de residencia determinado sin autorización judicial (art. 29 punto 2 b)<sup>7</sup>, que fue posteriormente ampliada con la prohibición de aproximarse a personas determinadas<sup>8</sup>; la obligación de no acudir a ambientes o lugares determinados se convirtió en una prohibición<sup>9</sup>. El Tribunal podrá imponer la prohibición de acudir a ambientes o lugares determinados, de contactar con personas determinadas, de aproximarse a personas determinadas o de abandonar lugar de residencia determinado sin autorización judicial en caso de condena por un delito contra la libertad sexual cometido en perjuicio del menor de edad u otro delito contra la libertad y en caso de condena por un delito doloso con uso de violencia, incluyendo en particular la violencia contra la persona próxima. A la prohibición podrá añadirse la obligación de comparecer periódicamente ante la policía u ante otro órgano designado. La prohibición de aproximarse a personas determinadas podrá controlarse mediante el sistema de vigilancia electrónica (art. 41a § 1). El Tribunal quedará obligado a imponer esta medida, en caso de condena a la pena de privación de libertad sin la suspensión condicional de su ejecución por un delito contra la libertad sexual cometido en perjuicio del menor de edad. A la prohibición podrá añadirse la obligación de comparecer periódicamente ante la policía u ante otro órgano designado. La prohibición de aproximarse a personas determinadas podrá controlarse mediante el sistema de vigilancia electrónica (art. 41a § 2). Se podrá imponerla indefinidamente en caso de condena reiterada cumpliendo con los requisitos previstos en el art. 41a § 2 (art. 41a § 3). A la hora de imponer la prohibición de aproximarse a personas determinadas,

el Tribunal señalará la distancia de las personas protegidas que ha de observar el condenado (art. 41a §4)<sup>10</sup>.

3) prohibición de entrada a un evento masivo (art. 39 punto 2c)<sup>11</sup>. El Tribunal podrá imponer la prohibición de entrada a un evento masivo en caso el delito se cometa en relación con tal evento, o en caso de condena por delito de carácter gamberro cuando la participación del delincuente en eventos masivos ponga en peligro bienes jurídicos protegidos. El Tribunal impondrá esta prohibición en casos previstos por la ley (art. v41b § 1). Esta prohibición comprende todos eventos masivos en el territorio de la República de Polonia y los partidos de fútbol de la representación polaca o club polaco fuera de la República de Polonia (art. 41b § 2). A la hora de imponer la prohibición de entrada a un evento masivo por un hecho cometido en relación con el evento masivo deportivo, el Tribunal podrá imponer la obligación de que el condenado permanezca durante algunos eventos masivos comprendidos en la prohibición en su lugar de residencia o en otro lugar señalado, aplicando el sistema de vigilancia electrónica. El Tribunal impondrá esta prohibición y obligación en caso de condena reiterada por delito cometido en relación con un evento masivo (art. 41b § 3 y 4). En casos especialmente fundados, el Tribunal podrá acordar que tras la terminación de la obligación, el condenado estará obligado a comparecer durante algunos eventos masivos comprendidos en la prohibición en dependencias policiales o en lugar señalado por comisario competente del lugar de residencia del condenado. La duración total máxima de esta obligación no podrá exceder el periodo de la prohibición de entrada a un evento masivo (art. 41b § 5 y 6). Si de las circunstancias resulta que la ejecución de esta obligación es imposible o su imposición es obviamente inoportuna, en lugar de esta obligación se impondrá la obligación de comparecer durante algunos eventos masivos comprendidos en la prohibición en dependencias policiales o en lugar señalado por comisario competente del lugar de residencia del condenado (art. 41b § 7)<sup>12</sup>.

4) prohibición de entrada a los establecimientos de juego y de participar en juegos de azar (art. 39 punto 2 d)<sup>13</sup>. El Tribunal podrá imponer la prohibición de entrada a los establecimientos de juego y de participar en juegos de azar en caso de condena por un delito cometido en relación con la organización de juegos de azar o con la participación en estos juegos (art. 41c § 2). Esta prohibición no comprende la participación en sorteos promocionales (art. 41c § 1).

5) orden de abandonar la vivienda ocupada juntamente con el perjudicado (art. 39 punto 2e)<sup>14</sup>, modificado a la orden de abandono temporal<sup>15</sup>. Los requisitos

para imponer esta orden son los mismos que los de la prohibición de acudir a ambientes o lugares determinados (art. 41a § 1 y 2), pero no se puede imponer esta orden indefinidamente. La orden puede ser compaginada con la obligación de comparecer cada cierto periodo de tiempo ante la policía u otro órgano designado (art. 41a § 1 i 2 *in fine*). En caso de imponer esta orden por delitos previstos en capítulos XXV “Delitos contra la libertad sexual” y XXVI “Delitos contra la familia y tutela”, el Tribunal impondrá también la prohibición de aproximarse al perjudicado por el mismo tiempo que la orden (art. 41a § 3a), y fijará también el plazo de ejecución de la orden (art. 41a § 5).

6) prohibición de ocupar puesto de trabajo o de ejercer profesión o de trabajar en órganos e instituciones estatales y de administración territorial, así como en sociedades mercantiles en las que la Tesorería del Estado o la entidad de administración territorial ostente directa o indirectamente a través de otros sujetos al menos 10 % de acciones o participaciones (art. 39 pkt 2aa)<sup>16</sup>. El Tribunal impondrá la prohibición de 1) ocupar cualquier puesto de trabajo o puesto de trabajo determinado o 2) ejercer cualquier profesión o una profesión determinada o 3) hacer cualquier trabajo o trabajo determinado en virtud del contrato laboral, contrato de agencia, contrato de mandato u otro contrato de prestación de servicios al que se aplicarán, de acuerdo con el código civil, las normas relativas al mandato o al contrato de obra – en órganos e instituciones estatales y de administración territorial, así como en sociedades mercantiles en las que la Tesorería del Estado o la entidad de administración territorial ostente directa o indirectamente a través de otros sujetos al menos 10 % de acciones o participaciones, en caso de condena de la persona que desempeñe función pública por delitos determinados en el art. 40 § 2 punto 2, a los que se hará referencia a continuación (art. 41 § 1aa). El Tribunal podrá imponer estas prohibiciones en cuanto a otros órganos e instituciones en caso de condena por estos delitos (art. 41 § 1ab). El Tribunal impondrá la prohibición indefinidamente en caso de condena reiterada si se dan los requisitos del art. 41aa (art. 41b).

Se ampliaron los requisitos de la imposición de la medida penal que consiste en la privación de derechos públicos. Originariamente era posible imponer esta medida penal en caso de condena a la pena de privación de libertad por tiempo no inferior a 3 años por delito cometido con motivación que merezca un reproche social especial (art. 40 § 2). Tras la reforma, es posible imponer esta medida también – conforme con el art. 40 § 2 punto 2 – en caso de condena por delitos: co-

rupción pasiva (art. 228 § 1 y 3–6), corrupción activa (art. 229 § 1 y 3–5), tráfico de influencias pasivo (art. 230 § 1), tráfico de influencias activo (art. 230a § 1), corrupción electoral (art. 250a § 1 y 2), certificación de falsedad con el fin de obtener beneficio (art. 271 § 1), corrupción económica (art. 296a § 1, 2 y 4) y perturbación de concurso público (art. 305 § 1 i 2)<sup>17</sup>.

En cuanto a la medida penal relativa a la prohibición de conducir vehículos, se ha ampliado el ámbito de su imposición obligatoria y se ha introducido la prohibición de conducir cualquier vehículo mecánico indefinidamente. Originariamente – conforme con el art. 42 § 2 – el Tribunal estaba obligado a imponer la prohibición de conducir cualquier vehículo mecánico o vehículo mecánico de tipo determinado, en caso el autor, a la hora de cometer el delito contra la seguridad en transporte, se encontraba en el estado de embriaguez, bajo efectos de sustancia estupefaciente o había escapado del lugar de suceso. Se trataba de delitos de: siniestro (art. 173), riesgo directo de siniestro (art.174) o accidente de tráfico (art.177). Tras numerosas reformas, el Tribunal queda obligado a imponer:

1) la prohibición de conducir cualquier vehículo mecánico, en caso de condena por delito de: a) desobediencia a la orden de parar vehículo mecánico (art. 178b) o conducir vehículo tras retirada de autorización (art. 180a); b) incumplimiento de la prohibición de conducir vehículos mecánicos (art. 244) [art.42 § 1a]<sup>18</sup>;

2) la prohibición de conducir cualquier vehículo mecánico o vehículo mecánico de tipo determinado por el periodo no inferior a 3 años, en caso el autor, a la hora de cometer el delito de: siniestro (art. 173), riesgo directo de siniestro (art.174) o accidente de tráfico (art.177), se encontraba en el estado de embriaguez, bajo efectos de sustancia estupefaciente o había escapado del lugar de suceso [art.42 § 2]<sup>19</sup>.

El Tribunal está obligado a imponer la prohibición de conducir cualquier vehículo mecánico indefinidamente<sup>20</sup>:

1) cuando el delito de conducción de vehículo mecánico en estado de embriaguez

o bajo efectos de sustancia estupefaciente fue cometido por el autor condenado anteriormente por este delito o por delito de siniestro (art. 173), riesgo directo de siniestro (art.174), accidente de tráfico (art.177) o accidente de tráfico militar con resultado de muerte de otra persona o lesión grave (art. 355 § 2) cometido en el estado de embriaguez, bajo efectos de sustancia estupefaciente o durante la vigencia de prohibición de conducir vehículos mecánicos impuesta en relación con la condena por un delito;

2) cuando el autor a la hora de cometer el delito de siniestro previsto en el art. 173 con resultado de muerte de otra persona o lesión grave o a la hora de cometer el delito previsto en el art.177 § 2 (accidente de tráfico con resultado de muerte de otra persona o lesión grave) o en el art. 355 § 2 (accidente de tráfico militar con resultado de muerte de otra persona o lesión grave) se encontraba en el estado de embriaguez, bajo efectos de sustancia estupefaciente o había escapado del lugar de suceso;

En estos casos, la obligación a imponer esta prohibición es relativa, ya que el Tribunal podrá desistir de su imposición, siempre que ocurra caso especial, justificado por las circunstancias extraordinarias (art. 42 § 3);

3) en caso de condena reiterada del conductor de vehículo mecánico cumpliendo requisitos previstos en art. 42 § 3 [art.42 § 4]<sup>21</sup>.

Se introdujo la obligación de imponer la indemnización punitiva a favor de una institución u organización social que tenga por fin estatuario ayudar a perjudicados por los accidentes de tráfico en caso de condena por delitos previstos en arts. 173, 174, 177 o 355, cuando el autor se encontraba en el estado de embriaguez, bajo efectos de sustancia estupefaciente o había escapado del lugar de suceso (art.47a)<sup>22</sup>. Posteriormente el legislador desistió de la obligación de su imposición y limitó el beneficiario a las instituciones, asociaciones, fundaciones u organizaciones sociales inscritas al listado llevado por el Ministro de Justicia, cuya función o fin estatuario fundamental consista en prestaciones para fines relacionados directamente con ayuda a los perjudicados por accidentes de tráfico (art. 47§ 3)<sup>23</sup>; para finalmente reducirlo a un solo un beneficiario, o sea, el Fondo de Ayuda para Perjudicados y Ayuda Pos penitenciaria (art. 47 § 1)<sup>24</sup>. La indemnización punitiva volvió a ser obligatoria, pero a favor del perjudicado y en caso de su muerte —a favor de la persona próxima, cuya situación empeoró significadamente por causa de la muerte del perjudicado. En caso haya más personas desfavorecidas, se impondrá la indemnización punitiva a favor de cada una de ellas. En caso sea imposible determinar a esa persona, el Tribunal impondrá la indemnización punitiva a favor del Fondo de Ayuda para Perjudicados y Ayuda Pos penitenciaria. El importe mínimo de la indemnización punitiva es de 10 000 PLN<sup>25</sup> (art. 47 § 3). En casos especialmente fundados, si la indemnización punitiva ocasionare menoscabo para el delincuente en cuanto a su manutención y de su familia, o en caso el perjudicado haya perdonado al delincuente, el Tribunal podrá imponerla por el importe inferior al mínimo (art. 47 § 4). No se impondrá la



indemnización punitiva en caso el Tribunal haya impuesto la obligación de reparar daño o indemnizar el perjuicio causado por el importe superior a 10 000 PLN (art. 47 § 5)<sup>26</sup>.

Las modificaciones afectaron también a la medida penal que consiste en prestación dineraria. Se introdujo la posibilidad de imponerla en caso de condena por conducir vehículo en el estado de embriaguez o bajo efectos de sustancia estupefaciente (art. 178a) a favor de una institución, asociación, fundación u organización social, para destinarla a un fin relacionado directamente con ayuda a las personas perjudicadas por accidentes de tráfico. La prestación no podrá exceder de 60 000 PLN<sup>27</sup> (art. 49 § 2)<sup>28</sup>. Posteriormente, se amplió el ámbito de su aplicación para condena por delito de admisión al tráfico de un vehículo peligroso (art. 179) y desempeño, encontrándose en el estado de embriaguez o bajo efectos de sustancia estupefaciente, de funciones directamente relacionadas con la seguridad de tráfico de vehículos mecánicos (art. 180), así como se cambió el beneficiario por el Fondo de Ayuda para Perjudicados y Ayuda Pos penitenciaria (art. 49 § 2)<sup>29</sup>. Se introdujo la obligación de imponer la prestación dineraria para algunos casos de condena por delitos contra la seguridad de tráfico y se determinó su importe mínimo (5000 PLN<sup>30</sup> o 10 000 PLN<sup>31</sup> para algunos casos de reincidencia)<sup>32</sup>.

Se modificó también el catálogo inicial de medidas penales. Se excluyó el decomiso, la obligación de reparar daño o indemnizar el perjuicio causado y la indemnización punitiva, colocando su normativa reguladora en nuevo capítulo Va “Decomiso y medidas compensatorias”, lo que produjo cambio de su carácter jurídico. La obligación de reparar daño o indemnizar el perjuicio causado (art. 46) y la indemnización punitiva (art. 47) adquirieron la condición de medidas compensatorias. El carácter de decomiso es difícil de determinar, la doctrina lo denomina como medida punitiva<sup>33</sup>.

Tras las modificaciones introducidas al decomiso previsto en el art. 44<sup>34</sup>, se prevé que el Tribunal falla el decomiso de objetos provenientes directamente de delito (§1) y podrá fallar, en casos previstos por la ley, el decomiso de objetos que sirvieron o estaban destinados a cometer delito (§2). En caso el decomiso de objetos que sirvieron o estaban destinados a cometer delito sea desproporcional respecto a la gravedad del hecho cometido, el Tribunal, en vez de decomiso, podrá imponer el decomiso de su equivalencia (§4). No se fallará el decomiso, en caso los objetos hayan de ser devueltos al perjudicado o a otro sujeto legitimado (§ 5). En caso de condena por delito que consiste en infrac-

ción de prohibición de producción, posesión, tráfico, desplazamiento o transporte de objetos determinados, el Tribunal podrá fallar, y en casos previstos por la ley, fallará, su decomiso (§ 6). Si los objetos enumerados en § 2 o 6 no son propiedad del delincuente, se podrá sentenciar su decomiso sólo en casos previstos por la ley; en caso de cotitularidad, se sentenciará el decomiso de participación perteneciente al delincuente, o bien el decomiso de equivalencia de esta participación (§ 7).

Se introdujo la posibilidad de decomiso de la empresa que sea propiedad del delincuente o de su equivalencia, en caso la empresa haya servido para cometer delito o para esconder el beneficio obtenido de delito y el delincuente haya sido condenado por delito, del cual haya obtenido, al menos indirectamente, beneficio económico de valor importante (art. 44a § 1). En caso de condena por delito, del cual se haya obtenido, al menos indirectamente, beneficio económico de valor importante, el Tribunal podrá fallar el decomiso de empresa de una persona física o de su equivalencia, siempre y cuando la empresa haya servido para cometer delito o para esconder el beneficio obtenido de delito y su propietario quiso que la empresa sirviese para cometer este delito o para esconder el beneficio obtenido, o bien, previendo tal posibilidad, lo asentía (art. 44a § 2)<sup>35</sup>.

El art. 45, que regula el decomiso de beneficio económico proveniente de delito, fue objeto de numerosas reformas. Originariamente preveía la posibilidad de imponer el decomiso de beneficio económico, proveniente al menos indirectamente de delito, en caso del delincuente que de la comisión de delitos hizo fuente estable de sus ingresos o cometió el delito actuando en grupo organizado o en asociación que tenga por fin cometer delitos. Tras la última reforma de este tipo de decomiso, el Tribunal sentenciará este decomiso, cuando el autor haya obtenido de delito, al menos indirectamente, beneficio económico que no sea susceptible de decomiso de objetos. No será posible este tipo de decomiso, en caso el beneficio haya de ser devuelto al perjudicado u a otro sujeto (art. 45 § 1). Los beneficios económicos obtenidos de delito comprenden también frutos de bienes o de derechos que constituyan este beneficio (art. 45 § 1a). Para facilitar la prueba de que el beneficio procede de delito, el código prevé presunciones iuris tantum. En caso de condena por delito del cual se haya obtenido, al menos indirectamente, beneficio económico de valor importante, o por delito, del cual se haya obtenido o se haya podido obtener beneficio económico, castigado con la pena de privación de libertad con límite máximo no inferior a 5 años, o por delito cometido en grupo organizado o en asociación

que tenga por fin cometer delitos, tendrá consideración de beneficio económico proveniente de delito, el patrimonio adquirido bajo cualquier título en el periodo desde 5 años antes de la comisión de delito hasta la sentencia, aunque no sea firme, a no ser que el delincuente u otra persona interesada demuestre lo contrario (art. 45 § 2). Si el patrimonio que sea beneficio obtenido de la comisión de tal delito, ha sido trasladado de hecho o bajo cualquier título jurídico a una persona física, jurídica o ente sin personalidad jurídica, entonces tendrá la consideración del patrimonio del delincuente, a no ser que en virtud de las circunstancias de la adquisición no se podía suponer que dicho patrimonio, al menos indirectamente, procedía de delito (art. 45 § 3). En caso de copropiedad, se fallará el decomiso de la participación perteneciente al delincuente o su equivalencia (art. 45 § 5).

## II. REFORMAS DE LA PARTE ESPECIAL

La primera reforma del código penal, introducida brevemente tras su entrada en vigor, afectó los elementos de delito de infanticidio (art. 149)<sup>36</sup>, debido a las críticas de su configuración inicial. Originariamente el infanticidio tenía lugar cuando la madre mató a recién nacido bajo una fuerte experiencia relativa al transcurso del parto, deformación significativa del niño o situación personal particularmente difícil. La modificación de este precepto consistía en su planteamiento sintético, ya que se criminalizaba el homicidio de niño por la madre durante el transcurso de parte o en relación con su transcurso. Asimismo, se volvió a la construcción de elementos de este delito prevista en los códigos de 1932 (art. 226) y de 1969 (art. 149). Se añadió también art. 157a que tipifica delito de lesiones al feto (§1), prescribiendo asimismo que no cometerá este delito el médico, en caso las lesiones sean consecuencia de tratamiento necesario para la salud y la vida de mujer embarazada o para el feto (§ 2). Tampoco será castigada la madre que cometa el delito de lesiones al feto (§ 3).

Dado el riesgo elevado de la seguridad vial, producido por las personas en el estado de embriaguez, se penalizó<sup>37</sup>: 1) conducción de vehículos mecánicos en tráfico vial, fluvial y marítimo o aéreo por la persona en el estado de embriaguez o bajo efectos de sustancia estupefaciente (art. 178a § 1).; 2) conducción de otro vehículo que mecánico en vía pública o en calle residencial por la persona en el estado de embriaguez o bajo efectos de sustancia estupefaciente (art. 178a § 2). Posteriormente este último delito se amplió con zona de circulación<sup>38</sup>. Antes de esta reforma tales conductas

constituían faltas tipificadas, respectivamente, en el art. 87 § 1 o 2 del código de faltas<sup>39</sup>, pero tenían el ámbito de aplicación más amplio, ya que el autor de estas faltas también podía ser la persona bajo efectos de alcohol o bajo una sustancia parecida. La conducción de vehículos bajo efectos de alcohol se mantuvo como una falta.

En el marco de lucha contra las personas ebrias que participan en el tráfico vial, se introdujo el tipo agravado del delito previsto en el art. 178a § 1 que comprende la conducta consistente en la comisión de este delito por la persona previamente con condena firme por la conducción de vehículo mecánico en el estado de embriaguez o bajo efectos de sustancia estupefaciente (art. 178a § 1), o por el delito de: siniestro (art. 173), riesgo directo de siniestro (art.174), accidente de tráfico (art.177) o accidente de tráfico militar con resultado de muerte de otra persona o lesión grave (art. 355 § 2), cometido en el estado de embriaguez o bajo efectos de sustancia estupefaciente, o bien cometió el delito de la conducción de vehículo mecánico en el estado de embriaguez o bajo efectos de sustancia estupefaciente durante el periodo de vigencia de la prohibición de conducir vehículos mecánicos impuesto en relación con la comisión de delito (art.178a § 4)<sup>40</sup>.

La criminalización de conducir otro vehículo que no sea mecánico generalmente no recibió aprobación, porque no influyó significadamente en la disminución de número de personas que conduzcan tales vehículos en el estado de embriaguez o bajo efectos de sustancia estupefaciente y sólo conllevó a aumento de población reclusa. Por lo tanto, el legislador derogó el art. 178a § 2 e introdujo nuevo tipo de falta<sup>41</sup> en el art. 87 §1a que comprende tal conducta, dejando en vigor asimismo el art. 87 § 1 y 2 de código de faltas que prevén la conducción de vehículos mecánicos (§1) u otros que mecánicos (§2) bajo efectos de alcohol o bajo una sustancia similar.

Dado el desarrollo de la cooperación internacional, el sujeto activo del delito de corrupción pasiva (art. 228 § 1-5) y corrupción activa (art. 229 § 1-4) se amplió con las personas que desempeñen función pública en país extranjero o en organización internacional (art. 228 § 6 y art. 229 § 5)<sup>42</sup>.

Con el fin de proteger el interés fiscal del Estado o de la Unión Europea, se han previsto delitos de falsedad material e intelectual de facturas que se castigan con penas muy graves<sup>43</sup>. El delito de falsedad material en el tipo básico comprende falsificar o modificar facturas en cuanto a las circunstancias de hecho que puedan tener importancia para la determinación del importe del impuesto o de su devolución o de devolución de otro

importe de carácter fiscal, o bien usar tal factura como auténtica (art. 270a § 1). El tipo agravado tiene lugar cuando la factura o facturas tengan el importe total cinco veces superior al importe que determina bienes de gran valor o cuando el delincuente hizo de la comisión de delito una fuente estable de sus ingresos (art. 270a § 2). De acuerdo con la definición legal, los bienes de gran valor es el patrimonio, cuyo valor en el momento de la comisión de hecho exceda 1 000 000 PLN<sup>44</sup>, o sea, se trata de importe que exceda 5 000 000 PLN<sup>45</sup>. El delito está castigado con la pena de privación de libertad por tiempo no inferior a 3 años. El tipo atenuado es el caso de menor importancia de estos hechos (art. 270a § 3).

La falsedad intelectual de facturas se refiere a emitir factura o facturas por el importe total significativo que contenga circunstancias de hecho que puedan ser relevantes para determinar el importe del impuesto o de su devolución o de devolución de otro importe de carácter fiscal o bien usar tal factura o facturas (art. 271a § 1). El tipo agravado (art. 271a § 2) y privilegiado (art. 271a § 3) contienen las mismas circunstancias que estos tipos de delito de falsedad material.

Cuando la factura o facturas tengan el importe total diez veces superior al importe que determina bienes de gran valor, o sea, el importe que exceda 10 000 000 PLN<sup>46</sup> y se comete el delito previsto en el art. 270a § 1 o en el art. 271a § 1, entonces la pena prevista será la pena de privación de libertad por tiempo no inferior a 5 años o la pena de privación de libertad de 25 años (art. 277a § 1). En caso de condena por delito previsto en el art. 270a § 1 o 2, art. 271a § 1 o 2 o art. 277a § 1, se podrá imponer, además de la pena de privación de libertad, la pena de multa de hasta 3000 cuotas/día (art. 277b).

La gravedad de penas previstas está atenuada en cierta manera por la posibilidad de rebaja extraordinaria de la pena para el autor de delito previsto en el art. 270a § 1 o 2 o art. 271a § 1 o 2, que haya informado sobre ese delito al órgano de persecución de delitos y haya revelado todas las circunstancias importantes de delito, así como haya indicado hechos relacionados con el delito cometido y sus autores antes de que ese órgano haya tenido noticias de ello (art. 277c § 1). Se podrá desistir de la imposición de la pena previa solicitud del fiscal en caso de autor de delito previsto en art. 270a § 1, 2 o 3, art. 271a § 1, 2 o 3, o en el art. 277a § 2, quien, aparte de cumplir con los requisitos previstos para la rebaja extraordinaria de la pena, haya devuelto totalmente o en gran parte el beneficio económico obtenido de la comisión de delito (art. 277c § 2).

Las reformas efectuadas a lo largo de 25 años han producido la descomposición del código penal. Los preceptos añadidos no son coherentes con algunas regulaciones, son imprecisos y producen dificultades de su interpretación. En muchos casos, estas reformas no fueron precedidas por consultas y se aprobaron a pesar de las opiniones negativas del mundo académico.

### Notas:

- 1 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997r. Kodeks karny (Dz.U. z 2021 r., poz. 2345 ze zm.). Si en el texto aparece artículo sin el nombre de la ley, se entenderá que se trata del código penal.
- 2 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r., poz. 534 ze zm.).
- 3 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2021 r., poz. 53 ze zm.).
- 4 Añadido por ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396).
- 5 Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego i ustawy - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2005 r., Nr 163, poz. 1363).
- 6 El contenido del precepto acordado en ustawa z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r., poz. 2054).
- 7 Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego i ustawy - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2005 r., Nr 163, poz. 1363).
- 8 Ustawa z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemyocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2010r., Nr 125, poz. 842).
- 9 Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396).
- 10 El contenido del art. 41a acordado en ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396).
- 11 Ustawa z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz.U. z 2009 r., Nr 62, poz. 504).
- 12 El contenido del art. 41b acordado en ustawa z dnia 11 września 2015 r. o zmianie ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 1707).
- 13 Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2009 r., Nr 201, poz. 1540).
- 14 Ustawa z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemyocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2010r., Nr 125, poz. 842).
- 15 Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396).
- 16 Ustawa z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r., poz. 2054).
- 17 Ustawa z dnia 14 października 2021 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r., poz. 2054).
- 18 Introducida por ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r., poz. 966).

19 El contenido de este precepto acordado en ustawa z dnia 20 marca 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 541).

20 Introducido por ustawa z dnia 14 kwietnia 2000 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny (Dz.U. z 2000 r., Nr 48, poz. 548) y fue impuesta siempre, pero en virtud del art. art.42 § 3 era facultativa. Se convirtió en obligatoria mediante ustawa z dnia 12 lutego 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy - Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2010 r., Nr 40, poz. 227). Mediante ustawa z dnia 20 marca 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 541) se introdujo la imposición de esta prohibición indefinidamente.

21 El contenido del art.42 § 3 y 4 introducido mediante ustawa z dnia 20 marca 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 541).

22 Ustawa z dnia 14 kwietnia 2000 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny (Dz.U. z 2000 r., Nr 48, poz. 548).

23 Ustawa z dnia 8 października 2004 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny i ustawy - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2004 r., Nr 243, poz. 2426).

24 Ustawa z dnia 12 lutego 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy - Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2010 r., Nr 40, poz. 227).

25 Aprox. 2 122 euros.

26 Ustawa z dnia 20 marca 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 541).

27 Aprox. 12 733 euros.

28 Ustawa z dnia 8 października 2004 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny i ustawy - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2004 r., Nr 243, poz. 2426).

29 Ustawa z dnia 12 lutego 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy - Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2010 r., Nr 40, poz. 227).

30 Aprox. 1061 euros.

31 Aprox. 2122 euros.

32 Ustawa z dnia 20 marca 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 541).

33 B. J. Stefańska, Przepadek przedmiotów [en:] Środki karne po nowelizacji w 2015 roku, (dir.) R. A. Stefański, Varsovia 2016, p. 332.

34 Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2003r. Nr 111, poz. 1061); ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396).

35 Art.44a fue añadido mediante ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r., poz. 768).

36 Ustawa z dnia 8 lipca 1999 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz ustawy o zawodzie lekarza (Dz.U. z 1999 r., Nr 64, poz. 729).

37 Ustawa z dnia 14 kwietnia 2000 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny (Dz.U. z 2000 r., Nr 48, poz. 548).

38 Ustawa z dnia 22 lipca 2010 r. o zmianie ustawy - Prawo o ruchu drogowym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2010 r., Nr 152, poz. 1018).

39 Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2021r., poz. 2008 ze zm.).

40 Ustawa z dnia 12 lutego 2010 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy - Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2010 r., Nr 40, poz. 227).

41 Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013r., poz. 1247).

42 Ustawa z dnia 9 września 2000 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny, ustawy - Kodeks postępowania karnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy - Prawo bankowe (Dz.U. z 2000 r. Nr 93, poz. 1027).

43 Ustawą z dnia 10 lutego 2017 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017r., poz. 244). Véase B. J. Stefańska, La responsabilidad penal por la falsificación o alteración de facturas como herramienta de lucha contra el fraude fiscal en el derecho penal polaco [en:] Nuevas fronteras del derecho penal global, (dir.) P. A. Ramírez Barbosa, Bogotá 2019, p. 109-132.

44 Aprox. 212 058 euros.

45 Aprox. 1 060 291 euros.

46 Aprox. 2 120 582 euros.

## Portugal

**Frederico de Lacerda da Costa Pinto**

*Faculdade de Direito da*

*Universidade Nova de Lisboa*

*(www.novalaw.unl.pt e fcostapinto@novalaw.unl.pt)*

### I. ESTABILIDADE DA PARTE GERAL DO CÓDIGO PENAL NUM MUNDO EM MUDANÇA

O sistema penal português foi reorganizado no último quartel do século XX: primeiro, com a aprovação da Constituição de 1976 (que integrou uma forte componente penal e um extenso regime de direitos fundamentais) e, depois, com a aprovação do Código Penal de 1982 e o Código de Processo Penal de 1987. O sistema foi completado com um Regime Geral das Contraordenações e Coimas (1982) (que iria permitir desenvolver o sistema sancionatório de Direito Público não penal) e um diploma relativo às infracções antieconómicas e contra a saúde pública (Dec. Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro).

Seguiu-se um período de uma relativa estabilidade, com a densificação judicial dos novos códigos e uma progressiva expansão (a partir dos anos 90) do Direito das contraordenações e dos vários ramos do Direito Penal Económico (não codificado).

O sistema assim organizado foi desenvolvido a partir dos anos 90, com uma intensa actividade judicial e forte produção doutrinária, e, em especial, revelou uma expansão significativa nos últimos vinte e cinco anos. Essa expansão decorreu, nuns casos, do alargamento



intencional da intervenção penal e, noutros casos, das mudanças sociais, económicas e tecnológicas que foram exigindo ou provocando novas respostas do sistema penal.

Surpreende em especial que, num mundo em mudança acelerada, a Parte Geral do Código Penal tenha sido aquela que menos alterações sofreu durante estas décadas: as regras gerais sobre a vigência da lei penal (artigos 2.º e ss do Código Penal), as estruturas de imputação, como a relevância da acção e da omissão em crimes materiais (artigo 10.º), as definições de dolo e negligência (artigos 14.º e 15.º), o regime do erro de tipo e da falta de consciência da ilicitude (artigos 16.º e 17.º), o modelo de comparticipação (artigos 26.º a 29.º), o regime da tentativa e as soluções de desistência (artigos 22.º a 25.º), revelam uma resistência ao tempo que decorre das sólidas bases dogmáticas em que assentam. Apenas o regime do crime continuado (artigo 30.º) exigiu um esclarecimento legal no sentido de impedir a fusão típica de acções isoladas, agregadas por uma diminuição da culpa, quando a agressão se dirigisse a bens jurídicos pessoais (a clarificação significa, portanto, que nestes casos haverá concurso de crimes e não um único crime continuado).

O aditamento de regras especiais de responsabilidade penal das pessoas colectivas no artigo 11.º do Código Penal, em 2007, não constitui propriamente uma novidade em si mesma: por um lado, porque no Direito Penal Económico já existia responsabilidade criminal das pessoas colectivas (sem recuar mais) desde a década de 80 e, por outro lado, porque a consagração no Código Penal se destinou a colocar na esfera da responsabilidade penal somente por alguns crimes previstos no código em função de um catálogo e do acolhimento de novas regras de imputação (exigência de um facto de conexão, praticado por uma pessoa em posição de liderança ou alguém sob sua direcção). Mas o modelo de imputação aqui acolhido —apesar de complexo e de não ser isento de críticas— fez escola e foi adoptado noutras áreas do Direito das contraordenações (concorrência e energia).

## II. A EXPANSÃO DOS CRIMES SEXUAIS E OS NOVOS CRIMES CONTRA AS PESSOAS

Os crimes em especial mantiveram uma relativa estabilidade típica, com algumas excepções. Talvez as mais assinaláveis sejam a expansão dos crimes sexuais a outros factos e a criação sucessiva de novos crimes contra as pessoas.

No campo dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual (artigo 163.º e ss do Código Penal)

registar-se a expansão mais significativa da intervenção penal das últimas décadas, não só pela clarificação, alargamento ou aumento de penas dos crimes tradicionais (coacção sexual e violação), como em especial pela criação de novos tipos autónomos. Sirvam de exemplo a procriação artificial não consentida (artigo 168.º), a importunação sexual (artigo 170.º) ou, de forma mais notória, o alargamento do elenco de crimes sexuais contra crianças, que passou a incluir, além dos crimes tradicionais de violação e de abuso sexual, a criminalização do recuso à prostituição de menores (artigo 174.º), as várias condutas previstas na pornografia de menores (artigo 176.º), incluindo a posse, cedência ou acesso informático a imagens, sejam imagens reais, sejam imagens gráficas (representações realistas de menores).

A posse de imagens pornográficas de menores em sistemas informáticos têm suscitado problemas sérios de concurso de crimes, acabando por se desenvolver na jurisprudência uma solução de exasperação da pluralidade de factos num único «crime de trato sucessivo», contra a opinião da doutrina maioritária que considera tal figura uma criação judicial sem base legal.

A lei passou ainda a criminalizar o aliciamento de menores (*grooming*) e a organização de viagens para turismo sexual com menores (artigos 176.º-A e 176.º-B, do Código Penal).

A necessidade de tutela penal da pessoa, nas múltiplas dimensões da mesma, tem revelado novos bens jurídicos associados a formas específicas de agressão da liberdade pessoal ou da intimidade. Assim, foram criados, entre outros, os crimes de perseguição (*stalking*, artigo 154.º-A), o casamento forçado (artigo 154.º e 154.º-C) ou, sob outras designações mais genéricas, a «pornografia de vingança» (revenge porn) (artigo 192.º, 199.º e 197.º, todos do Código Penal)

A expansão do sistema penal no domínio dos crimes contra as pessoas revela, entre outros aspectos, que a evolução social tem alterado a tolerância, complacência ou mesmo ocultação que a sociedade cultivava em relação a certos factos (designadamente, abusos sexuais infantis) ou, noutra perspectiva, identificando novas formas de agressão a novos bens jurídicos pessoais.

## III. A EXPANSÃO DAS CONTRAORDENAÇÕES E O UNIVERSO DA REGULAÇÃO E SUPERVISÃO

As últimas décadas revelaram ainda um outro fenómeno que, articulado com o sistema penal, acabou por delimitar o seu perímetro material: a expansão da regulação sectorial e a utilização do Direito das Contraordenações como opção sancionatória específica nesses sectores.

Desde o início dos anos 90 do século XX que Portugal assumiu uma opção de vários sectores económicos, sociais e tecnológicos serem objecto de um acompanhamento regular através de autoridades administrativas com competências de regulação e supervisão nesses sectores, num modelo em parte semelhante ao das agências norte americanas. O fenómeno foi abrangendo áreas tão diversas com o sistema financeiro (banca, bolsa e seguros), a concorrência, a energia, resíduos, saúde e medicamentos, aviação civil, etc. Os poderes das várias agências de regulação sectorial integraram também o poder sancionatório, de instruir e decidir processos onde se imputam infracções específicas desses sectores cominadas com sanções não privativas da liberdade pessoal (sanções pecuniárias, designadas por coimas, e sanções acessórias de limitação à actividade em causa). As decisões administrativas de atribuição de responsabilidade são depois sujeitas a controlo judicial através de um julgamento requerido pelo arguido, caso este não aceite as sanções aplicadas na fase administrativa.

A expansão deste ramo do Direito público não penal —o Direito de Mera Ordenação Social ou, noutra designação, o Direito das Contraordenações— criou toda uma área de direito sancionatório em acelerada expansão. Em todos os domínios se tem sentido esta evolução, seja no plano legislativo, seja na produção doutrinária, seja, em especial, no plano judicial e no controlo de constitucionalidade. Mas foi o recurso a esse instrumento de disciplina sancionatória que permitiu ainda que o princípio da intervenção mínima do Direito Penal fosse cumprido nestas últimas décadas, evitando uma intervenção penal massificada em infracções de incidência sectorial, sem verdadeira dignidade penal.

Com isto renovou-se, ainda, todo o debate doutrinário e judicial sobre o sistema de garantias num ramo de Direito Público sancionatório não Penal, um debate estruturado em duas linhas distintas: uma orientação, acolhida pelo TEDH, com alguma projecção entre nós nos circuitos da advocacia, estimula a equiparação às garantias penais; outra linha, que me parece preferível, acolhida pelo nosso Tribunal Constitucional, sugere uma «aproximação sem identificação» entre os dois ramos do Direito.

#### **IV. COMBATE À CORRUPÇÃO, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E ocultação intencional de património**

Outro tema marcante durante a última década tem sido o combate à corrupção e a discussão sobre os

meios e estratégias a adoptar para o efeito. Um dos aspectos mais significativos tem sido a opção por um conjunto de políticas de prevenção da corrupção e dos conflitos de interesses em várias áreas vulneráveis.

A recente Estratégia Nacional de Combate à Corrupção (apresentada e discutida em 2020-2021) acentuou esta vertente preventiva ao impor, por via legal, através de um pacote legislativo aprovado em Dezembro de 2021 (Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 9 de Dezembro, a Lei n.º 93/2021, de 20 de Dezembro e a Lei n.º 94/2021, de 21 de Dezembro), a adopção obrigatória de programas de cumprimento normativo (*compliance*) em entidades públicas e entidades privadas e média e grande dimensão. Essas obrigações incluem, designadamente, o dever de ter códigos de conduta, planos de prevenção de riscos, programas de formação, sistemas de *compliance* e canais de denúncias, internos e externos.

O problema do combate à corrupção tem motivado discursos nem sempre convergentes: no plano político é assumido como uma prioridade, mas no plano jurídico têm sido questionados os caminhos escolhidos para o efeito. A multiplicação de denúncias anónimas fora dos circuitos judiciais, por exemplo, vai gerar uma quantidade de informação de tratamento muito complexo por entidades privadas e por entidades públicas.

Na última década foram ainda particularmente complexas as tentativas de criminalizar o enriquecimento ilícito ou, noutra versão, o enriquecimento injustificado. Os tipos incriminadores construídos para o efeito centravam-se na discrepância entre o património detido e o património declarado, acabando por presumir a origem ilícita do primeiro a não ser que o arguido, no processo, demonstrasse a sua origem lícita.

Por duas vezes o Tribunal constitucional considerou inconstitucional este modelo de incriminação, questionando a existência de um bem jurídico com dignidade penal, declarando a sua incompatibilidade com o princípio da presunção da inocência ou considerando inadmissível violação do direito ao silêncio do arguido (cfr. Acórdãos do TC n.º 179/2012 e n.º 377/2015). A superação destes problemas apenas foi conseguida com uma incriminação recente de violação de obrigações declarativas ou ocultação intencional de património nas informações prestadas por titulares de cargos políticos (criada pela Lei n.º 4/2022, de 6 de Janeiro). O centro da ilicitude do facto não está neste caso na discrepância patrimonial, mas na falsidade da declaração apresentada.

## V. CONSUMAÇÃO, PRESCRIÇÃO E LEGISLAÇÃO DE EMERGÊNCIA

A intervenção penal na corrupção tem dado ainda origem de uma peculiar antinomia. O legislador tem agravado ao longo dos anos os crimes de corrupção e de recebimento indevido de vantagens (artigos 372.º e ss do Código Penal) essencialmente por duas vias: aumentado as penas e simplificando os tipos incriminadores.

A simplificação dos tipos tem implicado a equiparação de condutas diferentes para a realização do crime: assim, tanto é corrupção passiva aceitar uma vantagem indevida, como simplesmente a solicitar. O que significa que o crime pode estar consumado com a mera solicitação ou com o recebimento da primeira vantagem. Se esta for repetida no tempo, com entregas de dinheiro ou vantagens posteriores, o crime já estará consumado em momento anterior. E por isso, sempre que o legislador antecipa a consumação está igualmente a antecipar o início da contagem do prazo de prescrição. A complexidade da investigação nestes casos, pelo acesso a circuitos reservados de contacto entre os agentes, acaba por tornar morosa a investigação, aumentando o risco de prescrição.

Tem estado, por isso, no centro do debate doutrinário e judicial o problema da articulação entre a consumação antecipada do crime com o prolongamento no tempo da relação entre os agentes e os benefícios transferidos do corruptor para o agente corrompido. O problema exigiria uma intervenção legislativa que contemplasse a forma de contar o prazo de prescrição nestes casos, pois é inequívoco que com a primeira aceitação o crime já está formal e materialmente consumado. Entretanto, confrontam-se duas teses: a que, seguindo o critério tradicional, considera que uma vez consumado o crime todas as entregas e relações dos agentes no contexto do mesmo plano são irrelevantes para a prescrição (pois um preenchimento intensificado de um crime consumado); e uma outra que considera que entregas sucessivas de dinheiro ao longo dos tempos são uma repetição renovada do mesmo ilícito, visto como um todo, contando a prescrição a partir da última quantia entregue. Se não existir intervenção legislativa sobre a matéria, serão os Tribunais a afirmar a tendência dominante, fomentado assim o desenvolvimento criativo do Direito.

## VI. VANTAGENS DO CRIME, CONFISCO E PERDA ALARGADA DE BENS

O sistema penal português tem endurecido a luta contra a criminalidade económica e o crime organizado

nas últimas duas décadas. Não só no plano substantivo (incluindo a agravação de penas), mas também na prática judicial e nos instrumentos legais aplicáveis.

Uma parte dessas soluções encontra-se acolhida na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que prevê vários mecanismos especiais de combate à criminalidade económico-financeira e ao crime organizado (formas especiais de vigilância e quebra simplificada de segredo, por exemplo). Talvez o instrumento mais consequente nesse plano seja o regime de perda alargada de vantagens do crime. Para além do regime da perda tradicional de vantagens e instrumentos do crime, a Lei n.º 5/2002 prevê a possibilidade de a perda se estender, em alguns crimes do catálogo do artigo 1.º, a vantagens e património obtido e detido nos cinco anos anteriores ao crime imputado ao arguido, com fundamento numa presunção de origem igualmente criminosa desse património (artigo 7.º da citada Lei n.º 5/2002). O arguido pode demonstrar no processo a origem lícita de tal património, contrariando a presunção legal. Mas se não o fizer mantém-se o confisco desses bens.

A solução existe entre nós desde 2002, mas só em 2015 ganhou um âmbito de aplicação mais intenso, em função do conforto oferecido por três acórdãos do Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 101/2015, n.º 392/2015 e n.º 476/2015). Estas decisões, em suma, consideraram tal apreensão e perda legítimas e compatível com a presunção de inocência do arguido, por se tratar de um mecanismo administrativo autónomo ao processo penal, sem implicar a imputação de responsabilidade criminal por tais factos, com garantias suficientes no plano da proporcionalidade e da possibilidade de reacção dos interessados.

## VII. EFICIÊNCIA E CELERIDADE: O ENDEUSAMENTO DO FLAGRANTE DELITO E O ÂMBITO DO PROCESSO SUMÁRIO

No processo penal português existem três formas especiais de processo (mais simples e céleres), o processo sumário, o sumaríssimo e o abreviado (artigos 381.º e seguintes do Código de Processo Penal), destinados a pequena e média criminalidade, e uma forma comum (mais estruturada e potencialmente mais lenta, artigos 262.º e ss, do mesmo código).

O processo sumário inicia-se com uma detenção em flagrante delito, seguindo-se um julgamento num curto espaço de tempo (em regra, 5 dias). Só casos de pequena e média gravidade, com penas que não ultrapassem os 5 anos de prisão, podem ser julgados em processo sumário. Cerca de ¼ dos julgamentos penais por ano

(aproximadamente) são realizados em processo sumário.

Contudo, em 2013, o legislador resolveu alargar o âmbito de aplicação do processo sumário, em nome da celeridade processual. Para o efeito, alargou o campo de aplicação do processo sumário a crimes graves e muito graves, incluindo homicídios, incêndios, tráfico de droga, roubos, desde que o agente fosse detido em flagrante delito.

A solução gerou algum caos normativo e judicial. Alguns Tribunais declararam a inconstitucionalidade do novo regime e o Tribunal Constitucional confirmou em oitos casos consecutivos essa desconformidade com a lei fundamental. Finalmente, o Ac. do TC n.º 174/2014, declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do novo regime do processo sumário, na parte em que permitia que crimes graves, com penas superiores a 5 anos de prisão, fossem julgados em processo sumário (e perante um tribunal singular).

Durante dois anos não foi completamente claro qual seria o regime aplicável, pois a declaração de inconstitucionalidade abrangia algumas normas da reforma de 2013, mas não todas. A Lei n.º 1/2016 veio repor a solução anterior a 2013, não permitindo o julgamento de crimes graves e muito graves em processo sumário.

Em suma, a obsessão política pela eficácia securitária não compensou: só gerou mais problemas e atrasos.

### VIII. NOVAS TECNOLOGIAS, CIBERCRIMINALIDADE E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: O NOVO MUNDO DOS NOVOS MEIOS DE PROVA

Talvez o fenómeno que tem produzido alterações mais profundas e significativas no sistema penal nas últimas décadas seja a evolução tecnológica, no domínio da informática e das telecomunicações. Fenómeno que tem duas dimensões distintas: por um lado, novas formas de relacionamento entre as pessoas com novas modalidades de crimes, cometidos no ciberespaço; e, por outro lado, o aparecimento de novos meios de comunicação que, ficando arquivados, permitem reconstituir os factos com novas modalidades de provas.

A expansão de uns e de outros tem sido significativa. Por um lado, crimes «tradicionais» como a burla (artigo 217.º Código Penal) passaram integrar novas modalidades de engano cometidos por via tecnológica. Por outro, o legislador tem sucessivamente alargado o elenco de incriminações previstas na Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro), que abrangem desde as falsidades à intromissão informática.

No domínio da prova, a evolução tecnológica tem entrado na vigência das leis existentes que, a custo, se vão actualizado para eliminar dúvidas sobre a admissibilidade dos suportes probatórios. O que abrange realidades tão distintas como as mensagens de correio electrónico, os registos de geo-localização, conversas mantidas em redes sociais ou informação obtida à distância (sendo a mais delicada o uso de *malware* para o efeito).

A lei portuguesa tem uma norma geral de extensão do regime das escutas a outras formas de comunicação por meio distinto do telefone (artigo 189.º do CPP), o que cobre uma parte das realidades, mas não abrange outras (como seja a comunicação automática entre máquinas, sem conversação de pessoas). Uma parte substancial destes novos suportes com valor probatório acaba por ficar sujeito ao regime especial da Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009), que prevê e regula as formas legais de acesso a parte desta informação.

### IX. METADADOS, PRIVACIDADE E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Relacionado com este último tema, surgiu recentemente um novo problema para o processo penal português decorrente da apreciação que o Tribunal Constitucional realizou da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho. Transpondo o Direito europeu (Directiva 2006/24/CE), esta lei determinou que as operadoras conservassem em arquivo bloqueado, durante um ano, todos os dados de base, dados de tráfego e dados de localização (estática e dinâmica) de todas as comunicações realizadas no país. Estes dados passaram, entretanto, a ser designados entre nós (de forma algo imprecisa) por «metadados». O acesso a esta informação para efeitos judiciais (transferência para os processos criminais) seguia um processo mais exigente, com necessidade de se obter autorização fundamentada do juiz do processo. Contudo, em 2014 o TJUE, no seu acórdão de 8 de Abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd* e outros, declarou a invalidade da Directiva citada, por violação dos princípios da protecção da vida privada e familiar e da protecção de dados pessoais, consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da EU. A situação portuguesa manteve-se inalterada do ponto de vista legislativo, embora a Comissão Nacional de Protecção de Dados tivesse desapplicado a lei com fundamento na decisão do TJUE.

Recentemente, o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 268/2022, de 19 de Abril, a partir de um pedido de apreciação da constitucionalidade feito pela Provedora da Justiça, declarou a inconstitucionalidade



do regime de obtenção e conservação indiscriminada de dados (metadados). O problema central resulta de a lei impor às operadoras a obtenção e conservação dos dados de todas as comunicações, com violação desproporcionada da reserva da vida privada e do direito de acesso das pessoas titulares desses dados; e, num segundo patamar, foi ainda apontado o facto de os dados poderem ser transmitidos para um processo criminal sem a pessoa em causa saber desse facto.

As consequências processuais desta decisão são significativas, podendo distinguir-se duas situações diferentes:

Relativamente aos processos em curso, quando tenham sido utilizados metadados obtidos nos termos citados, a declaração de inconstitucionalidade da lei retira cobertura legal à derrogação da privacidade e faz com que tais elementos sejam considerados provas proibidas (artigo 126.º, n.º 3, do CPP) a excluir dos processos em causa (por a sua obtenção já não ter apoio legal). Os processos terão de ser analisados, a prova eliminada, verificar o efeito à distância sobre outros actos processuais e outros meios de prova, promovendo-se a obtenção de prova independente quando tal se revelar possível.

Quanto aos processos já transitados em julgado, onde se tenham utilizado dados obtidos, conservados e transmitidos ao abrigo da citada lei, a declaração de inconstitucionalidade em princípio não os atinge, por o Tribunal não ter determinado esse efeito retroactivo extremo (artigo 282.º, n.º 3 da Constituição). Mas as opiniões já antecipadas sugerem que a questão será controvertida, pois alguns autores consideram que ao não atingir os casos julgados a legalidade das provas não pode ser debatida, enquanto outros entendem que haverá fundamento para a interposição de um recurso extraordinário de revisão (artigo 449.º do CPP), por surgirem, posteriormente ao trânsito em julgado, provas proibidas no processo. Esta última opinião supõe, contudo, resolvido do problema que se pretende resolver: o da ilegalidade retroactiva da prova mesmo nos processos transitados em julgado. Adivinham-se por isso tempos complexos que vão motivar a intervenção do Supremo Tribunal de Justiça quanto à admissibilidade ou inadmissibilidade de tais recursos.

## X. MEGAPROCESSOS, TEMPO JUDICIAL E PERCEÇÃO SOCIAL DOS FACTOS

Finalmente, a última década tem sido marcada por alguns fenómenos dos chamados «megaprocessos». Isto é, casos de investigação muito complexa, com

muitas histórias e factos cruzados, com personagens distintas de vários sectores da vida pública (política, economia, desporto) e com escritórios de advogados com uma presença processual muito forte.

Estes casos apresentam em regra três características: muitos factos entrecruzados, investigações demoradas e complexas e acusações muito extensas (com mais de quatro mil páginas).

Não são muitos os «megaprocessos», mas são bastantes os problemas que suscitam. O principal problema é a duração excessiva das fases processuais e os riscos de prescrição. O segundo problema, é a dificuldade de os sujeitos processuais dominarem o processo com tal extensão probatória e exercerem de forma segura o contraditório. O terceiro problema é a assimetria de percepção entre os conhecedores do sistema judiciário e o público em geral, pois para este é incompreensível a delonga processual e para os primeiros essa demora resulta compreensivelmente da própria investigação e do exercício de direitos processuais legítimos. O que normalmente redundava numa condenação social antecipada dos arguidos e do próprio sistema de justiça penal.

Os «megaprocessos» não são uma figura congruente com o modelo de processo que temos. Mas a sua importância é manifestamente empolada: por um lado, correspondem a uma pequena fracção do quotidiano judicial (gerando problemas que não têm projecção sistémica noutros processos); e, por outro, nem sempre os factos em processos complexos se podem fragmentar em processos mais pequenos, pois a multiplicidade dos mesmos criará outros problemas, como o distanciamento da verdade material, a perda de factualidade relevante e a multiplicação de recursos e de defesas em várias instâncias processuais simultâneas.

Em suma, os «megaprocessos» são de evitar, se tal for possível, e exigem uma gestão eficiente se forem inevitáveis. Mas são, na verdade e apenas, uma pequena parte que não se confunde com o todo, no sistema penal português.

## Ucrania

**Volodymyr Hulkevych**

*Doctor en Derecho*

*Fiscalía regional de Ivano-Frankivsk*

## I. INTRODUCCIÓN

El 24 de agosto de 1991, la Rada Suprema de la República Socialista Soviética (El Parlamento) de Ucrania declaró la independencia de Ucrania y decidió que solo

estaban en vigor en Ucrania su Constitución, leyes, resoluciones gubernamentales y otros actos legislativos de la república. La independencia de Ucrania fue apoyada por el 90% de la población de Ucrania en el referéndum de toda Ucrania el 1 de diciembre de 1991.

En el momento de la restauración de la independencia en Ucrania, estaba en vigor el Código Penal de la RSS de Ucrania, adoptado el 28 de diciembre de 1960. La Ley de Ucrania de 17 de junio de 1992 № 2468-XII cambió su nombre por el de Código Penal de Ucrania (en adelante, el Código Penal de 1960). Cabe señalar que el Código Penal de 1960 fue la única ley que preveía la responsabilidad penal por los delitos.

Durante 1992-1996, la Rada Suprema de Ucrania aprobó 43 leyes y modificó el Código Penal de 1960, con el objetivo principal de humanizar las disposiciones del código, privarlo de las disposiciones de un estado totalitario y mitigar el castigo.

Por ejemplo, la Ley de 6 de marzo de 1992 № 2175-XII, abolió penas tan inhumanas y propias del régimen estalinista, como el exilio y la deportación. La ley de 15 de mayo de 1992 del Código Penal de 1960 excluyó el art. 138 y abolió la responsabilidad penal por violar las leyes sobre la separación de la iglesia y el estado y la escuela de la iglesia.

Probablemente la única reforma más o menos integral y amplia del Código Penal de 1960 en el período hasta 1997 fue la desideologización y despenalización de la parte del código que preveía la responsabilidad penal por delitos contra el Estado. La citada Ley de 17 de junio de 1992 № 2468-XII reformuló el Capítulo I “Delitos contra el Estado” de la Parte Especial del Código Penal de 1960, que constaba de dos secciones: 1. “Delitos contra el Estado de especial peligrosidad” y 2. “Otros delitos contra el Estado”.

En particular, el legislador excluyó del código siete artículos que preveían la responsabilidad penal por delitos ideológicamente motivados y anacrónicos, como el sabotaje (art. 61), las llamadas a cometer delitos contra el Estado (art. 62-1), las actividades organizativas destinadas a cometer delitos contra el Estado especialmente peligrosos, así como la participación en una organización antisoviética (art. 64), delitos contra el Estado especialmente peligrosos cometidos contra otro Estado de trabajadores (art. 65), evasión en tiempo de servicio o pago de impuestos (art. 74), incumplimiento informar sobre delitos contra el Estado (art. 80-1) y encubrimiento de delitos contra el Estado (art. 80-2). Algunos de estos artículos del Código Penal de Ucrania de 1960 fueron utilizados por las autoridades soviéticas

para perseguir a los opositores al régimen socialista totalitario.

Al mismo tiempo, la ley complementó el código con el art. 56-1 “Conspiración para derrocar por la fuerza el orden constitucional o tomar el poder estatal”. La mención de la URSS y otras expresiones ideológicas y políticas fue excluida del texto de muchos artículos.

## II. MODIFICACIONES IMPORTANTES DEL CÓDIGO PENAL DE UCRANIA DE 1960 (1997-2001)

Desde 1992, Ucrania ha estado trabajando para desarrollar un nuevo Código Penal, pero a partir del 1 de enero de 1997, el Código Penal de 1960 siguió vigente en el país, perdiendo gradualmente sus características soviéticas. El Código Penal de 1960 constaba de la Parte General y la Parte Especial, las cuales contenían cinco y once capítulos, respectivamente.

Las reformas sistémicas del Código Penal de 1960 durante 1997-2000 no se llevaron a cabo, pero el texto del código fue reformado por 19 leyes. Las razones de los cambios en las disposiciones del Código Penal de 1960 fueron la difícil situación económica, la adhesión de Ucrania a varios convenios internacionales, etc.

En particular, la Ley de 7 de octubre de 1997 № 552/97-BP complementó el Código Penal de 1960 con los artículos 80-3 y 80-4, que establecen la responsabilidad penal por violar la legislación sobre el sistema presupuestario de Ucrania y por dictar normas que contravengan la ley cambio presupuesto ingresos y gastos.

A pesar de que Ucrania ha estado involucrada en la trata de personas desde el comienzo del colapso de la Unión Soviética a fines de la década de 1980, hace mucho tiempo que no se ha introducido la responsabilidad penal por un delito tan peligroso. Y solo la Ley de 24 de marzo de 1998 № 210/98-BP complementó el Código Penal de 1960 con el art. 124-1, que por primera vez preveía la responsabilidad penal por hechos delictivos relacionados con la trata de personas. Además, la misma ley modificó el código del art. 115-1 “Acciones ilegales en materia de adopción (adopción)”.

La Ley de 15 de julio de 1999 № 974-XIV establece en una nueva redacción tres artículos del Capítulo IV «Delitos contra los derechos y libertades electorales, laborales y otros personales del hombre y del ciudadano» de la Parte Especial del Código Penal de 1960: art. 127 “Obstrucción del ejercicio del derecho al voto o del trabajo de la comisión electoral”, art. 128 “Uso indebido de papeletas, documentos electorales falsificados o conteo incorrecto de votos o anuncio incorrecto de resultados electorales” y el art. 129 “Violación del

secreto del voto”. El legislador aclaró los tipos de actos delictivos contra el derecho al voto de los ciudadanos, aumentó la responsabilidad penal por su comisión bajo circunstancias agravantes.

En el mismo año, el Capítulo X “Delitos contra la seguridad pública, el orden público y la salud pública” fue complementado por tres normas que introdujeron la responsabilidad penal por los delitos contra el medio ambiente y la salud de los niños, a saber: el art. 228-8 “Producción de productos a partir de desechos o con su uso o venta de dichos productos sin la documentación reglamentaria y técnica y tecnológica apropiada”, art. 228-9 “Almacenamiento o eliminación no autorizados de residuos” y el art. 228-10 “Participación de menores en la recogida organizada de residuos (como materia prima secundaria) peligrosos para la salud” (La Ley de 14 de diciembre 1999 № 1288-XIV).

El artículo 24 del Código Penal de 1960 preveía una medida excepcional de pena: la pena de muerte, en forma de ejecución, que se aplicaba a delitos particularmente graves en los casos específicamente previstos en la Parte Especial del Código. Las personas menores de dieciocho años y las mujeres que estaban embarazadas en el momento del delito o en el momento de la sentencia no podían ser sentenciadas a muerte. La pena de muerte tampoco se podía aplicar a una mujer que estaba embarazada en el momento de la ejecución.

Desde la restauración de la independencia de Ucrania, el problema de la existencia de este tipo de pena se ha discutido de manera extremadamente activa y aguda. Por decisión del Tribunal Constitucional de Ucrania del 29 de diciembre de 1999, las disposiciones del art. 24 de la Parte General y las disposiciones de las sanciones de los artículos de la Parte Especial del Código Penal de 1960, que preveían la pena de muerte como forma de pena, se reconocieron como incompatibles con la Constitución de Ucrania. Y solo la Ley de 22 de febrero de 2000 № 1483-III, art. 24 está excluido del Código Penal de 1960 y de todos los artículos de la Parte Especial del Código. La misma ley complementó el Código Penal de 1960 con el art. 25-2 e introdujo un nuevo tipo de pena: la prisión perpetua, que se imponía por la comisión de un delito particularmente grave y se aplicaba en los casos específicamente previstos por el Código, si el tribunal no consideraba posible aplicar la prisión por un período específico. La prisión perpetua no se aplicaba a las personas menores de 18 años que cometieron delitos, a las personas mayores de 65 años ni a las mujeres embarazadas en el momento del delito o en el momento de la sentencia.

La exclusión, finalmente, del art. 80 “Violación de las reglas de las transacciones de divisas” del Código Penal se puede llamar un cambio significativo. La responsabilidad penal por compra, venta, cambio, uso ilegal de valores monetarios existe en este código desde hace casi cuarenta años. Esta norma fue uno de los símbolos peculiares del represivo derecho penal soviético, porque, de 1961 a 1992, por violaciones de transacciones de divisas cometidas bajo circunstancias agravantes, la Parte 2 del art. 80 del Código Penal de Ucrania de 1960 previó la pena de muerte.

Se realizaron otros cambios y adiciones no sistemáticos al Código Penal de 1960 debido tanto a razones populistas como a la necesidad de mejorar el derecho penal de conformidad con las convenciones internacionales y otras leyes nacionales.

### III. LA PRIMERA CODIFICACIÓN NACIONAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL. CÓDIGO PENAL DE UCRAJIA DE 2001

Casi veinte años de trabajo sobre la nueva ley sobre responsabilidad penal terminaron con la adopción por parte de la Rada Suprema de Ucrania el 5 de abril de 2001 del nuevo Código Penal de Ucrania (La Ley de 5 de abril 2001 № 2341-III, en adelante, el Código Penal). El proyecto de Código Penal se ha debatido repetidamente con expertos del Consejo de Europa, representantes del Tribunal Supremo de Ucrania, la Fiscalía General de Ucrania, el Ministerio de Justicia, el Servicio de Seguridad de Ucrania y el Ministerio del Interior. Inicialmente, el Código Penal constaba de la Parte General y la Parte Especial, las cuales se dividían en quince y veinte secciones, respectivamente, el número total de artículos alcanzaba los 447.

Por primera vez, el Código Penal consagra principios fundamentales del derecho penal civilizado como *nullum crimen, nullum poena sine lege, non bis in idem*, y prohíbe la aplicación de la ley sobre la responsabilidad penal por analogía (artículos 2 y 3). El art. 11 del Código Penal establece que un delito es un acto delictivo socialmente peligroso (acción o inacción) previsto en este Código, cometido por el sujeto del delito. Según la gravedad, que se caracteriza por lo definido en uno u otro artículo de la Parte Especial del Código, los delitos se dividen en delitos de menor gravedad, mediana gravedad, graves y especialmente graves (art. 12).

El Código Penal mantuvo la edad anterior de dieciséis años para la posibilidad de persecución penal, así como una edad reducida de catorce años para determinados delitos, de los que se da una lista exhaustiva en el

art. 20 del Código. Por primera vez se introdujo el concepto de responsabilidad limitada, cuando una persona a causa de una enfermedad mental no puede ser plenamente consciente de sus actos ni controlarlos (art. 20).

La negativa prearbitraria a cometer un delito por parte de ciertos tipos de cómplices y el impacto de la negativa voluntaria de un cómplice en la calificación de las acciones de otro se definen en el art. 31 del Código Penal.

El legislador amplió el sistema de penas alternativas a la prisión, introdujo el principio de formación de sanciones de la Parte Especial de penas menos severas a más severas. En particular, por primera vez, se prevén nuevos tipos de pena, como el servicio a la comunidad, el arresto y la restricción de la libertad (art. 51). Ucrania finalmente ha renunciado a la pena de muerte, imponiendo la prisión perpetua solo por delitos combinados con homicidio premeditado con circunstancias agravantes.

El objeto de la pena es el castigo, la corrección del condenado, la prevención especial y general de los delitos. La pena no tiene por objeto causar sufrimiento físico o humillación de la dignidad humana (art. 50).

El artículo 51 del Código Penal preveía doce tipos de sanciones penales, a saber: multa, privación de grado militar, grado especial, grado o clase de calificación, privación del derecho a ocupar determinados cargos o participar en determinadas actividades, servicio a la comunidad, correccional trabajo, restricciones a los militares, confiscación de bienes, arresto, restricción de la libertad, detención en un batallón disciplinario de militares, prisión por tiempo determinado, prisión perpetua. Algunas de estas penas se imponen como básicas, otras como básicas y adicionales, y otras solo como adicionales.

Las Secciones separadas XIV «Medidas obligatorias de carácter médico y tratamiento obligatorio» y XV «Peculiaridades de la responsabilidad penal y sanción de los menores» contienen artículos que regulan las causales y el procedimiento para la aplicación de medidas coercitivas de carácter médico, así como la diferenciación e individualización de la responsabilidad de los menores.

La Parte Especial del Código Penal constaba inicialmente de 339 artículos en veinte Secciones: I “Delitos contra los fundamentos de la seguridad nacional de Ucrania”, II “Delitos contra la vida y la salud de una persona”, III “Delitos contra la voluntad, el honor y dignidad de la persona”, IV “Delitos contra la libertad sexual y la integridad sexual de la persona”, V “Delitos contra los derechos y libertades electorales, laborales

y demás personales del hombre y del ciudadano”, VI “Delitos contra la propiedad”, VII “Delitos en el ámbito de la actividad económica”, VIII “Delitos contra el medio ambiente”, IX “Delitos contra la seguridad pública”, X “Delitos contra la seguridad de la producción”, XI “Delitos contra la seguridad y funcionamiento del tránsito”, XII “Delitos contra el orden público y la moral”, XIII “Delitos en materia de drogas, sustancias psicotrópicas, precursores y otros delitos contra la salud pública”, XIV “Delitos en materia de protección de secretos de Estado, inviolabilidad de las fronteras estatales, garantía de reclutamiento y movilización”, XV “Delitos contra la autoridad de las autoridades públicas, órganos de autogobierno local y asociaciones de ciudadanos”, XVI “Delitos en el campo del uso de computadoras electrónicas (computadoras) y redes informáticas”, XVII “Delitos en el ámbito de la actividad oficial”, XVIII “Delitos contra la justicia”, XIX “Delitos contra el orden establecido del servicio militar (delitos militares)”, XX “Delitos contra la paz, la seguridad de la humanidad y el orden internacional”.

La Parte Especial del Código Penal se complementó con secciones VIII, XVI y XX completamente nuevas. Por primera vez, se introdujo la responsabilidad penal por una serie de delitos ambientales (art. 236 “Violación de las normas de seguridad ambiental”, art. 237 “Falta de adopción de medidas para eliminar las consecuencias de la contaminación ambiental”, art. 253 “Diseño u operación de edificios sin sistemas de protección ambiental”). Ucrania ha cumplido con sus obligaciones internacionales y ha reconocido los delitos la planificación, preparación, resolución y conducción de guerras de agresión (art. 437), uso de armas de destrucción masiva (art. 439), genocidio (art. 442) y otros.

El legislador finalmente combinó en una sola sección los delitos contra toda clase de la propiedad, que en el Código Penal de 1960 por razones ideológicas fueron colocados artificialmente en dos capítulos distintos: “Delitos contra la propiedad estatal y colectiva” y “Delitos contra la propiedad personal” (desde 1992 – la propiedad individual). Se abolió la protección penal reforzada de la propiedad estatal y colectiva.

La Sección VII “Delitos en el ámbito de la actividad económica” incluía una serie de delitos nuevos como “Actos ilícitos con documentos de transferencia, tarjetas de pago y otros medios de acceso a cuentas bancarias, equipos para su fabricación” (art. 200), “Fabricación ilegal, almacenamiento, enajenación o transporte para la venta de bienes sujetos a impuestos especiales” (art. 204), “Evasión de devolución del producto en



moneda extranjera” (art. 207), “Legalización (lavado) de fondos y otros bienes obtenidos por medios delictivos” (art. 209), “Violación de las reglas de entrega de metales preciosos, piedras preciosas” (art. 214), “Fabricación, venta o uso ilegal de sellos estatales” (art. 217), “Acciones ilegales en caso de quiebra” (art. 221), “Falsificación de medios de medida” (art. 226), “Uso ilegal de una marca registrada” (art. 229), “Violación de la ley antimonopolio” (art. 230), “Privatización ilegal de bienes estatales y municipales” (art. 233), “Ilegalidad acciones contra papeles de privatización” (art. 234), “Incumplimiento por parte de una persona de las condiciones obligatorias para la privatización de bienes o empresas estatales o municipales y su uso posterior” (art. 235).

Una característica del nuevo Código Penal es un aumento en el número de normas que fomentan el arrepentimiento efectivo después de la comisión de un delito, lo que permite liberar a una persona de la responsabilidad penal.

#### IV. IMPORTANTES REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL DE UCRANIA (2000-2022)

Las esperanzas de que la codificación permita el uso del nuevo Código Penal durante un largo período de tiempo sin hacer cambios y adiciones fueron en vano. Menos de un año después, la Rada Suprema de Ucrania continuó con la práctica de larga data de hacer cambios y adiciones ocasionales al Código. En general, las razones de numerosos cambios en el Código Penal fueron el cambio repetido del rumbo de Ucrania hacia la integración en la Unión Europea, el rechazo de este rumbo y el regreso a él, cambios sociales que tuvieron lugar después de la Revolución Naranja de 2004-2005 y la Revolución de la Dignidad de 2013-2014, la guerra ruso-ucraniana en 2014, la anexión por parte de la Federación Rusa de la República Autónoma de Crimea y la ocupación de las regiones de Donetsk y Lugansk por parte de este estado y, finalmente, el ataque a gran escala de la Federación Rusa contra Ucrania en 2022.

A veces, algunos cambios y adiciones al Código Penal no entraron en vigor en absoluto, porque después de un corto período de tiempo se derogaron las leyes por las que se introdujeron. Por ejemplo, nueve leyes aprobadas por la Rada Suprema de Ucrania el 16 de enero de 2014 en medio de los sangrientos acontecimientos de la Revolución de la Dignidad fueron derogadas el 28 de enero de 2014.

Durante las dos décadas anteriores al Código Penal se reformaron más de 240 leyes, por lo que, dado el

alcance de este artículo, analizaré las reformas más significativas del Código<sup>1</sup>.

#### 1. Cambios en el Código Penal por el reforzamiento de la lucha contra el terrorismo<sup>2</sup>

Ucrania ratificó el Convenio del Consejo de Europa para la Prevención del Terrorismo de 2005 y la Ley de 21 de septiembre de 2006 № 170-V complementó la Sección IX “Delitos contra la Seguridad Pública” con cuatro artículos que establecen y aclaran la responsabilidad penal por ciertos actos de terrorismo. Antes de la aprobación de esta ley, el Código Penal contenía un solo artículo sobre la responsabilidad penal por cometer o amenazar con cometer un acto terrorista, así como otros actos relacionados con el terrorismo (art. 258 “Acto terrorista”).

Por lo tanto, el art. 258 del Código Penal ha sufrido algunas modificaciones, y el art. 258-1-258-4 amplió la gama de delitos relacionados con el terrorismo. En particular, se ha introducido la responsabilidad penal:

- por participación de una persona en la comisión de un acto terrorista o coacción para cometer un acto terrorista con el uso de engaño, chantaje, vulnerabilidad de una persona, o con el uso o amenaza de violencia (art. 258-1 del Código Penal);
- llamamientos públicos para cometer un acto terrorista, así como la distribución, producción o almacenamiento con el fin de difundir materiales con tales llamamientos (art. 258-2 del Código Penal);
- creación de un grupo terrorista u organización terrorista, liderazgo de tal grupo u organización o participación en él, así como asistencia material, organizativa o de otro tipo a la creación o funcionamiento de un grupo terrorista u organización terrorista (art. 258-3 de la Código Penal);
- reclutamiento, financiación, apoyo material, armamento, entrenamiento de una persona con el fin de cometer un acto terrorista, así como la utilización de una persona para este fin (art. 258-4 del Código Penal).

La responsabilidad penal por financiación del terrorismo fue mejorada por la Ley de 18 de mayo de 2010 № 2258-VI, que complementó el art. 258-5.

#### 2. Introducción de la responsabilidad penal por delitos de corrupción en el sector privado

La Ley de 11 de junio de 2009 № 1508-VI complementó la Parte Especial del Código Penal con la Sección VII-A “Delitos en el ámbito de la actividad oficial en las personas jurídicas de derecho privado y actividad

profesional relacionada con la prestación de servicios públicos”, que constaba de 5 artículos.

El artículo 235-1 del Código Penal “Abuso de poder” establece la responsabilidad penal por el uso intencional, con el fin de obtener un beneficio ilegal para sí o para otros, de un funcionario de una persona jurídica de derecho privado, sus poderes en contra de los intereses de esta persona jurídica, si causó un daño sensible a los derechos legalmente protegidos y los intereses de los ciudadanos individuales, personas jurídicas, los intereses de la sociedad o el estado.

El artículo 235-2 “Exceso de autoridad” tipifica como delito la comisión dolosa por un funcionario de una persona jurídica privada de acciones que vayan claramente más allá de las facultades atribuidas, si causaron un daño sensible a los derechos e intereses legalmente tutelados de las personas físicas, jurídicas, de la sociedad o el estado.

El artículo 235-3 “Abuso de poder por parte de las personas que prestan servicios públicos” prevé la responsabilidad penal por un acto mencionado en el artículo 235-1 del Código Penal cometido por un auditor, notario, perito, tasador, árbitro u otra persona que ejerza una actividad profesional, actividades relacionadas con la prestación de servicios públicos, así como un mediador independiente o miembro del arbitraje laboral en la consideración de conflictos colectivos de trabajo.

El artículo 235-4 “Cohecho comercial” introdujo la responsabilidad penal por ofrecer, proporcionar o transferir a un funcionario de una persona jurídica privada un beneficio ilegal por actos u omisiones utilizando los poderes que se le han otorgado en interés de la persona que proporciona o transfiere dichos beneficios o en interés de terceros, así como por recibir beneficios ilegales por parte de dicho funcionario.

La responsabilidad por los mismos actos cometidos por un auditor, notario, perito, tasador, árbitro u otra persona que ejerza actividades profesionales relacionadas con la prestación de servicios públicos, así como un mediador independiente o miembro del arbitraje laboral en conflictos colectivos de trabajo, establecida en 235-6 “Cohecho a persona que presta servicios públicos”.

La Sección VII-A duró poco en la Parte Especial del Código Penal, fue excluida por la Ley de 21 de diciembre de 2010 № 2808-VI. El Estado no ha demostrado consistencia en la lucha contra la corrupción en el sector privado.

Sin embargo, la Ley de 7 de abril de 2011 № 3207-VI, la Sección XVII “Delitos en el ámbito de la actividad oficial y actividad profesional relacionada con la

prestación de servicios públicos” de la Parte Especial del Código Penal” fue complementada con artículos que restablecen la responsabilidad penal por corrupción en el sector privado: art. 364-1 “El abuso de autoridad de un funcionario de una persona jurídica de derecho privado, independientemente de su forma organizativa y jurídica”, Art. 365-1 “El exceso de autoridad de un funcionario de una persona jurídica de derecho privado, independientemente de su forma organizativa y jurídica”, art. 365-2 “El abuso de los poderes de las personas que prestan servicios públicos”, art. 368-3 “El cohecho comercial de un funcionario de una persona jurídica de derecho privado, independientemente de su forma organizativa y jurídica”, art. 368-4 “Cohecho de una persona que presta servicios públicos”.

### 3. Establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La cuestión del establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la doctrina nacional ucraniana se ha debatido durante décadas. Finalmente, la Ley de 23 de mayo de 2013 № 314-VII La Parte General del Código Penal fue complementada por la Sección XIV-1 “Medidas de carácter penal contra las personas jurídicas”.

El artículo 96-3 del Código Penal define los motivos para la aplicación de medidas de carácter penal a las personas jurídicas, que reconocen la comisión de su persona autorizada:

1) en nombre y en interés de la persona jurídica de cualquiera de los delitos previstos en el art. 209 “Legalización (blanqueo) de bienes obtenidos por medios delictivos”, 306 “Uso de fondos obtenidos del tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sus análogos, precursores, sustancias venenosas o potentes o drogas venenosas o potentes”, parte 1 y 2 del art. 368-3 “Cohecho de un funcionario de una persona jurídica de derecho privado, independientemente de su forma organizativa y jurídica”, parte 1 y 2 del art. 368-4 “Cohecho de una persona que presta servicios públicos”, art. 369 “Oferta, promesa o provisión de beneficio indebido a un funcionario”, art. 369-2 “Abuso de influencia”;

2) en nombre de una persona jurídica de cualquiera de los delitos previstos en el art. 258-258-5 (los delitos relacionados con actividades terroristas).

Según el art. 96-4 del Código Penal, las medidas de derecho penal contra las personas jurídicas se pueden aplicar a cualquier persona jurídica, excepto los órganos estatales, las autoridades de la República Au-

tónoma de Crimea, los gobiernos locales, las organizaciones establecidas por ellos de la manera prescrita, mantenidas en su totalidad por el presupuestos estatales o locales, fondos de seguros sociales estatales obligatorios, el Fondo de Garantía de Depósitos de particulares, así como organismos internacionales.

En el art. 96-1 del Código Penal define tres tipos de medidas de carácter penal aplicables a las personas jurídicas: multa, confiscación de bienes y liquidación. Otras normas del artículo definen las reglas de aplicación de las medidas de carácter penal a las personas jurídicas.

En los años siguientes, la Sección XIV-1 de la Parte Especial del Código Penal fue enmendada repetidamente, en particular, la gama de delitos por los cuales las personas jurídicas pueden estar sujetas a medidas de carácter penal se amplió significativamente.

#### **4. Modificación de la clasificación de las contravenciones penales**

Durante décadas, los académicos han debatido la necesidad de mejorar la gradación de los delitos, ya que el Código Penal preveía la responsabilidad penal solo para los delitos que se dividían en delitos menores, delitos moderados, delitos graves y especialmente graves. Se propuso introducir la institución de «infracciones penales» en diversas formas, en particular, mediante la adopción de un código separado sobre infracciones penales o complementando el Código Penal con una parte separada. Sin embargo, el legislador tomó una decisión más simple, distinguiendo las infracciones penales de los delitos por tipo y monto de castigo por un u otro acto en particular.

Por la Ley de 22 de noviembre de 2018 № 2617-VIII, en el texto del Código Penal, la palabra “delito” fue cambiada por las palabras “contravención penal”. En consecuencia, en el art. 11 del Código Penal, como una contravención penal se ha reconocido un acto delictivo socialmente peligroso (acción u omisión) cometido por el sujeto de una contravención penal. Esta ley entró en vigor solo el 1 de julio de 2020.

La tipificación de las contravenciones penales ha sufrido modificaciones importantes, que han sido divididos en delitos y infracciones penales (art. 12).

Como una infracción penal se reconoce un acto (acción u omisión) previsto por el Código Penal, cuya pena principal es una multa de no más de tres mil rentas mínimas no imponibles de los ciudadanos u otra pena no relacionada con la prisión.

Como resultado, los delitos comenzaron a dividirse en no graves, graves y especialmente graves.

Como un delito no grave es un acto (acción u omisión) previsto en el Código Penal, cuya pena principal es la multa no mayor de diez mil rentas mínimas no imponibles de los ciudadanos o la pena privativa de libertad por un período no superior a cinco años.

Como un delito grave es un acto (acción u omisión) determinado por el Código Penal, cuya pena principal es una multa no mayor de veinticinco mil rentas mínimas no imponibles de los ciudadanos o pena privativa de libertad por un período no superior a diez años.

Como un delito de especial gravedad es un acto (acción u omisión) previsto por el Código Penal, cuya pena principal es la multa de más de veinticinco mil rentas mínimas no imponibles de los ciudadanos, la pena privativa de libertad mayor de diez años o la cadena perpetua.

En general, como infracciones penales se han reconocido aquellos delitos anteriores de menor gravedad, para cuya comisión no se previó la sanción en forma de prisión o multa no mayor de tres mil rentas mínimas no imponibles de los ciudadanos. Al mismo tiempo, los delitos punibles con pena de prisión o con una multa mayor fueron reconocidos como delitos menores.

La gradación de las contravenciones penales implementada ha provocado un aumento de los montos de multas en las sanciones de muchas normas, un cambio en las condiciones de exención de responsabilidad penal por arrepentimiento efectivo, en libertad condicional temprana y en la sustitución de la pena no cumplida por una pena más leve.

Sin embargo, no se ha realizado una criminalización masiva de las infracciones administrativas, salvo el reconocimiento como un delito penal la conducción de vehículos bajo los efectos del alcohol, drogas u otros intoxicantes o bajo los efectos de drogas que reducen la atención y la velocidad de reacción. Tampoco ha efectuado la despenalización de los delitos, lo que se ha debatido en los últimos años.

#### **5. Cambios al Código Penal debido al agresivo ataque de la Federación Rusa a Ucrania el 24 de febrero de 2022**

El 24 de febrero de 2022, la Federación Rusa atacó el territorio de Ucrania sin ningún motivo ni declaración formal de guerra y lanzó una acción militar en toda regla, a la que hipócritamente llama «operación militar especial».

En marzo y abril de 2022, el legislador ucraniano respondió a los desafíos planteados por la agresión militar de la Federación Rusa y aprobó varias leyes que establecieron la responsabilidad penal por actos que amenazan la seguridad del estado en tiempos de guerra. Además, se ha reforzado la responsabilidad por delitos penales ya existentes. Varios miembros del parlamento prepararon enmiendas al Código Penal durante el bombardeo con cohetes y artillería de Kyiv, frente a una amenaza inmediata para el parlamento ucraniano, y fueron aprobadas no por una, sino por varias leyes.

En particular, la Ley del 3 de marzo de 2022 № 2108-IX complementó el Código Penal con el art. 111-1 “Actividades de colaboración”, que consta de ocho partes y prevé la responsabilidad penal por diversas formas de cooperación voluntaria con el agresor, sus fuerzas armadas y otros representantes de el ocupante. El legislador reconoció otros tipos de asistencia al estado agresor como otro tipo de colaboración, complementando el Código Penal con el art. 111-2 “Asistencia al estado agresor” (Ley de 14 de abril de 2022 № 2198-IX).

A algún tipo de colaboracionismo, el legislador reconoció la difusión no autorizada de información sobre la dirección, movimiento de armas y municiones a Ucrania, movimiento o despliegue de las Fuerzas Armadas de Ucrania u otras formaciones militares ucranianas, cometido bajo marcial ley o estado de excepción (art. 114 -2, Ley de 24 de marzo de 2022 № 2160-IX).

El Código Penal fue complementado por la Ley del 3 de marzo de 2022 № 2110-IX con los art. 435-1 “Injuria al honor y a la dignidad del militar, amenaza al militar” y art. 436-2 “Justificación, reconocimiento como lícito, negación de la agresión armada del Federación Rusa contra Ucrania, glorificación de sus participantes”.

La Ley del 24 de marzo de 2022 № 2155-IX complementó el Código Penal con el art. 201-2 “Utilización ilícita para beneficio humanitario, donaciones caritativas o ayuda gratuita”.

La Ley del 3 de marzo de 2022 № 2117-IX complementó los artículos 185 a 187, 189 y 191 del Código Penal con una circunstancia agravante como la comisión de cualquier delito contra la propiedad durante un período de ley marcial o estado de excepción. La introducción de tal agravante se debió a la proliferación de saqueos.

Por supuesto, estos cambios no son en absoluto sistémicos, pero nos dan una idea de cómo un estado democrático puede actuar en el siglo XXI durante un ataque militar extremadamente agresivo por parte de un poderoso estado autoritario. Sin duda, el trabajo legislativo en el campo del derecho penal durante la guerra será

estudiado y evaluado en los próximos años posteriores a la guerra.

## V. BREVES CONCLUSIONES

Durante los últimos 25 años, Ucrania ha abandonado con éxito el derecho penal totalitario soviético. La codificación del derecho penal en 2001 resultó ser bastante exitosa, aunque el Código Penal de 2001 siguió experimentando cambios y adiciones importantes. El establecimiento del instituto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el cambio en la clasificación de los delitos pueden considerarse reformas significativas y exitosas del Código Penal. Sin embargo, la práctica de hacer cambios y adiciones menores y frecuentes al Código Penal no es positiva.

Un gran grupo de expertos en derecho penal de Ucrania finalizó recientemente un proyecto de un nuevo Código Penal. Desafortunadamente, el ataque agresivo de la Federación Rusa contra Ucrania, la guerra brutal en el territorio de Ucrania, probablemente no permitirá la adopción de un nuevo Código Penal en un futuro próximo.

## Bibliografía

- Konceptualni zasady novoi redakcii Kryminalnoho kodeksu Ukrainy: materialy mizhnarodnoi naukovoï konferencii, m. Kharkiv, 17–19 zhovtnia 2019 roku. redkolehiya: V.Y. Tacyi (holovnyi redaktor), A.P.Hetman, Y.V.Baulin ta in. Kharkiv, 2019.
- Kryminalne pravo Ukrainy. Osoblyvya chastyna. Pidruchnyk. Za redakcieiu profesoriv V.V.Stashysa, V.I.Taciya. 4-re vydannia, pereroblene i dopovnene. Kharkiv, 2010.
- Kryminalne pravo Ukrainy. Zahalna chastyna. Pidruchnyk. Za redakcieiu profesoriv V.V.Stashysa, V.I.Taciya. 4-re vydannia, pereroblene i dopovnene. Kharkiv, 2010.
- Kryminalne pravo Ukrainy. Zahalna chastyna: navch. posib. A.M. Yashchenko, V.B. Kharchenko, O.O. Zhytniy ta in.; za zah. red. O.M. Lytvynova. Kharkiv, 2019.
- Kryminalnyi prostupok u doktryni ta zakonodavstvi. Monohrafiya. Za zahalnoi redakciyeyu V.Tuliakova. Odesa, 2012.
- Kryzhanovskiy M.V., Yashchenko A.M. Zakhody kryminalno-pravovoho kharakteru shchodo yurydychnykh osib. Kyiv, 2020.
- Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. Za redakcieiu Melnyka M.I. ta Khavroniuka M.S. 11-ne vydannia, pereroblene ta dopovnene. Kyiv, 2019.

## Notas:

- 1 Algunos cambios más o menos sistémicos del Código Penal en 2003-2006, 2015-2018 y 2018-2021 se analizan en “Principales reformas en la legislación penal y procesal (2003-



2006) en *Revista Penal*, N16, julio de 2006, pp. 291-293: en "Reformas en la legislación penal y procesal 2015-2018" en *Revista Penal*, N42, julio de 2018, pp. 273-275. en "Reformas en la legislación penal y procesal 2018-2021". (Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2018-2021) en *Revista Penal*, N48, julio de 2021, pp. 272-275.

2 Estos artículos del Código Penal se analizan con más detalle en "Terrorismo (terrorism)" en *Revista Penal*, N41, enero de 2018, pp. 269-272.

## URUGUAY

Pablo Galain Palermo<sup>1</sup>

Renata Scaglione<sup>2</sup>

Para la confección de este informe entendemos por Derecho Penal al sistema de normas y procedimientos por medio del cual se reacciona al delito con distintos objetivos político-criminales. En ese sentido, estos últimos 25 años el sistema penal uruguayo fue profundamente reformado, para dejar atrás un procedimiento inquisitivo donde un único juez investigaba y condenaba y donde la prisión preventiva se aplicaba automáticamente para una gran cantidad de delitos y, por lo general, como la única privación de libertad que sufrían los indagados, liberados usualmente al momento de la condena debido al largo tiempo de privación de libertad "cautelar". Es decir, los institutos liberatorios se aplicaban generalmente a la prisión preventiva que en los hechos era el único tiempo de privación de libertad efectiva antes y después de la condena.

Este procedimiento solo fue modificado en la primer decena del siglo XXI debido a la denuncia ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos de un banquero que había sufrido prácticamente la totalidad de la pena por delitos de asociación para delinquir relacionados con el lavado de dinero (en realidad se los acusa del delito de insolvencia societaria fraudulenta) en prisión preventiva, lo que significaba una flagrante violación a la Convención Americana de Derechos Humanos en lo que refiere a las cuestiones relacionadas con el acceso a la justicia, la presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal<sup>3</sup>.

El informe estará dividido por trienios a efectos de una exposición ordenada que sigue la línea de la *Revista Penal* para esta sección de sistemas comprados. Como hemos mencionado en informes anteriores, Uruguay carece de una política criminal unívoca sino que ella es reactiva, por un lado, a problemas de convivencia social relacionada con delitos de "cuello azul", aquellos que refieren a modos de comisión violentos contra las personas y contra la propiedad; y por otro

lado, a la incorporación de las normas internacionales en las que el Estado forma parte por iniciativas de organismos supranacionales (Convenciones de ONU contra el narcotráfico, contra el lavado de dinero, contra el crimen organizado, contra la violencia de género, contra la tortura y otros tratos crueles, etc.). Su sistema penal, como se ha dicho, contradecía al sistema interamericano de derechos humanos. En cuanto a las consecuencias de la aplicación del derecho penal, el nuevo sistema no disminuyó la cantidad de privados de libertad, que ronda los 380 presos cada 100 mil habitantes<sup>4</sup>, ubicándose entre los países con mayor número de personas enviadas a prisión consecuencia de la intervención del sistema penal<sup>5</sup>.

### Años 1997-2000:

A partir de los años 90, luego del fin de la guerra fría, con la aparición de *Transparency International*, junto con los cambios políticos y económicos a nivel global empezó a prestarse más atención a la medición y comparación de los niveles de corrupción entre los países del mundo, así como a discutir en foros internacionales sobre la necesidad de reglas claras para la participación de las empresas en un mercado global cada vez más desregulado. Desde entonces, investigadores de diversas disciplinas, analistas, organizaciones no gubernamentales, activistas y organismos internacionales se han dedicado a producir trabajos que buscan medir los niveles y la naturaleza de la corrupción en el sistema político y económico y a ofrecer asesoramiento en herramientas para la incipiente y tímida batalla contra la corrupción.

En este marco, una de las herramientas que se utilizó mundialmente es, precisamente, la del derecho penal y la tipificación de delitos contra la corrupción política y privada. Uruguay, no quedó por fuera de este proceso internacional enfocado como una lucha contra malos funcionarios o actores del mercado según la teoría de "las manzanas podridas". Este proceso en Uruguay no incluyó la discusión sobre los malos actores que rompen con la confianza e igualdad de oportunidades en los mercados, dentro de lo que se conoce como "corrupción entre privados".

En el período que transcurrió entre 1997 y el 2000, más concretamente, en 1998 se aprobó lo que se denominó la Ley Cristal (número 17.060) que tipifica varios delitos contra la administración pública (sobornos, extorsión, malversación, fraude, conflicto de intereses, etc.), donde se pone de manifiesto la importancia de

atacar y reprimir a aquéllos malos funcionarios que incurran en actos de corrupción a nivel estatal.

Esta ley incorpora al Código Penal un aumento de penas genérico en el artículo 68 de dicho Código que refiere a los límites, naturaleza y efectos de las penas. Los delitos de los funcionarios se consideran como delitos de cierta gravedad según el prisma del principio de proporcionalidad y la interpretación del principio de oportunidad procesal.

Asimismo, la ley ofrece una nueva redacción a los delitos de concusión (art. 156 del Código Penal, en adelante CP), cohecho simple (art. 157 CP), cohecho calificado (art. 158 CP), soborno (art. 159 CP), fraude (art. 160 CP), conjunción del interés personal y del público (art. 161 CP), abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley (art. 162 CP), revelación de secretos (art. 163 CP), concepto de funcionario público (art. 175 CP, modifica el concepto a los efectos de la ley penal), omisión de los funcionarios en proceder a denunciar delitos (art. 177 CP), calumnia y simulación de delito (art. 179 CP). Asimismo, la ley “Cristal” incorpora en el Código Penal los siguientes delitos: Tráfico de influencias (art. 158 BIS CP), Utilización indebida de información privilegiada (art. 163 BIS CP) y sus circunstancias agravantes especiales (art. 163 TER CP) y Confiscación (art. 163 QUATER CP).

En su momento fue uno de los cambios más significativos en lo que refiere a la parte especial del derecho penal, ya que se incorporan delitos que dan cuenta de una política criminal de aumento de penas y preocupación especial por la corrupción, siguiendo la tendencia a nivel mundial. Sin embargo, a nuestro entender, esa preocupación no abarcaba la real corrupción o corrupción política, sino que se limitaba a la represión y prevención de las desviaciones de malos funcionarios que persiguen determinados beneficios ilegales en perjuicio de la administración. Esta lógica de política criminal iniciada en los noventa se lleva a cabo hasta el día de la fecha, evitando cualquier tipo de consideración de la corrupción como un problema sistémico del que participan diversos actores legales e ilegales<sup>6</sup>. De todas formas, Uruguay es uno de los países con menores índices de corrupción a nivel regional<sup>7</sup>.

#### **Años 2000-2003:**

Durante este período hubo una serie de modificaciones a nivel del derecho penal material, sin embargo, a los efectos del presente informe resulta relevante referirnos a las más importantes, por lo que lo haremos a la creación del Comisionado Parlamentario para la si-

tuación de los reclusos, una especie de *Ombusman* que rinde cuentas al Parlamento y controla al Poder Ejecutivo en su función de administrador de las cárceles<sup>8</sup>.

Se creó, así, por Ley 17.684 (publicada en el Diario Oficial el 18 de septiembre de 2003) la figura del Comisionado Parlamentario, que como surge de la norma en el artículo primero, tiene como cometido principal el de asesorar al Poder Legislativo en su función de control del cumplimiento de la normativa constitucional, legal o reglamentaria vigente, y de los convenios internacionales ratificados por la República, referidos a la situación de las personas privadas de libertad en virtud de proceso judicial. Le compete también la supervisión de la actividad de los organismos encargados de la administración de los establecimientos carcelarios y de la reinserción social del recluso o liberado.

Según el art. 3 este auxiliar del Poder Legislativo no puede modificar ni anular actos y resoluciones de la Administración ni imponer sanciones ni otorgar indemnizaciones, sino tan sólo sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de actos y resoluciones, que tampoco tendrán carácter obligatorio (art. 4). En definitiva, se trata de una figura que con el paso del tiempo tuvo una importante participación en las discusiones sobre el sistema carcelario y en la denuncia de la situación carcelaria que viven ciertos reclusos, no solo en cuanto a la convivencia entre procesados y penados, o jóvenes con adultos mayores, etc., sino también con el elevado número de “presos sin condena” debido al proceso penal inquisitivo que se aplicaba desde la época del ochenta.

#### **Años 2003-2006:**

Este trienio está intervenido por un cambio de gobierno en el año 2005, por el que por primera vez en la historia reciente una coalición de partidos de izquierda (Frente Amplio) llega al gobierno, lo que se vio reflejado en algunas políticas criminales de tipo “Gobernar con el delito”, por ejemplo, contra la criminalidad financiera y de “cuello blanco”, que hasta el momento se veía a resguardo del sistema penal en lo que refiere a sus actividades. Este hecho, repercutió en la política criminal que se venía desarrollando y generó modificaciones en algunos aspectos importantes a destacar.

En primer lugar, cabe mencionar que hubo una implementación legislativa de numerosas convenciones internacionales relacionadas con la protección de los Derechos Humanos, ratificadas por Uruguay pero que no habían sido implementadas.

Como menciona Pablo Galain en la revista penal que informa sobre este período de tiempo *“en materia de Derecho Penal Internacional la política criminal uruguaya ha virado su punto de atención de la “lucha” contra determinadas formas de criminalidad transnacional, cercanas al Derecho penal de autor y a la lucha contra “enemigos de la sociedad global”, para focalizarlo en el debido cuidado de los Derechos Humanos, tan olvidados por los regímenes autoritarios o conservadores latinoamericanos”*.

Asimismo, se puso foco en otros temas que habían despertado alarma pública e inquietud social de un modo simbólico o comunicativo, como la violencia en el deporte, con relación a la que la Ley 17.951 de 2006 pretende la compleja y variopinta tarea de “prevención, control o erradicación de la violencia en el deporte”. En lo que refiere al deporte profesional, en particular el fútbol, el tiempo luego demostró que la política criminal no solo debió haberse enfocado en la violencia relacionada con el fútbol o con el dopaje en el deporte, sino también y, quizás con mayor ahínco, en los delitos de corrupción y económicos-financieros vinculados con el deporte y la organización de eventos deportivos.

Un cambio importante también tuvo lugar en materia de alternativas a la prisión preventiva y a la pena de prisión, en tanto la Ley 17.726 (publicada en el Diario Oficial el 7.1.2004) pasa a regular una serie de medidas que permiten al juez la sustitución de la privación de libertad (preventiva o definitiva).

La Ley 17.897 de 2005 modificó el régimen de libertad provisional y anticipada, y fue conocida como la ley de “humanización de las cárceles” ya que ofrece un régimen más accesible de libertad a todos aquellos sujetos que no hayan cometido delitos graves.

Finalmente, con la sanción de ley 17.897 se logró que la ejecución de la pena deje de ser un instituto exclusivamente interesado en la prevención general, y se enfoque también en la resocialización de los sujetos privados de libertad. Entendemos que esta modificación es la más importante de este trienio, en la medida que marcó un antes y un después en la política criminal nacional.

### **Años 2006 a 2009:**

En consonancia con la política criminal internacional (Convención de Palermo de la ONU del 2000), durante estos años, se crean los juzgados penales especializados en crimen organizado (Art. 414 de la Ley 18.362 de 2007), norma que fue de gran utilidad en la medida de que hubo muchos procesamientos y formalizaciones

utilizando esta norma, porque permitió un avance en el diseño de la política criminal local en lo que respecta a la prevención situacional, sumado a otras herramientas de negociación con el crimen organizado<sup>9</sup>. En el mismo sentido, la Ley 18.390 creó dos fiscalías especializadas en crimen organizado cuya competencia coincide con la de los juzgados que se crearon previamente a estos mismos efectos.

### **Años 2009 a 2012:**

Se trata de un período importante puesto que fue en este trienio que se planteó el debate de una reforma penal general, tanto del código del proceso penal como del código penal, sin perjuicio de que como veremos más adelante, finalmente sólo se aprobará la reforma en términos procesales.

En cuanto a las normas aprobadas destacamos la Ley número 18.831 que declara imprescriptibles los delitos de lesa humanidad, en particular los cometidos durante la dictadura militar en Uruguay, porque se trata de una norma muy importante para el proceso de búsqueda de las personas desaparecidas en el período de dictadura de nuestro país (1973 a 1985), y para la elaboración del pasado<sup>10</sup>.

### **Años 2012 a 2015:**

Este lapso estuvo caracterizado por la sanción de tres normas con impacto penal. En primer lugar, la ley de matrimonio igualitario (Ley 19.075) que modifica en materia penal todo lo referente a filiación y estado civil; por otro lado, la ley de despenalización del aborto (Ley 18.987) denominada de interrupción voluntaria del embarazo, que, precisamente, despenaliza el aborto en ciertas circunstancias legalmente determinadas. Finalmente, la ley de regulación del mercado de Cannabis (Ley 19.172) que introduce criterios para la investigación penal en lo que respecta a posesión para distribución o venta del Cannabis, eliminando incertidumbres en la relación entre los consumidores, el acceso y el sistema de contralor, principalmente administrativo y en su defecto, penal<sup>11</sup>. Las tres normas se encuentran vigentes a la fecha y operativas, dando cuenta de la necesidad de su promulgación en la época en la que fue sancionada, y trayendo nuevas discusiones al parlamento.

En lo que refiere al proceso penal, tuvo lugar la reforma más importante de los últimos 25 años, que fue la implementación de un nuevo Código del Proceso Penal el 19 de diciembre de 2014 (Ley 19.293), que significó el abandono definitivo del sistema inquisitivo y la

adopción de uno acusatorio, con todas las implicancias que conlleva, por ejemplo, en cuanto a la participación de la víctima como algo novedoso y necesario, si bien, aceptando su intervención según la lógica adversarial.

Finalmente, cabe destacar la sanción de una norma que en su momento generó muchas polémicas, como lo fue la ley de responsabilidad penal empresarial (Ley 19.196 de 2014)<sup>12</sup>, en la que se establece en su artículo primero: “El empleador, o en su caso, quien ejerciendo efectivamente en su nombre el poder de dirección en la empresa, no adoptaren los medios de resguardo y seguridad laboral previstos en la ley y su reglamentación, de forma que pongan en peligro grave y concreto la vida, la salud o la integridad física del trabajador, serán castigados con tres a veinticuatro meses de prisión”.

#### **Años 2015 a 2018:**

A lo largo de estos tres años, las normas penales más importantes en lo que refiere al Derecho Penal material, que se sancionaron fueron, la que consagra el Femicidio (numeral 8 del art. 311 del CP), la Ley número 19.551 que establece el Nuevo proceso para investigación de delitos de adolescentes, la Ley 19.484 de transparencia fiscal y la Ley integral contra el lavado de activos (19.574).

Como una muestra más de la incongruencia político criminal característica del legislador nacional, la Ley 17.514 de Violencia hacia las mujeres basada en género, introduce las figuras delictivas de grooming, ciber acoso y el delito de difusión de imágenes con contenido sexual (ciber acoso), referidas a la protección de los menores de edad y los ataques a través de internet<sup>13</sup>.

Las reformas más relevantes del período en cuestión se relacionan con las normas formales. En noviembre de 2017 empezó a regir el nuevo Código de Proceso Penal que implicó un cambio de paradigma, pues se abandona un sistema inquisitivo y se adopta uno acusatorio, en el que el rol del fiscal es la investigación y el juez se limita a diligenciar prueba y juzgar. Asimismo, se reguló el principio de oportunidad, dando la posibilidad a la fiscalía de entender que hay hechos que si bien pueden ser delictivos, su persecución no implica un interés público y, por ende, hay un potestad para no investigar los hechos denunciados. Asimismo, se establecen criterios cautelares claramente definidos para la prisión preventiva, lo que busca que no sea la regla sino la excepción, al tiempo que sujetarla a plazos concretos de duración. El nuevo sistema permite también la participación de la víctima en el proceso, lo que se

traduce en un gran cambio junto con los que vienen de mencionarse.

Asimismo, se aprobó la Ley número 19.334 que reguló la descentralización de la fiscalía general de la Nación, que antes pertenecía al Ministerio de Educación y Cultura y que ahora, es un órgano descentralizado de éste.

Con el paso del tiempo, puede decirse que una de las modificaciones que ha tenido más asidero en la realidad y que se ha convertido en herramienta cotidiana de operadores del derecho, ha sido el denominado proceso penal abreviado, a través del cual se dan por ciertos los hechos denunciados y es posible negociar la pena reduciéndola hasta en un tercio de la mínima tipificada para el delito en cuestión (art. 273 Código del Proceso Penal). Su importancia práctica es de tal magnitud que cerca del ochenta por ciento de los delitos que han llegado a la órbita judicial, han sido resueltos a través de este mecanismo<sup>14</sup>.

#### **Años 2018 a 2022:**

Este período se encuentra signado por la alternancia en el ejercicio del poder y tras 15 años de gobierno de la centro-izquierda, asume un nuevo gobierno, en el que ahora gobierna una coalición de centro-derecha, formada por los partidos tradicionales junto a otros partidos independientes, de sesgo militares y ecologistas. Como se mencionó en su oportunidad: “En la campaña política hubo una acentuada preocupación por la situación de inseguridad y los delitos tradicionales contra las personas y la propiedad cometidos mediante uso de violencia. En ese sentido, se han aprobado normas que abarcan desde el endurecimiento de penas y la creación de nuevas figuras delictivas hasta la cristalización de un rol policial con más potestades en el combate al delito. En esa línea hay que sumar una política criminal más protectora del accionar policial, fundamentalmente en la seguridad necesaria para una legítima defensa más amplia en favor del policía en cumplimiento de su función disuasora o en beneficio de la reacción al delito. Pero también, cabe destacar un simbólico mensaje de “tolerancia cero” y “mano dura” contra la delincuencia que confunde a las vías alternativas de resolución del proceso penal con impunidad. Por eso, se deroga la suspensión condicional del proceso que permitía dentro del uso del principio de oportunidad una especie de sobreseimiento condicionado al cumplimiento de obligaciones o condiciones por parte del presunto autor del delito. En otro orden de cosas, también se flexibilizaron algunas normas sobre lavado de dinero”<sup>15</sup>.



Fue así como, en lo que refiere a normas procesales penales, se sancionaron las leyes 19.653 de 17 de agosto de 2018; 19.670 de 15 de octubre de 2018; 19.679 de 26 de octubre de 2018; 19.831 de 18 de septiembre de 2019; 19.889 de 9 de julio de 2020; y 19.924 de 18 de diciembre de 2020.

Mediante la ley 19653, se modificaron aspectos relacionados con el papel del Ministerio Público en el procedimiento penal y su relación con la Policía del Ministerio del Interior, como auxiliar de aquel; y también, aspectos relacionados a la prisión preventiva, que sufre muchas alteraciones, dentro de las que consideramos como las más importantes las que refieren a los requisitos para que la misma tenga lugar en su estricta función cautelar. Por otro lado, se incorporan requisitos para el procedimiento abreviado y se estipulan nuevas razones por las que no se puede conceder la libertad anticipada.

La ley 19.889 introdujo modificaciones y derogaciones en el proceso penal (capítulo II). Nos referimos a veinticinco artículos (del 17 al 42) que regulan sobre el principio de oportunidad, la información que se le otorga al Ministerio Público, instrucciones generales, declaraciones voluntarias del indagado ante la policía, registro de personas, vestimenta, etc. y su objeto, autorización para salir del país, proceso abreviado, proceso simplificado, dispositivos a aplicar para los casos de prisión domiciliaria o salidas transitorias, el régimen de la libertad a prueba, los requisitos para la prisión preventiva, la inaplicabilidad del beneficio de libertad anticipada ante la comisión de ciertos delitos, el registro de actuaciones, el control de la acusación fiscal, las pruebas nuevas y las pruebas de las pruebas, los presupuestos para la libertad anticipada. En su Art. 33, deroga los Arts. 383 a 392 del CPP, eliminando completamente la posibilidad de la suspensión condicional del proceso. En lo que refiere a las normas de tipo procesal, resta mencionar que la ley número 19.924 de presupuesto nacional para el ejercicio 2020-2024, en el Art. 196 incorpora los literales m) y n) del Art. 301 BIS del Código del Proceso Penal que no permiten otorgar el beneficio de la libertad anticipada a quienes cometan los delitos de la ley 17.815 que refieren a delitos de violencia sexual contra niños, adolescentes o incapaces y a delitos de comercialización de estupefacientes tipificados en la ley 14.294 y sus modificativas.

En lo relacionado al Derecho Penal de fondo, existieron también varias modificaciones. La ley 19.645 modifica los Arts. 310 del CP, sobre el delito de homicidio y sus agravantes aumentando la pena mínima de 20 meses de prisión a 2 años de penitenciaría, se deroga el artículo 310 bis del CP, que consideraba agravante

especial del delito la calidad ostensible de funcionario policial de la víctima, siempre que fuera cometido a raíz o en ocasión del ejercicio de funciones, o en razón de su calidad de tal y finalmente el 312 del CP normativo que incorpora el numeral 9 que dice: (Circunstancias agravantes muy especiales). Se aplicará la pena de penitenciaría de quince a treinta años, cuando el homicidio fuera cometido: .... 9. Contra una persona que revista la calidad de integrante o dependiente del Poder Judicial y del Ministerio Público, funcionarios policiales y militares y guardias de la seguridad privada, siempre que el delito fuera cometido a raíz o debido a su calidad de tal.

Finalmente, la ley 19.889, además de las modificaciones de forma ya mencionadas, acarreo modificaciones de fondo. Entendemos que las más relevantes son las que surgen de su artículo 1 modifica la norma que refiere a la Legítima Defensa en el Código Penal incorporándose la prescindencia de que no haya existido o ya hubiese cesado una agresión física cuando se trate de defensa de un derecho de contenido patrimonial y se incorporan presupuestos de concurrencia de los requisitos, mediante ampliación de las hipótesis sobre las que se considerará la legítima defensa como eximente de responsabilidad. Asimismo, el Art. 2 modifica las circunstancias muy agravantes del delito de homicidio, dando una nueva redacción al numeral 9 del Art. 312<sup>16</sup> del Código Penal.

En otro orden de cosas, en referencia al lavado de activos, la Ley 19.889 simplifica algunos aspectos del control que se exige a los privados (por ejemplo, una presunción simple de menor riesgo en la materia, en caso de operaciones que se realicen a través de medios de pago electrónicos.

A modo de conclusión, podemos informar que a lo largo de estos 25 años Uruguay ha seguido los lineamientos político criminales internacionales en las luchas contra determinados fenómenos identificados como problemas a nivel global.

Además, ha modificado radicalmente su sistema procesal penal, que ha sido adaptado a los estándares internacionales, incluso, en lo que refiere a los derechos humanos.

La elevada cantidad de penas de privación de libertad es un problema que, sin embargo, el sistema penal no ha podido revertir con el sistema acusatorio, cuya gran novedad es que ahora los presos son enviados de forma más rápida a la cárcel a través de “juicios abreviados”, que son producto de acuerdos entre la Fiscalía y las Defensas Penales con un control formal por parte del Juez de Garantías.

**Notas:**

1 Investigador y Docente en la Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile, Director del Observatorio Latinoamericano para la Política Criminal y las Reformas Penales (OLAP).

2 Abogada. Magister en Administración Pública. Integrante de OLAP.

3 INFORME No. 86/09. CASO 12.553 Parágrafo 191: "Que el Estado uruguayo es responsable de la irrazonable prolongación de la prisión preventiva de Jorge, José y Dante Peirano Basso, y que, en consecuencia, el Estado uruguayo es responsable de la violación del derecho a la libertad personal (artículo 7(2), 3, 5 y 6), de las garantías del debido proceso [artículo 8(1) y 2] y del compromiso de garantizar que la autoridad competente decida sobre los derechos [artículo 25(1) y 2], en conjunción con las obligaciones genéricas del Estado de respetar y garantizar el ejercicio de esos derechos [artículo 1(1)] y de adoptar medidas legislativas y de otro género que den la necesaria eficacia a esos derechos a nivel nacional (artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/uruguay12553.sp.htm>

4 <https://www.prisonstudies.org/country/uruguay>.

5 <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/incarceration-rates-by-country>.

6 Galain Palermo, Pablo, "Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguayo?", *Revista Política Criminal*, 16, 32, 2021, pp. 745-773.

7 Galain Palermo, Pablo, "Uruguay", en Olasolo et al (Coords.), *Respuestas nacionales e internacionales al fenómeno de la corrupción. Particular atención al ámbito iberoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 383-444.

8 <https://parlamento.gub.uy/cpp>.

9 Ver Hefendehl, Roland y Galain Palermo, Pablo, *El Derecho penal económico en su dimensión global. Dogmática, criminología y política criminal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2020.

10 Galain Palermo, Pablo (Ed.), *¿Justicia de Transición? Mecanismos políticos y jurídicos para la elaboración del pasado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

11 Galain Palermo, Pablo, "The Uruguayan Model of Regulating Cannabis- Legal and geopolitical questions", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 130, 3, De Gruyter, 2018, pp. 859-908.

12 Sobre el tema: Spangenberg, Mario, *Responsabilidad penal del empleador y seguridad laboral: primeras reflexiones sobre la Ley 19.196*, UCU, Montevideo, 2014.

13 Artículo 277-BIS CP: "El que, mediante la utilización de tecnologías, de internet, de cualquier sistema informático o cualquier medio de comunicación o tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad o ejerza influencia sobre el mismo, con el propósito de cometer cualquier delito contra su integridad sexual, actos con connotaciones sexuales, obtener material pornográfico u obligarlo a hacer o no hacer algo en contra de su voluntad será castigado con de seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría".

14 Observatorio Justicia y Legislación. <https://www.fder.edu.uy/oj>

15 Galain Palermo, Pablo y Scaglione, Renata, "Uruguay", *Revista Penal*, 48, Tirant lo Blanch, p. 276.

16 (Circunstancias agravantes muy especiales).- Se aplicará la pena de penitenciaría de quince a treinta años, cuando el homicidio fuera cometido: 9. Contra una persona que revista la calidad de integrante o dependiente del Poder Judicial y del Ministerio Público, funcionarios policiales y militares y guardias de la seguridad privada, siempre que el delito fuera cometido a raíz o en razón de su calidad de tal.

**VENEZUELA****Jesús Enrique Rincón Rincón**

*Doctor en Derecho. Ex-Juez Penal*

*Profesor de Derecho Penal General y Especial*

*Profesor de Postgrado de Procesal Penal*

*Presidente de la Academia de Ciencias Jurídicas del Estado Zulia*

**I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES**

Desde que el jurista alemán de origen austriaco, Franz Ritter von Liszt, publicó sus dos obras cumbres: el "*Tratado de Derecho Penal Alemán*" en 1881 y "*La Idea de Fin en el Derecho Penal*" en 1882, y expuso su "*Programa de Marburgo*", que luego se convirtió en la Escuela de Marburgo, a finales del siglo XIX, en la que postuló una ciencia del Derecho Penal, en la que, entre otras cosas, deberían estar incluidas la antropología criminal, la psicología criminal y la estadística criminal, en oposición a otras escuelas que no consideraban relevante la investigación científica del crimen, de sus causas y de los medios para combatirlo, ha corrido mucha agua debajo de los puentes, pero sus ideas como causalista-naturalista en la Teoría del Delito, junto con Ernst Ludwig von Beling, todavía perduran a pesar de haber transcurrido casi siglo y medio de haberlas planteado.

Los autores modernos y actuales, como Claus Roxin, Günther Jakobs, Francisco Muñoz Conde, Jesús María Silva Sánchez, Juan Carlos Ferré Olivé, Eugenio Raúl Zaffaroni y muchos otros, han expresado y coincidido, en la necesidad de que el Derecho Penal se desarrolle y evolucione, y para ello han considerado necesario, como lo señala Muñoz Conde, que se vincule a las valoraciones político-criminales, el que se elaboren distintas categorías de la teoría del delito, en función de esos principios político-criminales, que se respete el principio de legalidad y la función motivadora preventiva general en la tipicidad, los principios de política social para la solución de los conflictos en las causas de justificación, la necesidad de la pena, tanto desde el punto de vista preventivo general como especial, que

debe añadirse a la culpabilidad y servir de fundamento a la responsabilidad penal.

Con esta finalidad de contribuir a la evolución del Derecho Penal, el también jurista alemán Claus Roxin, desarrolló la Teoría de la Imputación Objetiva, concibiendo el injusto típico como la realización de un riesgo no permitido, dentro del ámbito de protección del respectivo tipo delictivo, no como un suceso causal o final. Su idea es restringir en la medida de lo posible, a lo político-criminalmente razonable, limitando el tipo objetivo, solo a los casos de riesgos insoportables, así como a la necesidad de la imposición de una pena, que no puede ser legitimada únicamente en base a la culpabilidad<sup>1</sup>.

Pero para lograr el desarrollo y la evolución del Derecho Penal, Silva Sánchez considera que es absolutamente necesario, que tanto la legislación, como la jurisprudencia garanticen la protección del procesado frente al Estado<sup>2</sup>, reconociendo que eso no siempre es así, ya que, a veces se da la *“preponderancia del interés estatal en la averiguación de la verdad”*<sup>3</sup>, porque a menudo el legislador *“se deja llevar por las tormentas políticas cambiantes diariamente, mientras que la jurisprudencia debe partir del caso particular, perdiendo de vista, a veces, la perspectiva de conjunto. También a veces, la legislación y la jurisprudencia siguen tendencias diferentes”*<sup>4</sup>.

Según Roxin, la evolución del Derecho Penal y del concepto de delito, se ha ido desarrollando en diversas etapas o fases, originalmente, de una manera idealista, se fundamentó en una legislación basada en la ética y la moral cristiana del derecho natural, en la doctrina de la iglesia, de un sistema sancionador y retributivo, pero reconociendo los derechos fundamentales y humanos de los acusados. Posteriormente, hubo un alejamiento de la fundamentación filosófica y teológica del Derecho Penal, y se regresó a una concepción secular y pragmática del mismo, como instrumento de dominio y control social, pasando a primer plano conceptos preventivos del Derecho Penal, como la prevención general y especial, teniendo como objetivos la resocialización y reintegración del delincuente, como una necesidad y aspiración social, para evitar daños a la sociedad y proteger bienes jurídicos, limitando en lo posible los castigos y despenalizando muchas conductas, aboliendo como delitos la homosexualidad, el adulterio, la prostitución y muchos otros, pasando así de la retribución a la prevención de delitos, tratando de evitar los comportamientos delictivos.

Finalmente se ha llegado a la situación actual, donde se ha pasado de la protección preponderantemente

individual a la protección fundamentalmente de la colectividad o de gran parte de ella, de vastos grupos o sectores de la población, con nuevos tipos penales que se apartan del Derecho Penal Clásico o tradicional, para resguardar a la sociedad en general de otros delitos, como los informáticos, los económicos, contra el medio ambiente, tráfico de drogas, crimen organizado, delitos financieros, riesgos industriales, terrorismo, etc., donde los bienes jurídicos protegidos, a veces son algo difusos, no muy concretos y específicos, incluso controvertidos, que comprenden situaciones de peligro abstracto, donde la prevención general, sobre todo la positiva, se lleva la pauta. Actualmente lo que se pretende es el mantenimiento del sistema social en su conjunto, así como la vigencia y la fidelidad a las normas y al derecho, tal y como lo ha planteado Günther Jakobs.

## II. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO PENAL EN VENEZUELA

El vigente Código Penal venezolano data de 1926, con reformas puntuales y parciales en los años 1958, 1964, 2000 y 2005, pero, como afirma Alberto Arteaga Sánchez<sup>5</sup>, tiene su origen en el Código Penal italiano de 1889 o Código de Zanardelli, por ello es un código de corte clásico, inspirado en concepciones liberales, pero de contenido netamente represivo. Adicionalmente existen más de cien leyes penales especiales, que han descodificado al Código y han creado gran confusión en relación a cuáles normas se encuentran actualmente vigentes, ocasionando inseguridad jurídica. Acertadamente el Dr. Arteaga nos alerta sobre el peligro que representa el *“eticismo penal”* o *“la confusión entre Derecho Penal y moral, en el sentido de considerar que la función del Derecho Penal es pedagógica y exclusivamente moralizante y que debe perseguir el mejoramiento espiritual del individuo o de la sociedad, corriente que en definitiva tiende a desprenderse de la exigencia de un Derecho Penal del hecho para orientarse hacia un Derecho Penal del autor, en el camino claro hacia tendencias totalitarias que constituyen una clara amenaza para la libertad y seguridad de los ciudadanos”*<sup>6</sup>.

El presente trabajo está limitado a los “Cambios Fundamentales del Derecho Penal en los últimos 25 años, 1997-2022”, periodo de tiempo que prácticamente es abarcado exclusivamente por la llegada al poder en Venezuela, del ex-militar golpista Hugo Chávez Frías y su sucesor designado por él mismo, Nicolás Maduro, desde febrero de 1999 hasta la fecha. Un lapso de más de 23 años, donde el llamado “chavismo”, a

través del Poder Ejecutivo, ha gobernado a sus anchas, de la forma más absoluta, arbitraria, ilegal y dictatorial posible, sin respetar la independencia, la autonomía y la separación de los otros poderes, destruyendo o impidiendo las actividades docentes y académicas de las demás instituciones, incluyendo a las universidades, Institutos de Ciencias Penales y Criminológicas, Institutos de Estudios Jurídicos, Academias de Ciencias Jurídicas, Colegios de Abogados, gremios y asociaciones de abogados, etc.

Adicionalmente, tanto Chávez como Maduro, durante sus respectivas gestiones, asumieron poderes legislativos extraordinarios, que les permitieron legislar mediante el dictado de Decretos-Leyes y hasta de Códigos, o designando a otros organismos para que lo hicieran por ellos, a su conveniencia, como sucedió con la Asamblea Nacional electa en diciembre de 2015, que aunque fue ganada abrumadoramente y en forma limpia y democrática por la oposición, sin embargo dicho triunfo fue desconocido y torpedeado por el régimen, quien a través de diversas artimañas, maniobras y fraudes, obstaculizó e impidió que el legítimo Poder Legislativo, pudiera cumplir con su función de legislar, anulándolo totalmente, con la complicidad del tribunal supremo de justicia, al “elegir” una irrita e inconstitucional asamblea nacional constituyente, que usurpó las funciones y atribuciones de la legítima Asamblea Nacional. Razones por las cuales el Derecho en General y muy especialmente el Derecho Penal, ha tenido en los últimos 6 años (desde el año 2016 hasta la fecha), su época más tenebrosa, siniestra, oscura y sombría, con la promulgación de “leyes” que sólo buscan el control social de la población.

Como ya antes se indicó, el Código Penal venezolano data de hace más de 100 años, las reformas que ha sufrido no han sido ni profundas ni afortunadas, y se encuentra prácticamente desmembrado, perdiendo vigencia buena parte de su articulado, ya que en las últimas décadas han sido promulgadas más de 100 leyes especiales que contienen normas y sanciones penales, lo que ha traído como consecuencia que muchos delitos, como los robos y hurtos de vehículos, de ganado, contra la cosa pública, contra las drogas, el ambiente, los delitos sexuales, el secuestro y la extorsión, la delincuencia organizada, y muchos más, ya no se encuentran previstos y sancionados en su texto, sino en una cantidad desmesurada de leyes penales especiales. Existiendo una dispersión de normas penales, lo cual ha ocasionado graves trastornos y una gran inseguridad jurídica, ya que en muchos casos, no se sabe a ciencia cierta, que disposiciones están vigentes y cuáles no.

### III. INTENTOS DE REFORMAR ÍNTEGRAMENTE EL CÓDIGO PENAL Y DE REDACTAR UN NUEVO CÓDIGO

Desde que a principios del año 2001, la Asamblea Nacional designó la Comisión de Reforma del Código Penal, de la cual formé parte, se comenzó a analizar la posibilidad de redactar un totalmente nuevo Código Penal o de hacer una Reforma Integral del mismo. Decidiéndose la Comisión por la segunda opción, preparando y haciendo entrega en enero de 2003, de un borrador o papel de trabajo, que contenía la Reforma y modernización del Libro Primero del Código Penal, es decir, de la Parte General del Código Penal, adaptándola a la Constitución de 1999 y al Código Orgánico Procesal Penal (COPP), que fue precisamente reformado en noviembre de 2001, manteniendo sin embargo el Borrador de la Reforma del Código Penal, el mismo articulado que actualmente tiene esa Parte General.

Curiosamente durante ese año 2001, se presentó una situación sumamente extraña y hasta contradictoria, porque al mismo tiempo que la Asamblea Nacional designó una Comisión Especial para analizar el redactar un nuevo Código Penal o Reformarlo Íntegramente, el Tribunal Supremo de Justicia hizo lo mismo, designó al Magistrado Alejandro Ángulo Fontiveros, para que elaborara un nuevo Código Penal. En consecuencia, dos años después, ambas comisiones presentaron sus propuestas, una de Reforma Integral de la Parte General del Código Penal, así como de aspectos relevantes sobre la Parte Especial (los delitos) y la otra de un nuevo Código Penal. Estos fueron algunos de los planteamientos más importantes:

#### 1. Borrador o Papel de Trabajo de la Parte General del Código Penal (2003) y de algunos aspectos de la Parte Especial (delitos)

En dicho Borrador o papel de trabajo, se determina con mucha más claridad los principios rectores del sistema penal venezolano, muy especialmente el principio de legalidad, de prohibición de analogía, de la irretroactividad, de la culpabilidad, de la proporcionalidad de las penas y de la cosa juzgada. También se definen más claramente ciertos conceptos básicos y fundamentales, como ley penal, hecho punible, funcionario o empleado público, reo, ley penal en blanco, medidas de seguridad, autor, coautores, instigador y cómplice. Las penas dejaban de dividirse en corporales y no corporales, para pasar a clasificarse en privativas de libertad, privativas de derechos y pecuniarias. Derogándose las penas de presidio, de relegación a una colonia penal,



de confinamiento y de extrañamiento o expulsión del espacio geográfico de la República (pena ya derogada con respecto a los venezolanos, por expresa disposición contenida en el único aparte del artículo 50 de la Constitución Nacional<sup>7</sup>).

Entre las penas privativas de derechos se establecen en ese Borrador o Papel de Trabajo, algunas nuevas, como “*la imposición de trabajos en beneficio de la comunidad*”, así como las prohibiciones de conducir vehículos automotores, poseer o portar armas, residir o acudir a determinados lugares y aproximarse o comunicarse con determinadas personas. También se establece la posibilidad de que la pena de arresto se pueda cumplir los fines de semana, así como que los montos de las penas de multa se actualicen y se establezcan en unidades tributarias, para que no pierdan vigencia con el transcurrir del tiempo, la inflación y/o las reconversiones monetarias. Igualmente se determina la conversión de la pena de multa en arresto y viceversa.

Se plantea la creación de un fondo de asistencia a las víctimas de los delitos, se determina lo relativo a las medidas de seguridad, en la legítima defensa se incorpora la defensa de terceros, se incorporan nuevas circunstancias atenuantes las ya existentes, se derogan algunas de las circunstancias agravantes por ser inconstitucionales y consagrar la responsabilidad por el autor y no por el acto. Se actualiza lo relativo a las formas imperfectas o inacabadas de perpetración de los delitos, se elimina toda participación del Poder Ejecutivo en la ejecución de las penas, que corresponde exclusivamente a los Jueces de Ejecución, quedando encargado el gobierno únicamente de la administración de los establecimientos carcelarios. Se define adecuadamente la figura del error, sustituyendo las nociones tradicionales de error de hecho y error de derecho, por error de tipo y error de prohibición. Se define más adecuadamente el delito continuado o permanente, así como todo lo relacionado con la prescripción de la acción penal. Se define más claramente lo concerniente a los delitos de consumación anticipada, los pluriofensivos y los de peligro abstracto.

En relación a la Parte Especial del Código Penal, se elaboraron algunos Títulos y Capítulos, donde se reincorporan al Código Penal todos los hechos punibles que actualmente se encuentran dispersos en las leyes especiales, como es el caso de los delitos contra la propiedad, contra la indemnidad e integridad sexual, así como en materia de drogas, corrupción, ambiente, bancaria, delincuencia organizada, terrorismo, etc. Así como la inclusión de los delitos previstos y sancionados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Interna-

cional. La eliminación de algunas conductas que ya no se consideran punibles, así como la inclusión de otras acciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos relevantes.

## 2. Proyecto de Código Penal del TSJ del año 2004

En el año 2001, la Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), encomendó al Magistrado Dr. Alejandro Angulo Fontiveros, en ese momento Presidente de la Sala de Casación Penal, la elaboración de un Anteproyecto de Código Penal. Labor que culminó el 21 de noviembre de 2003. Anteproyecto éste que fue sometido a la consideración de los demás Magistrados del TSJ, para que le hicieran las correcciones y sugerencias, que a juicio de cada uno estimaran pertinentes. Concluido ese estudio, dicho Anteproyecto fue discutido en Sala Plena, donde resultó aprobado por unanimidad un año más tarde, en octubre de 2004, convirtiéndose así en Proyecto, ordenándose su envío a la Asamblea Nacional, para la discusión y decisión final.

El proyecto aprobado por el TSJ en 2004, que consta de 1.038 artículos, regula algunos temas muy controvertidos, que no son nada nuevos en otros países, pero que en la tan atrasada dogmática penal venezolana, son verdaderas novedades, como el despenalizar el hurto famélico, la legalización del aborto libre y la eutanasia, así como el tipificar como hechos punibles la invasión de inmuebles urbanos, los delitos informáticos, el conducir un vehículo en estado de ebriedad, los crímenes de lesa humanidad, considerando al narcotráfico como uno de ellos, la transmisión sexual del sida y de la hepatitis B, C o D, la manipulación genética, la hospitalización maliciosa de otro, el cobro a los presos por sus traslados a los tribunales, la definición y determinación del dolo eventual, etc. Algunas de esas acciones delictivas fueron incorporadas en la Reforma del Código Penal de 2005 y otras en leyes especiales. En relación al aborto libre y a la eutanasia, la despenalización ha sido muy cuestionada por la Iglesia Católica y por algunos de los más reconocidos y prestigiosos juristas del país, como los doctores Hernando Grisanti Aveledo y Alberto Arteaga Sánchez. En todo caso, dicho Proyecto del TSJ, todavía no ha sido discutido en la Asamblea Nacional, a pesar que ya han transcurrido 18 años de su consignación.

## IV. SITUACIÓN ACTUAL. ¿HABRÁ NUEVO CÓDIGO PENAL?

La tan cuestionada asamblea nacional “electa” el 6 de diciembre de 2020, en comicios que no han sido

reconocidos y han sido tildados como fraude electoral por los partidos opositores y por algunos gobiernos, nombró una Comisión que supuestamente está redactando un nuevo Código Penal, pero hasta ahora nada ha trascendido a la opinión pública, en razón de lo cual, no se sabe en base a cuál proyecto está trabajando esa Comisión. Ahora bien, la Constitución Nacional en su artículo 211, le ordena expresamente a los Diputados de la Asamblea Nacional, que en el proceso de formación de las leyes, especialmente durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, “*consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada, para oír su opinión sobre los mismos...*”. Indicando igualmente, que además de los Ministros y los Magistrados, también tendrán derecho de palabra en la discusión de las leyes, “*los o las representantes de la sociedad organizada, en los términos que establezca el reglamento de la Asamblea Nacional*”. Lamentablemente no siempre se cumple con esa disposición constitucional y por ello se sancionan y promulgan muchas leyes sin consulta alguna.

#### **Las Leyes más importantes promulgadas durante estos 25 años son:**

**Período 2000-2003:** Reforma del Código Penal del 30-10-2000, que no tuvo mayor trascendencia.

**Período 2003-2006:** La Ley Contra la Corrupción, la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, La Ley Orgánica Contra el Tráfico y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, la Ley Contra los Ilícitos Cambiarios, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, y, muy especialmente, a la última y desacertada Reforma del Código Penal de abril de 2005.

**Período 2006-2009:** la Ley Contra Delitos Cambiarios del 27-2-2008, la Ley Contra el Secuestro y la Extorsión, el Decreto No. 6.067 con rango, valor y fuerza de Ley del Sistema Nacional de Inteligencia y Contrainteligencia, Decreto No. 6.071 con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Seguridad y Soberanía Alimentaria

**Período 2009-2012:** Ley Orgánica de Drogas 21-10-2010, Ley Sobre el Delito de Contrabando del 30-12-2010, Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional del 16-6-2010, la Reforma Parcial de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios del 1-2-2010 y la Ley Orgánica Contra la

Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo del 30-4-2012.

**Período 2012-2015:** La Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial, La Ley Contra la Estafa Inmobiliaria del 30-4-2012 y la Ley Penal del Ambiente del 2-5-2012. En cuanto a las instituciones bancarias, durante los años 2011, 2012 y 2013, se promulgaron diversos decretos leyes y resoluciones, estableciendo infracciones y sanciones, tanto administrativas como penales, en esa materia. Las sanciones penales en relación con una larguísima lista de delitos, como son: los fraudes documentales, responsabilidad en el manejo del fideicomiso, apropiación de la información de los clientes, captación indebida, aprobación indebida de créditos, apropiación o distracción de recursos, información falsa para realizar operaciones bancarias, información financiera falsa, simulación de reposición de capital, incumplimiento de los auditores externos, incumplimiento de los peritos evaluadores, oferta engañosa, información falsa en el fideicomiso, contravenciones contractuales, revelación de información, difusión de información privilegiada, fraude electrónico, apropiación de información por medios electrónicos, difusión de información falsa, y cierre indebido de oficinas e interrupción de servicio al público, previendo la mayoría de estos delitos penas entre 8 y 10 años de prisión, y, en algunos casos, hasta 15 años de prisión, así como la inhabilitación para el desempeño de cualquier posición o función, en instituciones públicas o privadas, del sistema financiero nacional, por un lapso de 15 años<sup>8</sup>.

Se promulgó la nueva Ley para el Desarme y Control de Armas y Municiones<sup>9</sup>, cuyo reglamento también ya fue publicado<sup>10</sup>. Dicha Ley en sus 125 artículos, establece una enorme cantidad de delitos, entre los cuales se destacan: imprudencia o descuido sobre las armas de fuego, descarga de armas de fuego en lugares habitados o públicos, falsificación de permiso de porte o tenencia, posesión ilícita de arma de fuego, porte ilícito de arma de fuego, porte de arma de fuego en lugares prohibidos (reuniones, manifestaciones, espectáculos públicos, eventos deportivos, procesos electorales, marchas, huelgas, mítines, instituciones educativas, centros de salud, religiosos, terminales de pasajeros, lugares de expendios de licores, etc.), uso de facsímil de arma de fuego, uso indebido de armas orgánicas, modificación de armas de fuego, alteración de seriales, recarga de municiones, alteración de municiones, reactivación de armas inutilizadas, sustracción de arma de fuego o municiones en resguardo, introducción de arma de fuego o municiones a centro penitenciario, retenes policiales y otros centros de detención, fabricación ilícita de ar-

mas de fuego y municiones, y tráfico ilícito de armas de fuego.

En el año 2014<sup>11</sup>, se derogó la Ley de Costos y Precios Justos de 2011 y la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2010, y en lugar de esas dos leyes se promulgó la Ley Orgánica de Precios Justos, en la cual se tipifica los delitos de Especulación, Importación de Bienes Nocivos para la Salud, Alteración Fraudulenta, Acaparamiento, Boicot, Desestabilización de la Economía, Condicionamiento de la Venta de Bienes, Reventa de Productos de Primera Necesidad, Contrabando de Extracción, Usura, Alteración en Bienes y Servicios, Alteración Fraudulenta de Precios, y Corrupción entre Particulares. A pesar de que algunos de estos “delitos” tienen penas altas, de 10 y 12 años de prisión, en menos de un año esta Ley fue reformada, para aumentar la pena en relación con el delito de Contrabando de Extracción, la cual quedó de 14 a 18 años de prisión, más alta que la del Homicidio Intencional, que es de 12 a 18 años<sup>12</sup>. Por otro lado, cada pocos días se publican Providencias Ministeriales señalando los precios “justos” de los diferentes productos, todo lo cual crea una gran incertidumbre e inseguridad jurídica, en todos los sectores, así como un caos en el mercado, en los productores, distribuidores, mercaderes y consumidores.

**Período 2015-2018:** El Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, publicado el 30 de diciembre de 2015. Este Decreto sustituye a la anterior Ley de Régimen Cambiario, que apenas tenía un año de vigencia, y que, a su vez, había sustituido a otras de la misma índole, simplemente para endurecer las penas y ampliar la catarata de delitos a sancionar, al incorporar el nuevo artículo 24, castigando con pena de prisión de 10 a 15 años, simplemente a quien exprese o difunda, por cualquier medio, una tasa de cambio distinta a la oficial. Algo realmente absurdo y desproporcionado.

Pero, sobre todo, la “ley” más oprobiosa y arbitraria de todo este período de 25 años, es la llamada “**Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia**”, (Gaceta Oficial No. 41.274 del 8-11-2017), ya que prevé muchas conductas que en realidad son atípicas, como si fueran delictivas, sólo con el objeto de amedrentar y perseguir a los opositores, al mejor estilo cubano. La denominan ley “*constitucional*”, porque fue “promulgada” por la irrita e ilegal asamblea nacional constituyente, que creó el chavismo en julio de 2017, “elegida” sin participación de la oposición, sin la celebración de un referéndum previo de aprobación, en unas elecciones consideradas

fraudulentas por la mayoría del país y por buena parte de la comunidad internacional (casi todos los países de las Américas y de Europa), pese a haber sido creada única y exclusivamente para redactar una nueva Constitución (tarea que nunca siquiera inició), ejerció ilegalmente las funciones legislativas del Parlamento democráticamente elegido en diciembre de 2015, usurpando así esas facultades.

Dicha Ley contiene penas de hasta 20 años de prisión, para quien incite al odio, la discriminación o la violencia contra una persona o conjunto de personas mediante cualquier medio (artículo 21), el cierre de medios de comunicación, así como la revocación de la concesión de prestador de servicio de radio o televisión, a la empresa que promueva el odio o la propaganda de guerra, y multas a empresas y medios electrónicos. También se contemplan sanciones contra los tuiteros, castigando con fuertes multas a quien difundan mensajes de odio. Legaliza el bloqueo de portales que sean considerados inadecuados. También prevé multas hasta del 4 % de los ingresos brutos de los medios de comunicación que no difundan mensajes destinados a promover la paz, la tolerancia y la igualdad. Por otro lado, contempla sanciones de prisión de 8 a 10 años, para los funcionarios que se abstengan, omiten o retarden intervenir para evitar la consumación de un delito de odio. Esta “ley”, supuestamente contra el odio, en realidad es el comodín utilizado frecuentemente por el régimen para detener y enjuiciar a cualquiera que los critique, ya que el más mínimo comentario es considerado una manifestación de odio.

**Período 2018-2021:** La situación en Venezuela en materia de derechos humanos ha seguido deteriorándose en todos los sentidos, y la proliferación desmedida de nuevas leyes y la reforma de las ya existentes, no son la excepción, todo lo contrario. Durante estos últimos 3 años (2018-2021) se ha incrementado el número de leyes, durante 2018 y 2019 a través de la inconstitucional, irrita y mal llamada asamblea nacional constituyente, y en el 2021, por medio de la ilegítima asamblea nacional “electa” fraudulentamente el 6-12-2020. Pero lo más asombroso y que demuestra el caos absoluto en que ha caído Venezuela, es que, a pesar de que la Constitución venezolana establece, que las leyes sólo pueden ser derogadas por otras leyes, y que es el Poder Legislativo (Asamblea Nacional), el organismo encargado de promulgar las leyes, sin embargo, lo cierto es que eso tiene ya muchos años que no ocurre, porque desde que primero Chávez y luego Maduro, comenzaron a obtener poderes habilitantes para promul-

gar decretos-leyes, el desastre legislativo aumentó y los decretos derogaron a las leyes.

En ese contexto y para los fines de mantenerse y perpetuarse en el poder, el régimen totalitario venezolano requiere el dictar y acomodar “leyes” que le faciliten ese cometido, así como que le aseguren el control de la población. Por ello, tras la “elección” de la nueva asamblea nacional chavista en diciembre de 2020, se han trazado un plan o programa de promulgación de leyes, que lo han denominado el plan legislativo nacional.

## V. EL LLAMADO PLAN LEGISLATIVO NACIONAL

A principio del año 2021, la oficialista asamblea nacional anunció que aprobaría 35 leyes “prioritarias” y otras más, algunas de las cuales son leyes penales, entre las cuales destacan la Ley Orgánica de Drogas; la Ley de Reforma de la Ley Contra la Corrupción; un nuevo Código Penal; la Ley Orgánica de Reforma del Código Orgánico de Justicia Militar; la Ley de Reforma a la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una vida Libre de Violencia; la de Reforma Parcial de la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión, Redes y Medios Electrónicos; y la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal. La mayoría de esas leyes ya fueron reformadas, pero no el Código Penal.

## VI. EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE LA NUEVA ASAMBLEA NACIONAL CHAVISTA

Los anuncios que ya están haciendo los personeros del régimen de maduro, dejan muy claramente establecido cuál va a ser la orientación del ese nuevo Código Penal que pretenden aprobar, ya que aseguran estará adaptado a los “nuevos delitos que han surgido en el país como traición a la patria, a la soberanía”, así lo informó Francisco Ameliach, integrante de la comisión de política interior de la ilegal pero actual asamblea nacional y coordinador de la subcomisión de régimen político y sistema de Justicia de ese organismo<sup>13</sup>. Traición a la patria e instigación al odio, son los delitos preferidos por el régimen, para imputarle a cualquiera que ose o se atreva a cuestionarlo. También manifestó Ameliach que las “diputadas” Cilia Flores e Iris Varela, han estado desde hace muchos años, trabajando en ese nuevo Código Penal, el cual dijo que debería estar listo para ser presentado a la plenaria de la asamblea nacional, “antes de que finalice el primer semestre del presente año 2021”. Cuestión que afortunadamente no sucedió.

Así que nada bueno podemos esperar de ese código penal preparado por personajes del oficialismo, como no sea más represión contra la disidencia y la oposición, tal y como ya sucedió con llamada “la ley contra el odio” y como acaba de ocurrir en Cuba, con el nuevo Código Penal, que incluye 37 nuevos delitos, que sólo buscan acallar, amedrentar y reprimir las protestas sociales, y suprimir aún más la libertad de expresión, con el eufemismo que esas son “actividades contra el Estado” y el orden constitucional comunista, pero que lo que realmente esconden, es el objetivo de perpetuarse en el poder a como dé lugar, y seguir disfrutando de sus prebendas, y ya llevan 63 años en eso.

## VII. CONCLUSIONES

Como muy bien lo expresa Juan Luis Modolell, “*las disposiciones de un Código Penal no deben tomar partido por teorías científicas, menos aún si esas teorías han sido ampliamente superadas en la doctrina penal. Inclusive, acudir a posiciones doctrinales discutibles pero aún vigentes, implicaría colocarle fecha de caducidad al Código aprobado. Por lo tanto, un Código Penal debe ser lo más aséptico o neutral posible, dejándole los problemas dogmáticos sobre interpretación y formulación de teorías a la ciencia del Derecho Penal*”<sup>14</sup>.

Desde que me inicié como colaborador o *rapporteur* de la Revista Penal, a finales del año 2002, hace ya casi 20 años, en la “Sección Sistemas Penales Comparados”, he escrito acerca de “*Las Reformas en la Legislación Penal y Procesal Penal*” en Venezuela, en los siguientes 7 números de esta Revista: en el No. 13 de enero 2004 (**período 2000-2003**); en el No. 18 de julio 2006 (**período 2003-2006**); en el No. 25 de enero 2010 (**período 2006-2009**); en el No. 30 de julio 2012 (**período 2009-2012**); en el No. 36 de julio 2015 (**período 2012-2015**); en el No. 42 de julio 2018 (**período 2015-2018**); y en el No. 48 de julio 2021 (**período 2018-2021**).

Considero que tanto el Borrador o Papel de trabajo del año 2003 y otros, elaborados por la Comisión de reforma del Código Penal designada por la Asamblea Nacional de 2001, que estuvo conformada por algunos de los más reconocidos penalistas del país, como el Anteproyecto de Código Penal, redactado por el Dr. Alejandro Angulo Fontiveros y un equipo de juristas, que luego fue aprobado y acogido por el Tribunal Supremo de Justicia, son aportes sumamente importantes, ya que son el resultado de un análisis y trabajo muy difícil y minucioso, realmente titánico, como es el lograr com-



pilar las dispersas normas penales venezolanas que se encuentran contenidas en más de cien leyes especiales, que han prácticamente desmembrado el Código Penal. Ya eso solamente, es digno de admiración. Pero, por supuesto, proyectos tan complicados y de tal magnitud, que abarcan no sólo los hechos punibles tradicionales, sino que además plantean varias innovaciones y pone en el tapete algunos temas sumamente polémicos (como el aborto y la eutanasia), que tienen que ser debidamente analizados por parte de todos los sectores de la vida nacional, en una serie de foros y debates serios y constructivos, desvinculados de aspectos e intereses políticos y religiosos, o de cualquier otra índole distinta al jurídico, académico, cultural y social, ya que eso es en realidad lo más conveniente, necesario y deseable que puede ocurrir. En mi caso particular, no estoy de acuerdo con la legalización o despenalización del aborto, tema en el cual considero que no se va a llegar a ningún consenso, por lo que seguramente será necesaria la realización de un referendo consultivo para poder decidir al respecto.

En fin, podemos concluir, que estos últimos 25 años han sido catastróficos para el derecho penal venezolano, que no sólo no avanzó, no progresó, sino que, por el contrario, retrocedió, a pesar que había iniciado con muy buen pie este período (1997-2022), estrenando un totalmente nuevo Código Orgánico Procesal Penal (COPP) el 23-1-1998 y con los más connotados juristas del país, trabajando en sendas comisiones de la Asamblea Nacional y del Tribunal Supremo de Justicia, para elaborar un nuevo Código Penal o, al menos, para

Reformar íntegramente el actual. Nada pudo hacerse, porque la situación política lo ha impedido y lamentablemente nada se va a poder hacer, hasta que no se restablezca la democracia, la independencia, la autonomía y la separación de los poderes, así como el estado de derecho.

## Notas:

1 ROXIN, Claus. "La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal". Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2000.

2 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Política Criminal en la Dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites". Anexo dentro de "La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal". Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 156.

3 Idem, pág. 157.

4 Ibidem, pág. 157.

5 ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. "Derecho Penal Venezolano". Librería Álvaro Nora. 12ava. edición. Caracas. 2012. 698 págs.

6 Idem, página 57.

7 Que textualmente dice así: "Ningún acto del Poder Público podrá establecer la pena de extrañamiento del territorio nacional contra venezolanos o venezolanas".

8 Gacetas Oficiales Nos. 39.627, 39.915, 39.927 y 40.321, de 2-3-2011, 4-5-2012, 30-8-2012 y 23-12-2013, respectivamente

9 Gaceta Oficial No. 40.190 de 17-6-2013

10 Gaceta Oficial No. 6.129 Extraordinario del 8-4-2014

11 Gaceta Oficial No. 40.340 del 23-1-2014

12 Gaceta Oficial No. 6.155 Extraordinario del 19-11-2014

13 Según reseña una nota de prensa de ese "parlamento".

14 MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. "Temas Penales". UCAB. Caracas. 2006. Págs. 135-136.

1. REVISTA PENAL publica artículos que deben ser el resultado de una investigación científica original sobre temas relacionados con las ciencias penales en sentido amplio; ello incluye investigaciones sobre la parte general y la parte especial del Derecho Penal, el proceso penal, la política criminal y otros aspectos afines a estas disciplinas que preferentemente puedan ser extrapolables a otros países. Los artículos no deben haber sido publicados con anterioridad en otra revista.
2. Los trabajos deben enviarse por correo electrónico en formato Microsoft Word (o en su defecto, en formato \*.txt) a la dirección: [jcferreolive@gmail.com](mailto:jcferreolive@gmail.com)
3. La primera página del documento incluirá el título del trabajo en castellano y en inglés, el nombre completo del autor o los autores, su adscripción institucional y su correo electrónico, el sumario, un resumen analítico en castellano y en inglés (de unas 100 palabras aproximadamente) y palabras clave en castellano y en inglés (entre 2 y 5 palabras)
4. Los autores deberán elaborar las referencias bibliográficas conforme a las normas ISO 690.
5. Los trabajos se someterán a la evaluación de al menos dos árbitros externos siguiendo el sistema de evaluación doble ciego. Los autores recibirán información del eventual rechazo de sus trabajos, de las reformas requeridas para la aceptación definitiva o de dicha aceptación. Los originales aceptados se publicarán en el primer volumen con disponibilidad de páginas.
6. Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones del autor o de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al Consejo de Redacción. Se deberá indicar que el artículo ha sido publicado previamente en el correspondiente número de Revista Penal.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.\*





[www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- \* Biblioteca Virtual
- \* Herramientas Salariales
- \* Calculadoras de tasas y pensiones
- \* Tirant TV
- \* Personalización
- \* Foros y Consultoría
- \* Revistas Jurídicas
- \* Gestión de despachos
- \* Biblioteca GPS
- \* Ayudas y subvenciones
- \* Novedades

\* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 [atencionalcliente@tirantonline.com](mailto:atencionalcliente@tirantonline.com)

 [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)