

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

HI S'PRAX IDE ET PRO

Revista

Julio 2018

42

Revista Penal

Penal

Julio 2018



Revista Penal

Número 42

Sumario

Doctrina:

- El terrorismo en el siglo XXI: del terrorismo nacional al terrorismo global, por *Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* 5
- Justicia penal restaurativa: el redescubrimiento de la víctima ante el conflicto penal, por *Miguel Bustos Rubio* 31
- Violencia de género y diversidad cultural: el ejemplo de los matrimonios forzados, por *Fátima Cisneros Ávila*..... 43
- La intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso, por *Jesús Conde Fuentes*..... 56
- Expansión de la represión penal de la pornografía infantil: La indemnidad sexual de los adultos que parecen menores y la de los personajes 3D, por *Javier Fernández Teruelo*..... 67
- Mercado regulado de cannabis vs. política bancaria. ¿Un mercado obligado a operar fuera del sistema financiero?, por *Pablo Galain Palermo* 82
- Composición de tribunales en el proceso penal polaco, por *Jacek Kosonoga*..... 99
- Aspectos principales de la responsabilidad penal de los partidos políticos, por *José León Alapont* 122
- Algunas consideraciones críticas en torno a los delitos de falso testimonio y el procedimiento arbitral, por *Jesús Martínez Ruiz*..... 142
- El caso Wannacry. Ataque en la red, por *Alberto Enrique Nava Garcés* 148
- Riesgo, procedimientos actuariales basados en inteligencia artificial y medidas de seguridad, por *Carlos María Romeo Casabona*..... 165
- Víctimas del terrorismo y su participación en la ejecución de la pena, por *Carmen Salinero Alonso*..... 180
- El conflicto entre vidas en Derecho penal, por *Mario Sánchez Dafauce*..... 203

Sistemas penales comparados: “Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018) - Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018” 221

Especial: “Informe de la Clínica Jurídico-penal de la Universidad de Salamanca sobre el caso de los jesuitas (El Salvador)”, por *Juan Pablo Agudelo Mancera, Luis Alberto García Barriga, Nora Graciela Martínez Abreu, Wendy Pena González, Tamara Poza Miguel y Laura Torres* 288

* 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



Santander

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, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

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	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Víctor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume Iº	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 Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Philipp Dominik y Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Jiajia Yu (China)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo y Pamela Cruz (Uruguay)
Lavinia Messori (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com
--

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

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

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

Sistemas penales comparados



Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018) *Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018*

Alemania

Mag. iur. Philipp Dominik

Prof. Dr. Martin Paul Wassmer

Universidad de Colonia

Traducción de **Waleska Izeta**

Santiago de Chile / Colonia

En los años 2015-2018 hubo en Alemania una verdadera “oleada” de reformas. Esto se vio facilitado por el hecho, de que desde noviembre de 2013 gobierna una “gran coalición” de demócratas-cristianos y social-demócratas (CDU y CSU; SPD), encabezada por la Canciller alemana Angela Merkel, que ha gobernado el país sin una oposición parlamentaria importante, por lo cual Proyectos de Leyes pudieron ser realizados sin problemas. Sin embargo, cabe señalar de manera crítica que algunas reformas reflejan “accionismo” y amplían principalmente el derecho penal. No obstante, los agravantes y aumentos de las penas, seguirán siendo ineficaces en la práctica, sin una prosecución penal efectiva y por consiguiente un aumento en de la presión para descubrir, esclarecer y enjuiciar los casos.

I. “HATE CRIMES” (2015)

Con la “ley de conversión de las recomendaciones de la Comisión Investigadora en el caso NSU” (procedimiento penal contra un grupo clandestino nacional-socialista), de la Cámara Baja del Parlamento alemán del 12.6.2015 se introdujo el 1.8.2015 un arreglo en el catálogo de las causas de graduación de pena (Strafzumessungsgründe), del § 46 II StGB, que pretende tener en cuenta los denominados “delitos motivados por el odio” (Hate Crimes). A partir de esa fecha, es posible considerar en la graduación de la pena y por cada uno de los delitos, “especialmente los motivos y

objetivos racistas, xenófobos u otros motivos y objetivos inhumanos”. Esto puso fin a un debate que comenzó después del cambio de milenio y condujo a varios Proyectos de Ley. Sin embargo, siempre se pudo tener en cuenta una motivación inhumana en la sentencia, ya que los motivos y objetivos, así como la actitud que habla del hecho, constituyen factores y causas de graduación de la pena. Por lo tanto, la ampliación de esta ley, debería sobre todo, constituir una señal política jurídica y sensibilizar a la policía y al poder judicial sobre la existencia de motivaciones inhumanas.

Los Proyectos de Ley, así como su implementación y concretización final, se discutieron intensamente y se difundieron como puramente simbólicos. Sin embargo, no se debe ignorar que el número de “delitos motivados por el odio” ha aumentado considerablemente en los últimos años. Entre el 2001 y el 2014, el número de casos osciló entre 3.850 y 5.858, y luego en el 2015, el año de la llamada “crisis de los refugiados”, aumentó en más de un 75%! Por lo tanto, la intención política-criminal de hacer que los motivos inhumanos estén particularmente presentes en la población y las autoridades de prosecución penal, es digna de beneplácito. Además, se modificaron las “Directrices Administrativas Internas para el Procedimiento Penal y el Procedimiento de Imposición de Multas (RiStBV)”, según las cuales, las investigaciones, en la medida en que existan indicios de motivos inhumanos, deben ampliarse a estas circunstancias y según las cuales “por regla general” también existe un interés público en la prosecución.

II. Corruptela en el sistema sanitario (2016)

Por medio de la “ley contra la corrupción en el sistema sanitario” del 30.5.2016 se crearon el 4.6.2016 los delitos de Cohecho y Corruptela en el sistema sanitario (§§ 299a, 229b), así como los casos especialmente graves (§300 StGB). El motivo de éste arreglo, fue

una decisión del Gran Senado del Tribunal Federal de Justicia (BGH) del 29.3.2012, según la cual, los médicos domiciliados, no son ni funcionarios públicos en el sentido del § 11 I, No. 2, apartado c StGB, ni tampoco representantes de las cajas estatutarias del seguro médico, en el sentido del § 299 StGB; de modo que los delitos de corrupción existentes en el StGB, no pueden ser aplicados. Además, la entrega y recepción de sobornos, sólo podía concebirse insuficientemente como Abuso de Confianza (§ 266 StGB) o Estafa (§ 263 StGB). Debido a la considerable importancia del sistema de salud, hubo conformidad sobre este punto, de que las prácticas corruptas también debían combatirse por medio del derecho penal.

En la jurisprudencia, las nuevas disposiciones penales han sido en parte descritas como un “camino equivocado” y se han advertido expectativas exageradas. Sin embargo, en su mayor parte se consideraron necesarias, si se garantiza en la práctica, que la cooperación permisible y deseable entre los proveedores de servicios y las compañías farmacéuticas y los fabricantes de dispositivos médicos no estuviese penalizada *per se*. Por lo demás, se critica el hecho de que el grupo profesional de farmacéuticos no esté realmente cubierto, a pesar de los considerables riesgos de corrupción. A este respecto, la Cámara Alta de la República Federal (Bundesrat) le ha pedido al Gobierno Federal que vigile exactamente, si esta laguna penal perjudicaría en el futuro la confianza en el sistema de salud.

III. TRATA DE PERSONAS (2016)

Mediante la “ley para el mejoramiento de la lucha contra la trata de personas” del 11.10.2016 se realizó el 15.10.2016 una modificación completa de los §§ 232a, 233a StGB, lo que debería conducir en la práctica diaria a una mayor idoneidad y de este modo mejorar la lucha contra la trata de personas. Sobre la base de las recomendaciones de la Comisión Jurídica, se expandieron mucho más los ajustes originalmente previstos, que solo preveían una ampliación a los casos de trata de personas con fines delictivos, mendicidad y tráfico de órganos. El principal objetivo era la aplicación y conversión pendiente de la Directiva Comunitaria 2011/36/UE para la prevención y la lucha contra la trata de personas y la protección de sus víctimas. La nueva adaptación de éstas, ha dado lugar a una terminología más aguda, pero también ha sido criticada, ya que ha creado problemas de determinación, coincidencias y contradicciones con otros ámbitos delictivos (delitos sexuales, delitos contra la libertad, usura, trabajo

clandestino) y además seguiría descuidando el objetivo principal buscado por la Directiva, que es la protección de víctimas.

IV. ACECHO (2017)

El 10.3.2017 entró en vigor la “ley para mejorar la protección contra el acecho” del 1.3.2017. Anteriormente, exigía el § 238 I StGB (Nachstellung), que la víctima se viera gravemente afectada por medidas constantes de persecución y que por éste motivo su estilo de vida se haya visto perjudicado (por ejemplo, mudándose de casa o cambiando de trabajo). Sin embargo, justamente la entrada de este resultado, debía ser evitado a través de una protección penal. Por consiguiente, en el 2013 se denunciaron unos 20.000 casos de acecho, de los cuales sólo se dictaron 200 condenas. Hoy en día, los hechos individuales (§ 238 I, números 1 a 4 StGB) viéndolos del punto de vista acumulativo, pueden ser aplicados tan sólo siendo aptos de perjudicar gravemente la vida de la víctima (delito de peligro acumulativo), si se consideran de forma acumulativa. La cláusula general del § 238 I, No. 5 StGB, que es controvertida debido a su indeterminación, se conservó acertadamente y está vinculada a la realización de otro “acto o hecho comparable”. Así pues, un delito general (Auffangstatbestand) es necesario, para contrarrestar eficazmente las múltiples posibilidades de acción de los acosadores. También cabe destacar, que el § 238 StGB ya no es un delito de querrela privada (§§ 374 y ss. StPO). Por lo tanto, ya no se espera que la víctima comparezca ante el tribunal penal en calidad de fiscal, contra su propio acosador.

V. CORRUPTELA EN EL DEPORTE (2017)

Con la “ley 51. de modificación del Código Penal” del 11.4.2017, se introdujeron el 19.4.2017 las disposiciones penales de “estafa en las apuestas deportivas” (§ 265c StGB) y “manipulación de competiciones deportivas profesionales” (§ 265d StGB), así como sus casos especiales agravantes (§ 265e StGB). Mediante estas normas, se pretendía cerrar las lagunas penales del § 263 StGB (estafa) y del § 299 StGB (corruptela y soborno en el tráfico comercial). Según el legislador, el destacado papel social del deporte, su gran importancia económica y los intereses financieros asociados a él, hacen necesario contrarrestar los peligros que plantea la manipulación de la integridad del deporte y del patrimonio de terceros, a través del derecho penal. Además, se creó una disposición en virtud de la cual, el derecho penal alemán es aplicable a los delitos cometidos en

el extranjero, independientemente del derecho del lugar del delito, si el hecho se refiere a una competencia que tiene lugar en Alemania (§ 5 No. 10a StGB). Por último, se introdujo la facultad de supervisar las telecomunicaciones en los casos especialmente agravantes mencionados (§ 100a II, No. 1, letra p StGB).

La introducción de éstos delitos penales ha sido ampliamente criticada en la jurisprudencia. Se afirmó, por ejemplo, que no eran ni necesarios ni significativos y que, por lo tanto, eran inconstitucionales. Tal afirmación es digna de objetar, ya que el legislador no ha excedido su prerrogativa de evaluación, en vista de los considerables peligros que amenazan los bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, la configuración concreta de las normas, plantea numerosas interrogantes, ya que la noción de “competición deportiva profesional” y la influencia “de manera anti competitiva” en particular, están vinculados a términos muy vagos y por lo tanto, indeterminados. Por lo demás, hay motivos para sospechar que el legislador quería permitirle a las autoridades encargadas de la prosecución penal, sobre todo, controlar las telecomunicaciones para poder programar de antemano acontecimientos deportivos potencialmente manipulados o incluso, investigar los acontecimientos en el mercado de las apuestas de forma permanente. En la práctica, es probable que las investigaciones se centren en el fútbol de la primera división alemana y otras competiciones de alto nivel.

VI. Suspensión del permiso de conducir como pena general accesoria (2017)

Por medio de la “ley sobre la configuración de la eficacia y práctica del procedimiento penal” del 17.8.2017, se configuró a partir del 24.8.2017, el campo de aplicación de la suspensión del permiso de conducir (§ 44 StGB). Anteriormente, la suspensión del permiso de conducir, sólo podía imponerse como sanción complementaria durante un período de entre un mes y seis meses, si la infracción se había cometido “durante la conducción de un vehículo de motor o en relación con ella, o como resultado de la violación de las obligaciones del conductor de un vehículo de motor”. Actualmente, la suspensión del permiso de conducir puede imponerse, según el § 44 I, párrafo 2 StGB, a todos los delitos penales, “principalmente” si es que, “para influir en el autor o para defender el sistema jurídico parece necesario o si, de este modo, puede evitarse la imposición de una pena privativa de libertad o su ejecución”. Esta norma, se considera por ende, como una sanción especial de advertencia y reflexión preventiva (“nota de reflexión - Denkzettel”).

En la jurisprudencia penal, el nuevo reglamento ha sido objeto de muchas críticas. Por una parte, la ampliación del ámbito de aplicación de la suspensión del permiso de conducir, contrariamente a lo que sugiere el legislador, constituye una violación considerable de los derechos fundamentales. En segundo lugar, no habría directrices ni pautas claras sobre cuándo, debe imponerse una suspensión del permiso de conducir, si el hecho no se comete en relación con la conducción de un vehículo de motor. La imposición de la suspensión del permiso de conducir, que en la práctica es difícil de controlar, se deja exclusivamente en manos del poder judicial, creando así, la base para una práctica de toma de decisiones incoherente y, por lo tanto, jurídicamente cuestionable. En cualquier caso, es justo exigir una interpretación restrictiva, en conformidad con la Constitución. También se propone prever excepciones, en los casos en que el uso de vehículos de motor sea para la persona condenada, profesionalmente necesario.

VII. CONFISCACIÓN PENAL DE PATRIMONIO (2017)

La “ley de reforma de la confiscación penal de bienes patrimoniales” (Vermögensabschöpfung) del 13.4.2017 debe considerarse como la innovación prácticamente más significativa de los últimos años. Así pues, se reformó, a partir del 1.7.2017 el anterior llamado (“Verfall”) “decomiso” (§ 73 ss. StGB), que ahora se denomina terminológicamente “confiscación” (del producto del delito). La nueva ley también se aplica, no obstante en lo dispuesto en el § 2 V StGB, a los procedimientos que ya estaban en curso en el momento de la entrada en vigor de esta ley (§ 316h, párrafo 1 EGStGB), es decir, con carácter retroactivo. La razón de la reforma puede ser vista, en que la ley anterior era muy confusa y estaba cargada de numerosos problemas y ya no respondía a la importancia de la confiscación penal de patrimonio, para la política criminal. Esto tenía aun más validades, en el caso de la indemnización de víctimas. Así pues, la confiscación penal de patrimonio, no era aplicable en su totalidad, en caso que existiera una reclamación vigente por daños y perjuicios (§ 73 I, párrafo 2 StGB, versión anterior). Además, las propias víctimas tenían que garantizar la ejecución de sus reclamaciones en virtud del derecho civil y, de conformidad con el principio de prioridad, tenían que obtener permiso, en procedimientos penales separados, para la ejecución de éste. La justicia penal sólo podía garantizar provisionalmente los valores patrimoniales (la llamada, asistencia para la recuperación de bienes).

Por todo esto, no era infrecuente, que las víctimas esquivaran los costos y el esfuerzo que ello implicaba. Así también, el sobrecargado sistema de justicia penal a menudo, se veía obligado a abstenerse de la confiscación de patrimonio.

El núcleo de la nueva norma, es la reforma fundamental de la indemnización a las víctimas. Con el nuevo modelo de indemnización (§ 73 ss. StGB), las víctimas del delito deben obtener una indemnización por daños y perjuicios de manera sencilla y gratuita. El decomiso se decide ahora en el juicio oral, es decir, en el procedimiento declarativo (§§ 421 ss. StPO). En principio, los derechos reales de las víctimas se satisfacen en los procedimientos de ejecución penal (§§ 459g ss. StPO), en los que todas las víctimas reciben el mismo trato. El tema principal de la reforma, es la nueva determinación del producto del delito (Tatertrag), ya que anteriormente mediante una jurisdicción irregular, se había creado inseguridad jurídica. A diferencia del “decomiso” anterior, en la que se accedía a la totalidad de lo obtenido, sin tener en cuenta las impensas (principio bruto), lo que hoy en día es obtenido, debe determinarse según el legislador, en dos etapas (principio bruto atenuado): en la primera etapa, lo obtenido debe determinarse únicamente en términos concretos, por lo que la disposición se orienta en el derecho de régimen legal de enriquecimiento (Bereicherungsrecht). En un segundo paso, se determina la dimensión o valor de lo que se ha obtenido, teniendo en cuenta contraprestaciones u otros gastos. Una doble carga tributaria, debe evitarse, ya que sería inconstitucional, permitiendo que el infractor descuente el importe retirado de su impuesto sobre la renta (Einkommensteuer), como gastos empresariales o cargas profesionales.

Además, se ha eliminado la anterior limitación del ámbito de aplicación del “decomiso ampliado” a los delitos cometidos profesionalmente y de cuadrillas. En la actualidad, la “confiscación ampliada” del producto del delito (§ 73a StGB), es obligatoria para todos los delitos. Esto significa, que la confiscación de bienes obtenidos ilegalmente, debe llevarse a cabo aún, si no es posible determinar, que éstos provienen de un delito penal específico. Además, ahora es posible realizar posteriormente, una confiscación penal de patrimonio (§ 76 StGB). Por último, en el ámbito del terrorismo y la delincuencia organizada, se ha creado un instrumento jurídico para confiscar los bienes de origen incierto, que se deriven de delitos penales, independientemente de que se demuestre la existencia de un delito penal específico (§ 76 IV StGB).

Este “paquete general” fue por una parte acogido con satisfacción, ya que aclaraba la determinación de lo que se había obtenido y facilitaba la indemnización de las víctimas. Sin embargo, por otra parte, también fue objeto de duras críticas. Se argumenta, que la reforma conlleva una carga adicional considerable para el poder judicial y que la persona perjudicada depende ahora de un procedimiento de reembolso o distribución en la ejecución de las sentencias (Strafvollstreckung), lo que no es adecuado para aclarar cuestiones difíciles de indemnización. Además, mediante el amplio acceso del Estado a su patrimonio, al acusado se le niega la posibilidad de reparación voluntaria o de mediación entre la víctima y el agresor. La medida general de la confiscación ampliada, da lugar a fricciones y discrepancias, en particular con el principio de acumulación, el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia y la garantía del derecho de propiedad privada (Eigentumsgarantie). El hecho, de que el decomiso de objetos de delito (Einziehung), sea ahora incluso posible independientemente de la prueba, de que exista un delito concreto, no sólo es una inversión inadmisibles de la carga de la prueba y una “sanción por sospecha”, sino que también viola el principio de la libre evaluación judicial de las pruebas. Por último, la ordenada aplicación retroactiva de las nuevas disposiciones, viola la prohibición de efecto retroactivo del Artículo 7 I, párrafo 2 CEDH (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos). La forma en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en particular la jurisprudencia constitucional, evaluará las nuevas cuestiones jurídicas, queda por verse con suspenso!

VIII. HURTO CON ALLANAMIENTO DE MORADA (2017)

Con la “ley 55. de modificación del Código Penal” del 17.7.2017, se reguló el 22.7.2017 el hurto con allanamiento de una “residencia privada de uso permanente” en el § 244 IV StGB y se dictó para esta norma, una pena privativa de libertad de uno a diez años. La clasificación de esta norma como crimen, pretende, por una parte, tener en cuenta las graves consecuencias psicológicas de un robo, como también el daño masivo a la sensación de seguridad y, por otra parte, aumentar la tasa de casos resueltos, que en el 2015 fue tan sólo de un 15,2%. Ya, el § 244 I, No. 3 StGB castigaba anteriormente el robo con allanamiento de morada en un “apartamento”, con pena de prisión de seis meses a diez años y, en casos menos graves, de tres meses a cinco años. Sin embargo, el hecho, era calificado sólo

como una falta y no, como delito. Eso sí, lo que ahora sería cuestionable, es el ámbito de aplicación que le quedaría al § 244 I, No. 3 StGB, ya que un “apartamento” será regularmente una “vivienda privada de uso permanente”, es decir, según la justificación de la ley, “apartamentos privados o casas unifamiliares y las demás zonas residenciales que les pertenezcan y que no estén separadas de ellos”. § 244 I, No. 3 StGB debería, por lo tanto, incluir únicamente los apartamentos utilizados temporalmente como viviendas privadas (como las residencias de vacaciones). Si bien, la intención de aumentar la protección de las víctimas es positiva, no se puede suponer, sin embargo, que el mero aumento del marco penal espantará a los delincuentes. Por este motivo, deberían ampliarse además las facultades de investigación (por ejemplo, vigilancia de las telecomunicaciones (§ 100a StPO). Finalmente, surgieron contradicciones de calificación, ya que no existe una sanción agravante de la pena, para la comisión del allanamiento de una vivienda privada en cuadrilla. El § 244a StGB (hurto grave en cuadrilla) sólo tipifica como delito, el § 244 I, No. 3 StGB, pero no aumenta el marco penal en los casos de la comisión del hecho en cuadrilla del § 244 IV StGB.

IX. Carreras ilegales de vehículos de motor (2017)

La “ley 56. de modificación del Código Penal”, del 30.9.2017, introdujo el § 315d StGB (carreras ilegales de vehículos de motor) el 13.10.2017. La razón para crear esta norma, fue que se había formado un ambiente y entorno de personas amantes del exceso de velocidad, que organizaba cada vez más carreras ilegales de vehículos de motor en las vías públicas y que éstas, no podían ser comprendidas satisfactoriamente por las leyes de infracciones de tráfico existentes. Así pues, el § 315c del StGB (delito contra la seguridad viaria) no era aplicable, si no existía algún peligro concreto. Del mismo modo, la aplicación del § 315b StGB (intervenciones peligrosas en el tráfico rodado) solía fracasar, ya que los vehículos no se utilizaron indebidamente como “armas”. La sanción como delito administrativo según los §§ 29 I, 49 II, No. 5 StVO no eran adecuadas como para espantar a los infractores, dado que sólo podían imponerse retiradas del permiso de conducir de corta duración y las multas no tenían debidamente en cuenta el peligro potencial para la vida y la integridad física. El § 315d StGB sanciona actualmente como delito peligroso abstracto, con una multa o pena privativa de libertad de hasta dos años, a quienes organicen o lleven a cabo una carrera de vehículos de motor no autorizada en el tráfico vial (No. 1), participen en dicha carrera como conductores de vehículos de motor (No. 2) o cir-

cule a una velocidad no ajustada, de manera imprudente, desconsiderada y contrario a las reglas del tráfico, a fin de alcanzar la velocidad máxima posible (No. 3). Si la vida o la integridad física de otra persona u objetos ajenos de valor significativo están en peligro en términos concretos, la pena privativa de libertad asciende a un máximo de cinco años (§ 315d II StGB), en caso de muerte o de daños graves a la salud o a la salud de un gran número de personas, incluso de uno a diez años (§ 315d V StGB). La tentativa también es punible en los casos del § 315d I, No. 1 (§ 315d III StGB). Así también, toda persona que por negligencia cause el peligro en los casos previstos en el § 315d II StGB, será castigada con una pena privativa de libertad de hasta tres años (§ 315d IV StGB). Además, el § 315f StGB permite la confiscación de los vehículos en cuestión. Por último, a los autores de los hechos, se les retira el permiso de conducir, ya que normalmente no son aptos para conducir vehículos de motor (§ 69 II, No. 1a StGB).

La jurisprudencia acogió satisfactoriamente el cambio agravante de las normas, pero se considera que el § 315d I, No. 3 StGB, en particular, sería demasiado amplio, ya que también abarca a cada conductor que de manera imprudente, conduzca a toda velocidad. Pues, en esta norma, no se trata de evitar dinámicas de grupo, y la acción no tiene similitudes con una carrera de vehículos. Además, el § 315d I, No. 1 StGB y la punibilidad de la tentativa, en este contexto serían excesivos, dado que la responsabilidad penal llegaría demasiado lejos en la fase preparatoria.

X. DEROGACIÓN DEL CRIMEN DE LESA MAJESTAD (2018)

Con la “ley de reforma de los delitos contra los Estados extranjeros” del 17.7.2017 se derogó el 1.1.2018, el anterior § 103 StGB (insulto a órganos y representantes de Estados extranjeros). Esta disposición penal especial, protegía tanto la dignidad del Estado extranjero o de sus representantes, como también el interés de Alemania en mantener buenas relaciones, sin perturbaciones en el extranjero. El marco sancionador penal, era de una pena privativa de libertad de hasta tres años o una multa, e incluso de prisión de tres meses a cinco años, en el caso del insulto difamatorio, por lo que iba claramente más allá de la amenaza penal de los delitos generales de injuria “Beleidigungsdelikte” (§§ 185 ss. StGB). La reforma fue desencadenada por un “poema difamatorio” del satírico Jan Böhmernann, sobre el presidente turco Erdoğan, que fue transmitido por la

televisión alemana el 31 de marzo de 2016. A raíz de ello, la fiscalía de Mainz inició una investigación sobre la sospecha de un delito penal, pero que fue interrumpida a principios de octubre de 2016. Ya en abril de 2016, la Canciller Merkel había hecho campaña para que se derogara el § 103 StGB, que se consideraba prescindible. Por lo demás, el derecho penal internacional no impone la obligación de proteger a los representantes extranjeros, en particular en virtud del derecho penal. Desde la reforma, su protección honorífica está garantizada únicamente por los delitos de generales de injuria.

Notas

- 1 BGBl. I 2015, p. 925; BT-Drs. 18/3007 (Proyecto de Ley); BT-Drs. 18/4357 (Recomendaciones de la Resolución e Informe).
- 2 Un panorama en Stegbauer, NJ 2008, 108, 109 s.; Keiser, ZPR 2010, 46, 48, 49; Hellmann/Gärtner, NJW 2011, 961, 965; Stoltenberg, ZRP 2012, 119, 122; Sotiriadis, KJ 2014, 261, 265 ss.; Timm, JR 2014, 141, 143 ss.; Jungbluth, RuP 2015, 162, 164 ss.; StV 2015, 579, 580 ss.; Payandeh, JuS 2015, 695, 699.
- 3 Bundesministerium des Innern (Editor), Vista general □ Hasskriminalität □ Entwicklung der Fallzahlen 2001-2016", abril 2017.
- 4 Al respecto Waßmer en: Jishkariani/Waßmer (Editores), Strafrecht und Menschenrechte, 2018, Hate Crimes im deutschen Strafrecht (por editar).
- 5 BGBl. I 2016, p. 1254; BT-Drs. 18/6446 (Proyecto de Ley); BT-Drs. 18/8106 (Recomendaciones de la Resolución e Informe).
- 6 BGHSt 57, 202 ss. = BGH NJW 2012, 2530 ss.
- 7 Aldenhoff/Valluet, medstra 2015, 195 ss.
- 8 Badle, medstra 2015, 2 ss.; cf. Campos Nave, CB 2016, 229 ss.
- 9 Cf. sólo Fischer, medstra 2015, 1 ss.; Krüger, NZWiSt 2017, 129 ss.; Schröder, NZWiSt 2015, 321, 323 ss.; 361, 365.
- 10 Aldenhoff/Valluet, medstra 2015, 195, 198 s.; Dann/Scholz, NJW 2016, 2077, 2080; Heil/Oeben, PharmR 2016, 217, 222; Krüger, NZWiSt 2017, 129, 137.
- 11 Brettel/Mand, A&R 2016, 99, 100, 103; Lorenz, medstra 2017, 342, 345 s.; Tsambikakis, medstra 2016, 131, 131 s.; no están concebidos los médicos homeopáticos, cf. Stebner, PharmR 2017, 178 ss.
- 12 BR-Drs. 181/16, p. 2 s.
- 13 BGBl. I 2016, 2226; BT-Drs. 18/4613 (Proyecto de Ley); BT-Drs. 18/9095 (Recomendaciones de la Resolución e Informe).
- 14 Al respecto y acerca del §§ 232 ss. StGB, Waßmer, en: Bross (Editor), Arbeitsstrafrecht, 2017, p. 340 ss.
- 15 DOCE del 15.4.2011, L 101/1.
- 16 Bürger, ZIS 2017, 169 ss.; Petzsche, en: Jishkariani/Waßmer (Editores), Die Europäisierung des georgischen Wirtschaftsstrafrechts, 2017, 194, 204 ss.; KJ 2017, 236 ff.; cf. Schroeder, NSTZ 2017, 320 s.; respecto al Proyecto de Ley Originario Renzikowski/Kudlich, ZRP 2015, 45 ss.
- 17 BGBl. I 2017, 386; BT-Drs. 18/9946 (Proyecto de Ley); BT-Drs. 18/10654 (Recomendaciones de la Resolución e Informe).

- 18 Mosbacher, ZRP 2016, 161.
- 19 Mosbacher, NJW 2018, 983.
- 20 BT-Drs. 18/9946; Mosbacher, NJW 2018, 983, 984.
- 21 Mosbacher, NSTZ 2007, 665, 668 con más antecedentes.
- 22 Kubiciel/Borutta, KriPoZ 2016, 194, 196.
- 23 BGBl. I 2017, S. 815; BT-Drs. 18/8831 (Proyecto de Ley); BT-Drs. 18/11445 (Recomendaciones de la Resolución e Informe).
- 24 Nuzinger/Rübenstahl/Bittmann, WiJ 2016, 34 ss.; Berberich, ZfWG 2017, 347 ss.; Krack, wistra 2017, 289 ss.; Rübenstahl, JR 2017, 264 ss.; Stam, ZWiSt 2018, 41 ss.; acogiendo la nueva norma satisfactoriamente, Kubiciel WiJ 2016, 254 ss.; SpuRT 2017, 188 ss.
- 25 Feltes/Kabuth, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe, 2016, p. 8.
- 26 Swoboda, Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs - Strafbarkeit von Sportwettbetrug und der Manipulation berufssportlicher Wettbewerbe, 2016, p. 4.
- 27 BGBl. I S. 3202; BT-Drs. 18/11277 (Proyecto de Ley); BT-Drs 18/12785 (Recomendaciones de la Resolución e Informe).
- 28 Cf. von Heintschel-Heinegg, en: BeckOK-StGB, 37. Ed. 1.2.2018, § 44 marg. 1.
- 29 Berwanger, ZRP 2017, 26 s.; Lempp, SVR 2017, 20 ss.; Zopfs, DAR-Extra 2017, 737 ss.; acogiendo la nueva norma satisfactoriamente Janker, DAR 2017, 8, 13.
- 30 Schöch, NSTZ 2018, 15, 18.
- 31 Bode, NZV 2017, 1, 7.
- 32 BGBl. I S. 872; BT-Drs. 18/9525 (Proyecto de Ley); BT-Drs. 18/11640 (Recomendaciones de la Resolución e Informe).
- 33 Cf. Waßmer, en: Fuchs (Editor), WpHG, 2. Ed. 2016, § 38 marg. 220 con más antecedentes.
- 34 BT-Drs. 18/9525, 62.
- 35 BT-Drs. 18/11640, 78 s.; respecto a problemas jurídicos tributarios, Maciejewski/Schumacher, DStR 2017, 2021 ss.; Madauf, NZWiSt 2018, 28 ss.
- 36 Köhler, NSTZ 2017, 497, 511; Trüg, NJW 2017, 1913, 1918.
- 37 Heim, NJW-Spezial 2017, 248; Köllner/Mück, NZI 2017, 593, 597; acerca de los problemas variados en la práctica, del punto de vista de la fiscalía, Reh, NZWiSt 2018, 20 ss.
- 38 Köllner/Mück, NZI 2017, 593, 598.
- 39 Trüg, NJW 2017, 1913, 1915.
- 40 Heim, NJW-Spezial 2017, 248; Köllner/Mück, NZI 2017, 593, 598; Trüg, NJW 2017, 1913, 1916.
- 41 LG Kaiserslautern, wistra 2018, 94; aprobatorio Reichling, wistra 2018, 139 s.
- 42 BGBl. I 2017, 2442; BT-Drs. 18/12359 (Proyecto de Ley); BT-Drs. 18/12933 (Recomendaciones de la Resolución); BT-Drs. 18/12995 (Informe).
- 43 BT-Drs. 18/12359, 1 s., 7.
- 44 BT-Drs. 17/12359, 9.
- 45 Cf. Busch, ZRP 2017, 30; Claus, jurisPR-StrafR 12/2018 Anm. 1.
- 46 Mitsch, KriPoZ 2017, 21 ss.

47 BGBl I 2017, 3532; BT-Drs. 18/10145 (Proyecto de Ley); BT-Drs. 18/12936 (Recomendaciones de la Resolución); BT-Drs. 18/12964 (Informe).

48 Mitsch, DAR 2017, 70, 74.

49 Eisele, KriPoZ 2018, 32, 36; Kubiciel, jurisPR-StrafR 16/2016 IV; Walter, NJW 2017, 1350, 1353.

50 Eisele, KriPoZ 2018, 32, 35 s.; Jansen, NZV 2017, 214, 215; Kubiciel, jurisPR-StrafR 16/2016 IV; Kutsche, NZV 2017, 414, 416; Mitsch, DAR 2017, 69, 72.

51 BGBl. I 2017, 2439; BT-Drs. 18/11243 (Proyecto de Ley); BT-Drs. 18/12602 (Recomendaciones de la Resolución e Informe).

52 Kargl, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Editores), StGB, 5. Ed. 2017, § 103 marg. 1.

53 BT-Drs. 18/11243, 6.

54 BT-Drs. 18/11243, 6.



Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018)

Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018

Argentina

Dr. Luis Fernando NIÑO

UBA

REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN PENAL

A través de la ley 27147 (B.O. 18/6/2015), y en consonancia con la sanción de un nuevo Código Procesal Penal para las jurisdicciones nacional y federal, en el que habrían de incorporarse elementos tendentes a la introducción del principio de oportunidad, con las consiguientes facultades de disposición de la acción penal en cabeza de los representantes del Ministerio Público, a las causas tradicionales de extinción de la acción penal, agrupadas en el artículo 59 del Código Penal —muerte del imputado, amnistía, prescripción y renuncia del agraviado respecto de los delitos de acción privada— se añadieron tres nuevas situaciones, referidas a la aplicación global de aquel principio, a la conciliación o reparación integral del perjuicio y al cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, respectivamente. Tal innovación obligaba a reformar la redacción del artículo 71, dedicado al ejercicio de las acciones penales, por lo que se matizó la categórica regla del inicio oficioso de tales acciones, consagrada en el artículo 71, que —hasta dicha reforma— sólo excluía de su marco a aquellas dependientes de instancia privada y a las —lisa y llanamente— privadas, dejando a salvo “*las reglas de disponibilidad... previstas en la legislación procesal*”. Paralelamente, dado que, entre las nuevas modalidades de ejercicio de la acción penal se introdujeron, en el texto del ordenamiento procesal que permanece suspendido, supuestos tales como el de conversión de la acción pública en privada y el de prosecución de la acción por parte de la víctima, fueron incluidos en el

catálogo respectivo, sustituyéndose a tal fin el artículo 73, siempre a través de la mencionada ley 27147.

La ley 27206 (B.O. 10/11/2015) incorporó un cuarto párrafo al artículo 20 bis, dedicado a la pena de inhabilitación especial imponible en determinadas situaciones, aun cuando no se encontrare expresamente prevista como sanción del respectivo precepto legal, previéndola como perpetua para ciertos casos de ilícitos contra la integridad sexual y los de trata de personas. Mediante la misma norma se repuso el texto original del artículo 63 del cuerpo de leyes examinado, y se agregaron dos párrafos al antiguo texto del artículo 67, enderezados a modificar el plazo de prescripción respecto de los mismos supuestos para los que se añadió la pena de inhabilitación especial perpetua. En virtud de ello, cuando la víctima de alguno de aquellos delitos fuere menor de edad, se suspenderá la prescripción mientras subsista esa condición etaria y hasta que, habiendo cumplido la mayoría de edad, formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales en la etapa anterior; con un añadido de mayor rigor aun: Si como consecuencia de cualquiera de los delitos indicados hubiera ocurrido la muerte del menor de edad, el plazo comenzará a correr desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad.

Diversas normas con un denominador común, centrado en los objetivos, explicitados por el actual gobierno, de lucha contra el narcotráfico y otros delitos complejos, fueron sancionadas y promulgadas en 2016: a) la ley 27302 (B.O. 8/11/2016), que modifica las leyes especiales 22415 —Código Aduanero— (B.O. 23/3/1981), y 23737 (B.O. 11/10/1989), de estupeficientes y psicotrópicos, incluyendo en su régimen a los precursores químicos y actualizando las multas previstas; b) la ley 27304 (B.O. 2/11/2016), que sustituye al anterior artículo 41 ter de la Parte General del Código

Penal, vinculado a la figura del imputado arrepentido, ampliando su proyección, principalmente, a casos de ilícitos contra la administración pública y a la asociación ilícita, a la vez que introduce, a través del flamante artículo 276 bis, como especie del falso testimonio, la conducta del supuesto arrepentido que aportare maliciosamente información falsa o datos inexactos, con pena de cuatro a diez años y pérdida del beneficio concedido; y c) la ley 27319 (B.O. 22/11/2016) que, con el objeto expreso de *“brindar a las fuerzas policiales y de seguridad, al Ministerio Público Fiscal y al Poder Judicial las herramientas y facultades necesarias para ser aplicadas a la investigación, prevención y lucha de los delitos complejos”*, regula las figuras del agente encubierto, el agente revelador, el informante, la entrega vigilada y la prórroga de jurisdicción, a emplearse, según el propio articulado establece, bajo los principios de *“necesidad, razonabilidad y proporcionalidad”*. Huelga abundar respecto del recelo que tales figuras generan desde el prisma de un Derecho Penal respetuoso de los axiomas del Estado Constitucional de Derecho.

En un plano asaz diferente, la ley 27330 (B.O. 2/12/2016) se circunscribió a la prohibición de carreras de perros en todo el territorio nacional.

Una nueva ley de impuesto a las ganancias fue el peculiar soporte para la adición al Código Penal argentino de un precepto que prevé y reprime los juegos de azar clandestinos: la ley 27346 (B. O. 27/12/2016), a través de su artículo 10º, incorporó el artículo 301 bis, convirtiendo en delito conductas que, hasta la sanción de la nueva norma, eran consideradas faltas o contravenciones, confiadas, según los casos, a la autoridad provincial o municipal.

La ley 27347 (B.O. 6/1/17), además de producir un incremento de las correspondientes escalas penales, desgaja los artículos 84 (homicidio culposo) y 94 (lesiones culposas) e introduce dos nuevos preceptos —mediante los respectivos bises—, dando ingreso explícito a la culpa temeraria, como modalidad de culpa grave. En virtud de esa misma ley, se modificó el artículo 193 bis, reemplazando la frase “vehículo automotor” por “vehículo con motor”, con la clara intención de incluir a las motocicletas en el tipo legal respectivo, alusivo a las pruebas de velocidad o destreza no autorizadas.

Dando fin drásticamente a polémicas doctrinales e interpretaciones jurisprudenciales contradictorias, mediante la ley 27352 (B.O. 17/5/2017) se otorgó definición expresa —y harto expresiva— a la controvertida

frase “acceso carnal”, en una de las variadas figuras calificadas del abuso sexual.

El plausible principio de la progresividad del régimen penitenciario que otrora inspiró la sanción de la ley 24660 (B.O. 16/7/96), de ejecución de la pena privativa de libertad, recibió un duro revés a través de la sanción de la n° 27375 (B.O. 28/7/17). Es tal el número de variaciones, genéricamente restrictivas, que se han incorporado al articulado, que resulta necesario remitir al lector al sitio de Internet correspondiente a dicha ley. Se transcribe aquí, apenas, la única reforma que dicha ley introduce en el Código Penal, al incluir en el artículo 14, referido a la imposibilidad de obtener la libertad condicional, a una verdadera legión de individuos, en una muestra esperpéntica de expansionismo punitivo.

Siete artículos reformados y dos de flamante incorporación conforman el saldo de otra reforma al Código Penal —ley 27401 (B.O. 1º/12/17)— que, aunque centrada en los delitos contra la administración pública, instituye todo un régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas. Comienza por añadir un tercer inciso al artículo 1º de dicho cuerpo legal, extendiendo su aplicación a los casos de cohecho y tráfico de influencias cometido en el extranjero por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en esta República; modifica sustancialmente el precepto al que aquel inciso se refiere, incluyendo, además (asistémicamente, por cuanto la significación de los conceptos empleados en el código se concentró, durante casi un siglo, en los dos últimos artículos de la Parte General), una definición de *“funcionario público de otro Estado o de cualquier entidad territorial reconocida”*; añade, respecto de los ilícitos previstos en el mismo Capítulo, una pena de multa de dos a cinco veces del monto o valor del dinero, dádiva, beneficio indebido o ventaja pecuniaria ofrecida o entregada (nuevo artículo 259 bis); incluye una multa conjunta, idéntica a la prescrita, a las penas previstas para las negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265, 2º párrafo), así como a las preexistentes para las exacciones ilegales (art. 266, 2º párrafo), para el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados (art. 268 [1], 2º párrafo) y aun para la figura —de discutible constitucionalidad, por cuanto invierte la carga de la prueba con relación al presunto enriquecimiento ilegal— del artículo 268 [2]. Finalmente, suma, para las figuras de fraudes al comercio y a la industria, una modalidad agravada, para el caso en que aquellos hubieren sido realizados con el fin de ocultar la comisión de los delitos previstos en los artículos 258 y 258 bis (nuevo artículo 300 bis), con prisión de uno a cuatro años y la

consabida multa de dos a cinco veces del valor falseado en los respectivos documentos y actos.

Tres días antes del cierre de este informe, se publicó una reforma más al artículo 128, referido otrora a las publicaciones obscenas y concentrado actualmente en la pornografía infantil. A través de la ley 27346 (B.O. 23/4/18), se han acrecentado las escalas penales relativas al vasto espectro de conductas introducidas por la ley 26388 (B.O. 25/6/08), avanzando ahora hasta la punición —prisión de cuatro meses a un año— de la mera tenencia “*a sabiendas*” (sic) de representaciones de tal índole. Con un complemento en la misma dirección: se adicionó un último párrafo que aumenta en un tercio todas las penas en caso de que la víctima fuere menor de trece años.

REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL

Sintéticamente expuestas, las reformas operadas en terreno procesal penal son las siguientes: a) ley 27097 (B. O. 27/1/15), que unifica la competencia material y territorial de los juzgados en lo penal económico con la que —hasta su sanción— poseían los juzgados en lo penal tributario; b) ley 27272 (B.O. 1º/12/16), que introduce un rito abreviado para casos de flagrancia, aplicable a todo delito doloso con pena máxima de quince años, así como para el abuso sexual doblemente agravado y el robo con arma de fuego, ambos penados con un máximo de veinte años de prisión; c) ley 27307 (B.O. 20/12/16), que disuelve diversos tribunales orales en lo criminal y los transforma en colegiados homólogos de competencia federal o en lo penal económico, a la vez que dispone la actuación unipersonal de los miembros de los tres tipos de tribunal aludidos para el juzgamiento de diversas clases de procesos; d) ley 27308 (16/11/16), que unifica los fueros en lo Criminal de Instrucción y en lo Correccional, y reserva la actuación unipersonal para los mismos casos reseñados en la nota 18, así como para los procesos seguidos por delitos de acción privada; e) ley 27372 (B.O. 13/7/17), de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos, que especifica y amplía las facultades reconocidas hasta su sanción a los individuos damnificados por ilícitos penales de Instrucción, incluyendo el de ser escuchados “antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente” y el de “solicitar la revisión de la desestimación, el archivo o la aplicación de un criterio de

oportunidad solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, cuando hubiera intervenido en el procedimiento como querellante” ; f) ley 27384 (B.O. 2/10/17), que modifica el Código Procesal Penal y, en consonancia con lo que establecen las ya citadas leyes 27307 y 27308, prevé la actuación unipersonal de los miembros de la Cámara Nacional y de las Cámaras Federales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, así como de los que componen las Cámaras Nacional y Federal de Casación de igual denominación, en las cuestiones de competencia, excusación y recusación de los tribunales inferiores respectivos, y en los recursos interpuestos contra las resoluciones adoptadas en los casos de suspensión del proceso a prueba, de juicio abreviado, y de delitos reprimidos con pena no privativa de la libertad o de acción privada. En los restantes casos, se mantiene la composición de tres miembros, no obstante lo cual, podrá dictarse una resolución válida mediante el voto coincidente de dos de ellos.

Notas

1 Corresponde señalar que ese nuevo ordenamiento del ritual, sancionado como ley 27063 (B.O. 10/12/14), resultó suspendido en su vigencia por decreto del Poder Ejecutivo entrante (nº 257/15, del 24 de diciembre de ese año). A la fecha de cierre de este informe, se encuentra en pleno trámite parlamentario un conjunto de reformas al texto original. Hasta el momento, pues, mantiene vigor legal —para las jurisdicciones nacional y federal— el código procesal penal sancionado y promulgado como ley 23984 (B.O. 9/9/91), con sus múltiples reformas a cuestas.

<?> Debido a la hipertrofia legislativa imperante en la materia en la República Argentina, y a fin de no superar las dimensiones sabiamente previstas para cada informe nacional de esta Sección, me veo obligado a remitir a los lectores, salvo en los casos en que la claridad expositiva del texto lo requiera, al sitio oficial de información legislativa, en el que podrán consultar la redacción actual de cada precepto aquí citado, obrante en el casi centenario ordenamiento normativo, desfigurado por unas novecientas modificaciones: servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/15000-19999/16546/texact.htm Se aguarda, entretanto, la debida difusión del proyecto preparado por la nueva comisión de reforma integral del código, creada mediante el Decreto 103/2017 (B.O. 14/2/17), del que, hasta el momento, han circulado borradores parciales y meros trascendidos periodísticos.

2 Cuadra agregar que tal suspensión de la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Penal generó polémica doctrinal y diversidad de criterios jurisprudenciales, respecto de la virtual operatividad de institutos incluidos ya en el vetusto ordenamiento penal de fondo, tales como el —ya referido— de conciliación o reparación integral. Se ha sostenido sobre el tópico, v.gr., que “*la reparación integral del perjuicio ya está vigente como causa de extinción de la acción penal, así que es aplicable ampliamente también a los casos regidos actualmente por los códigos de 1888 y 1991, en tanto que esas normas, como leyes procesales correspondientes, no le imponen otras condiciones adicionales de procedencia. Esto es así también respecto de los casos regidos*

por los códigos procesales locales que, al no establecer limitaciones ulteriores, deben admitir a la reparación integral del daño, sin más, como causa de extinción de la punibilidad" (PASTOR, Daniel R.: *"Lineamientos del nuevo Código Procesal"*, Hammurabi, 2015, p. 47 y s.). En el caso "V. A., B. A." (registro 399/2017 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala II), el autor de este informe, adhiriendo al voto del juez preopinante, Dr. Eugenio Sarra bayrouse, coincidió en señalar *"que la introducción de aquel instituto en nuestro código sustantivo conduce a que prevalezca su operatividad en todo el territorio nacional, a riesgo de originar un quebranto de la unidad de la legislación penal constitucionalmente declarada (CN, art. 75, inc. 12), con desmedro para el principio de igualdad ante la ley (CN, artículo 16)*. En análogo sentido, se pronunció, en disidencia, en el precedente "J. E. R. G. y V. D. G.", resuelto el 17/3/2017 (registro S.T. 350/2017), afirmando la vigencia de tal precepto de la ley de fondo, en coexistencia con vías procesales para su concreta implementación en diversas provincias argentinas (CPP Chubut, art. 47 y concordantes, CPP Entre Ríos, art. 211, entre otras).

3 Cabe añadir que, por la misma norma en análisis, se derogó el artículo 75 del texto original del Código Penal, agregándose a la redacción del reformado artículo 73 la disposición específica alusiva a la acción por calumnia e injuria que aquél contenía; así como a la del artículo 76 del texto original, referida anteriormente a los restantes casos de acción privada. En consonancia con la incorporación —como inciso 7º del mentado artículo 73— de la causal de extinción de la acción penal en virtud del cumplimiento de las condiciones impuestas en el procedimiento de suspensión del proceso a prueba, se substituyó el texto del artículo 76 por uno que remite, respecto de ese mecanismo alternativo, a lo previsto en las leyes procesales correspondientes, rigiendo —subsidiariamente— las disposiciones del propio código de fondo, para el caso de ausencia de regulación de dicho instituto en los ordenamientos provinciales. Valga recordar que, en virtud de la organización republicana y federal, existen veinticinco códigos adjetivos en la Argentina, uno federal, veintitrés provinciales y uno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4 "ARTÍCULO 63.— *La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuese continuo, en que cesó de cometerse*".

5 Advertía ya Francisco Carrara, en el parágrafo 3573 de su célebre Programa, que *"hay situaciones en las cuales desaparecen de la conciencia de ciertos gobernantes todos los principios de moral y de justicia"*; y, cuando ello sucede, *"mientras todos los juristas lanzan maldiciones contra la impunidad prometida a los cómplices de un delito en premio de haber delatado a sus compañeros, tan inicua y desesperada medida se mantiene"*. Hoy cabría dudar de la hipotética unanimidad maledicente de los juristas acerca de tales modalidades adquisitivo-probatorias, supuestamente eficaces, aunque reñidas con los valores defendidos por el ilustre maestro de Pisa.

6 No está de más señalar que en la Argentina decimonónica, tras décadas de contiendas en torno a la cuestión, la ley 2786, de 25 de julio de 1891, declaró *"actos punibles los malos tratamientos ejercitados con los animales"*, reprimiéndolos con multa o arresto y ordenando a las autoridades policiales prestar la cooperación necesaria a la Sociedad Argentina Protectora de los Animales *"para hacer cumplir las Leyes, reglamentos y ordenanzas dictadas o que se dicten en protección de los animales,*

siendo de la competencia de las mismas, el juicio y aplicación de las penas en la forma en que lo hacen para las contravenciones policiales". A más de un siglo de su promulgación, la sanción de la ley 27330 da a entender que la cooperación dispuesta no resultó honrada por todos los que debieron prestarla.

7 "ARTÍCULO 301 bis: *Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que explotare, administrare, operare o de cualquier manera organizare, por sí o a través de terceros, cualquier modalidad o sistema de captación de juegos de azar sin contar con la autorización pertinente emanada de la autoridad jurisdiccional competente*".<?> Bien podría leerse tal innovación como un reconocimiento tácito a la desaprovechada sabiduría del ya recordado Anteproyecto de Reforma Integral presentado en 2014 y atacado en base a absurdos anatemas. Mediante su articulado, se desechaba el difuso y ambiguo concepto de dolo eventual, jamás incluido en el ordenamiento normativo argentino, al tiempo que se incluía el concepto de culpa grave o temeraria. Paradójicamente, el único miembro de los cinco componentes de aquella comisión que votó en contra de esa inclusión era el representante del partido actualmente gobernante, propulsor de esta nueva modificación. Lo más lamentable de la nueva redacción es su fatal descenso a un casuismo impropio de un cuerpo de leyes dotado de cierta técnica legislativa. Convoco al lector a su apreciación en el sitio señalado en la nota 2 de este reporte.

8 "ARTÍCULO 193 bis.— *Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo con motor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente. La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilitare su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo con motor de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin*".

9 La frase *"acceso carnal por cualquier vía"*, debida a la reforma de la ley 25087 (B.O. 14/5/99) había dado lugar a una florida hermenéutica, reñida con la seguridad jurídica más elemental. La actual redacción reza, en lo pertinente: *"acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías"*.

10 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=37872>

11 "Artículo 38.— *Modifícase el artículo 14 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera: "Artículo 14: La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por: 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal. 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal. 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, antepenúltimo párrafo, del Código Penal. 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal. 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal. 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y antepenúltimo párra-*

fos, del Código Penal. 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal. 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal. 9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal. 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace. 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero”.

12 Una vez más, es preciso remitir al lector al sitio electrónico que provee la pertinente información legislativa: servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=296846 Valga tan sólo consignar aquí que los ilícitos por los cuales se asigna responsabilidad a las personas jurídicas son los siguientes: cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, balances e informes falsos agravados (art. 1); que para la extinción de la acción penal se excluyen los criterios de oportunidad, pero se prevé su prescripción —a los seis años de la comisión del delito— y la amnistía (arts. 4 y 5), y que las penas previstas son de multa, 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 igual límite máximo, disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad, pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere y publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica (art. 7).

13 “Artículo 1. Este código se aplicará 3) Por el delito previsto en el artículo 258 bis cometido en el extranjero, por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en el territorio argentino”.

14 “ARTÍCULO 258 bis □ Será reprimido con prisión de un (1) a seis (6) años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente, ofreciere, prometiére u otorgare, indebidamente, a un funcionario público de

otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier otro objeto de valor pecuniario u otras compensaciones tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial. Se entenderá por funcionario público de otro Estado, o de cualquier entidad territorial reconocida por la Nación Argentina, a toda persona que haya sido designada o electa para cumplir una función pública, en cualquiera de sus niveles o divisiones territoriales de gobierno, o en toda clase de organismo, agencia o empresa pública en donde dicho Estado ejerza una influencia directa o indirecta”.

15 El nuevo procedimiento, que prevé, en principio, una audiencia inicial y una de clausura, ambas denominadas *multi-propósito* por concentrar diversos actos procesales en pro de la celeridad del trámite, se combina en su simplificación con la actuación personal de sólo uno de los magistrados componentes del tribunal oral en lo criminal al que corresponda la fase de juicio. Ver la norma completa en el sitio <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=268408>

16 Tal actuación unipersonal rige para los casos de suspensión del proceso a prueba, de juicio abreviado y de delitos cuya pena máxima privativa de la libertad en abstracto no exceda de seis años: pero aun en los casos de delitos cuya pena máxima privativa de la libertad en abstracto supere los seis años y no exceda de los quince años de prisión o, en caso de concurso de delitos, ninguno de ellos se encuentre reprimido con pena privativa de la libertad que supere dicho monto, cabrá tal actuación, salvo que el imputado y su defensor requirieren la integración colegiada, opción que deberá ejercerse indefectiblemente en la vista conferida para la clausura de la instrucción.

17 Ley citada, artículo 8, incisos k y m, respectivamente. Texto íntegro en el siguiente sitio electrónico: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/275000-279999/276819/norma.htm><?> Texto íntegro en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/171610/20171002>



Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018) *Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018*

China

Jiajia Yu

Associate Professor in KoGuan Law School of Shanghai Jiao Tong University, China; Ph.D in Law (Tokyo University)

China's criminal law consists of ten amendments. Of them the ninth Amendment (effective 5 November, 2015) is the most significant to meet the requirements of rapid social development, which includes a sweeping set of revisions related to both offences and penalties. The tenth Amendment is the newest (effective 4 November, 2017). In order to demonstrate the changes brought about by new amendments, previous amendments will also be mentioned if necessary.

I. REVISIONS RELATED TO OFFENCES

The 2015 Amendment created 20 new offences, revised 14 old offences and gets rid of 1 offence. The 2017 Amendment added an additional offence. Generally speaking, new amendments mainly focused on six groups of offences.

1. Terrorism-Related Crimes

After criminal law went through revisions in the field of anti-terrorism in 1997, 2001 and 2011 (Arts 120, 120A, 291A), the 2015 Amendment again has added five new articles (Arts 120B, 120C, 120D, 120E, 120F) and altered four articles (para 1 of Art 120, Arts 120A, 311, 322), aiming at reinforcing criminal law as an instrument for fighting against terrorist activities. A detailed introduction can be found in the author's article in *Revista Penal*, Vol. 41, 2018, pp. 236-238.

2. Crimes in the InfoWorld

In the InfoWorld, the use of information and communication technologies brings about new possibilities to infringe upon others' interests and therefore fosters new types of offences.

(1) Harmful Cyberactivities

With the penetration of the Internet into all industries and social life, cybercrimes have rapidly evolved in sophistication. Harmful cyberactivities have been criminalized for the first time in the 1997 criminal law (Arts 285, 286, 287). The 2009 Amendment (para 2 and 3 of Art 285) and 2015 Amendment (Arts 286 A, 287 A, 287 B) have carried out increasing criminalization in this field. A detailed introduction can be found in the author's article in *Revista Penal*, Vol. 40, 2017, pp. 264-271.

(2) Online Rumors

"Of all evils, the rumor spreads fastest. It is refreshed by speed and wins force by going". In the 1997 criminal law, the acts of making up rumors in war, resulting in destabilizing the soldiers' will or in confusing the public, have been criminalized (Arts 378, 433). In the 2001 Amendment, the act of fabricating information on terrorist threats, or of knowingly disseminating such fabricated information, has also become criminal (Art 291A). Nevertheless, in history, making up or spreading rumors unrelated to war or terrorism was no more than the ground of administrative sanctions.

However, the harm of online rumors is escalated in the InfoWorld. In order to fight against online rumors, the Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate issued an *Interpretation on Several Issues concerning the Application of Law in the Handling of Defamation through Information Networks* (effective 10 September, 2013). By this interpretation, it has been clarified that whoever, with the intention of

damaging the victim's reputation, fabricates false facts or falsifies true facts from the internet, and then disseminates those facts on the internet personally, or instigates others to do so, if the circumstances are serious, shall be convicted of the crime of defamation (para 1 of Art 246).

For the victim of defamation, there is no trial without complaint (para 2 of Art 246). But in fact, it is very hard for the victim of online rumors to collect evidences personally. As a response, the 2015 Amendment has added one paragraph in Art 246 as paragraph 3, which states that in the case of defamation through information networks, when the victim files a complaint before the court, but faces with troubles of providing evidence, the court may require the police to assist in investigation.

Comparing to the harm of defaming the victim's personal reputation, the harm of fabricating false reports about public events has bigger negative influences on social orders and peace. For example, on 20 February, 2010, the false warning of earthquakes in some areas of Shanxi province spread quickly through SMS messaging and on the internet. As a result, hundreds of residents quit work and poured into the street. As to "2015 Tianjin Explosions", the truth is that on 12 August a series of explosions killed more than 100 people at a container storage station at the port of Tianjin, a city in northern China. But false reports that more than 1300 lives were lost were rife online. In this background, 2015 Amendment has added one paragraph in article 291A to criminalize not only the act of fabricating false information about dangerous conditions, epidemic diseases, disastrous situations and emergency alerts and disseminating such information through information networks, but also the act of knowingly disseminating the aforesaid false information through information networks (para 2 of Art 291A).

(3) Disclosure of Personal Information

In the InfoWorld personal information is exposed in many threats. In this field the law-making is also active.

The crime of selling or leaking without permission the victim's personal information, and the crime of obtaining such information by stealing or in other illegal ways (Art 253A), have been created by the 2009 Amendment. Before the 2015 Amendment, the actor was limited to "the staff working in state organs or financial, telecommunications, transportation, education, medical and other entities, and the personal information was limited to "the information which the actor knows or gets in the fulfillment of his/her duties or services". However, both limitations have been removed

by the 2015 Amendment. If selling or leaking the information known in the fulfillment of his/her duties or services, the actor is not just found guilty but shall be sentenced to a heavier penalty (Art 253A).

Furthermore, the protection for the carrier of personal information has also been strengthened by the 2015 Amendment. In the past, if forging, modifying, buying or selling the resident identity card, the actor shall be found guilty. Now according to the new amendment, any official document issued showing the holder's identity, like a resident identity card, passport, social welfare card or driving license, should be protected (para 3 of Art 280). Besides, not only the act of knowingly using such a forged or modified official document, but also the act of stealing such a document and using it has also been criminalized (Art 280A).

When the information concerning a case, e.g. a juvenile case, which mustn't be carried to a public trial, the judicial staff member, defender, litigation representative or litigation participant, who discloses, makes public or reports such information shall be charged with a new crime created by the 2015 Amendment (Art 308A). This crime can be committed by a legal person, too.

3. Corruption-Related Crimes

In China corruption refers to a series of dishonest acts undertaken by a state functionary entrusted with a position of public authority. Before introducing new amendments, it is necessary to understand the basic types of corrupt activities in public functionaries prescribed in the 1997 criminal law.

Generally speaking, there are different groups as below: the crime of a state functionary's converting public properties to his/her own private properties by taking use of his/her position (para 1 and 2 of Art 382, Art 394), the crime of a state functionary's misappropriating public properties by taking use of his/her position (Art 384), the crime of a state functionary's taking bribes in return for helping the briber gain private profits by violation of public duties (para 1 and 2 of Art 385, Art 388), the crime of giving bribes to a state functionary with the intent of gaining private profits (para 1 and 2 of Art 389), the crime of introducing a briber to a state functionary (Art 392), and the crime of a state functionary's holding a huge amount of properties obviously exceeding reasonable earnings (Art 395).

Taking bribes (para 1 and 2 of Art 387), and giving bribes (Art 393), can also be carried out by a legal person. Giving bribes to a state institution by a natural person.

son (para 1 of Art 391), or by a legal person (para 2 of Art 391), is also criminal.

(1) Criminalization of More Corrupt Activities

In recent amendments, three new types of corrupt activities have been criminalized.

First, the actor, who has the kinship or intimate relationship with a state functionary (para 1 of Art 388A), or with a retired state functionary (para 2 of Art 388A), seeks or receives bribes in return for helping the briber gain illegal profits by violation of this state functionary's duties, or by violation of another state functionary's duties which is induced by this state functionary's current or previous status or authority. Such an actor shall be found guilty since the 2009 Amendment.

Second, the actor, who gives bribes to a state functionary of a foreign country, or of an international organization, with the intent of gaining illegal business interests, shall be found guilty (para 2 of Art 164) since the 2011 Amendment. A legal person can also commit this crime (para 3 of Art 164).

Third, the 2015 Amendment has added a new article to define a new offence which is symmetrical with the offence prescribed by Art 388A. According to the new article, the actor, who has the kinship or intimate relationship with a state functionary, or with a retired state functionary with the intent of gaining illegal profits, shall be found guilty (para 1 of Art 390A). Such an actor can also be a legal person (para 2 of Art 390A).

(2) Revisions Related to Converting Public Properties and Taking Bribes

For a state functionary's converting public properties or taking bribes, the threshold of criminal law's interference and the severity of applied penalties are the same (Arts 383, 386).

First, according to the previous standard, whether or not the penalty was imposed and how severe the penalty was, depended on the amount of money converted or taken by the state functionary. In opposite, a binary standard has been introduced by the 2015 Amendment. If the amount is large, there is a crime. Even if the amount is not large enough, when other aggravated circumstances can be found, there is still a crime. In order to clarify "large amount" and "aggravated circumstances", the Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate issued an *Interpretation on Several Issues concerning the Application of Law in the Handling of Corrupt Crimes* (effective 18 April, 2016).

Second, the 2015 Amendment has raised the bar of imposing life imprisonment and death penalty. At least two conditions must be met at the same time: (a) the amount of properties converted or of bribes taken

is extremely large, which, according to the aforesaid interpretation, shall be more than 3,000,000 CNY (≈ 397314.16 Euro: 1Euro=7.55CNY on 9 May, 2018); (b) the offence caused extremely heavy losses on the interests of the state and people.

Third, the 2015 Amendment has modified the bar for bribe-takers to be exempted from punishment or to be sentenced to a reduced or mitigated punishment (para 3 of Art 383).

(3) Revisions Related to Giving Bribes

The 2015 Amendment has raised the bar for bribe-givers to be exempted from punishment. When confessing the fact of giving bribery prior to the criminal prosecution, the bribe-giver can no longer be exempted from punishment as he could before.

Now on the same condition, the punishment may be reduced or mitigated. The exemption is possible only when the corrupt activity is not deemed as a felony and either of the following two requirements is met: (a) the bribe-giver's confession plays a core role in uncovering a serious criminal case, or (b) the bribe-giver demonstrates significant meritorious services.

(4) Revisions Related to Holding a Huge Amount of Properties

When a state functionary holds a huge amount of properties, which obvious exceeds his/her reasonable earnings and the difference is enormous, he/she will be ordered to explain where those properties come from (having by illegal methods is also admitted). The state functionary, who fails in explanation, shall be found guilty. The 2009 Amendment has increased the maximum penalty from five to ten years.

4. Crimes of Cheating in Exams

In China, the examination system, comparatively speaking, is admitted as an ideal mechanism of selecting talents. But in recent years, the reputation of exams has been hit due to allegations of cheating.

(1) Before the 2015 Amendment

According to the State Education Commission and the State Secrecy Bureau's interpretation (effective 13 December, 1989), not only the information on examination questions, examination answers and standards of giving scores, which will be used in an examination organized by the national or municipal education department, but also the information on people, who write such an examination paper or who can access to it, shall be deemed as "state secrets". Therefore, leaking or obtaining aforesaid information without permission before the examination ends may be charged with the

crime of knowingly leaking state secrets (para 1 of Art 398) or the crime of illegally obtaining state secrets (Art 431).

In the case where the examination is not organized by the national or municipal education department, only when the equipment like a pinhole camera or a miniature earphone used for cheating in exams is so sophisticated that it can be deemed as a specialized espionage device or a special device for eavesdropping or secret photographing, its producer, seller or user may be found guilty (Arts 283, 284).

Because the principle “Nulla poena sine lege” sets limitation on punishment, before the 2015 Amendment most acts of cheating in exams were not criminal, but illegal according to administrative laws or regulations.

(2) After the 2015 Amendment

The 2015 Amendment has offered the toughest measure to guard the fairness of national exams prescribed by law by adding a new article, Art 284A, to criminalize four acts: (a) organizing cheating in a national examination prescribed by law (para 1); (b) assisting in the act defined in paragraph 1 by providing cheating devices or by other methods (para 2); (c) selling or leaking questions or answers of a national exam prescribed by law (para 3); and (d) acting as a surrogate test taker or hiring a surrogate test taker in a national exam prescribed by law (para 4). For the first three acts the maximum penalty is seven years while for the last it is six months.

Art 284A is applied only in the case concerning a national exam prescribed by law. For example, cheating in “the National College Entrance Examination (also called GaoKao)”, “the Adult University Entrance Examination”, “the Unified National Graduate Entrance Examination” □ “the National Medical Licensing Examination”, “the Driving License Test” □ “the National Judicial Examination”, and so on is criminal.

On one hand, not all exams which can be deemed as state secrets are national exams prescribed by law. On the other hand, not all national exams prescribed by law belong to state secrets. But two groups of exams have overlapping contents. For example, cheating in the National College Entrance Examination may be charged with more than one offence (called “Idealkonkurrenz” in German). In this case the more serious penalty shall be applied.

5. Sexual Crimes and Crimes against Vulnerable Victims

The crimes mentioned in this chapter, which infringe on different interests, can be organized as one group because of their special victims.

(1) Men’s Interests in Their Sexual Autonomy

The 2015 Amendment has admitted for the first time that a male person, who is older than 14 years old, can be the victim of sexual violence (para 1 of Art 237). But even today men are not the rape victims in China.

(2) Interests of Vulnerable Victims

The 2015 Amendment has strengthened the protection for women, children, the aged and the weak.

In the case of buying an abducted woman or child, the penalty may be reduced on the condition that the actor does not maltreat the abducted child, and does not prevent others from rescuing the child, and the penalty may be reduced or mitigated on the condition that the actor does not obstruct the abducted woman’s returning to her residence (para 6 of Art 241). Before the new amendment, on both conditions mentioned above, the penalty could be exempted.

In the case of maltreating the family member, principally there is no trial without the victim’s complaint, except when the victim has no ability to initiate a criminal case, or is coerced or intimidated so as to be unable to do so (para 3 of Art 260). The exceptive situation was added by the new amendment.

According to Art 260A, added by the new amendment, the victim of maltreatment is no longer limited to the actor’s family member (Art 260) but enlarged to a juvenile, an aged person, a sick person, or a disabled person who is under the actor’s guardianship or whom the actor has duties to take care of. The new crime can be committed by a legal person.

The new revision covers also the crime of organizing or forcing the victim into prostitution (Art 358). According to the new amendment, first, when the victim is a juvenile, a heavier penalty is ordered. Second, the act of assisting in the organization of prostitution by recruiting or transporting victims has been criminalized. Third, when the actor commits another crime like homicide, injury, rape and kidnap, he/she shall be charged with plural crimes.

6. Other Crimes against Public Interests or Orders

(1) Threatening Traffic Safety

In China, dangerous driving threatening traffic safety is mainly regulated by the Road Traffic Safety Law, an administrative law. In the 1997 criminal law only the

act of driving on the road with negligence, resulting in death, serious injuries or a gross loss of properties, was criminalized.

The 2011 Amendment has created two offences of driving in a dangerous way: drag racing on the road with a high speed (para 1 of Art 133A), and drunk driving on the road (para 2). The 2015 Amendment has created another two: driving the school's shuttle bus or the passenger bus, while overloaded or speeding (para 3), and transporting hazardous chemicals in violation of the statutory obligations of keeping them in a safe situation (para 4). The driver shall be found guilty even though his/her driving did not cause consequences.

(2) Disturbing Order in Public Places

The 2015 Amendment has greatly improved the content of the crime of assembling a crowd to disturb public order (Art 290).

First, assembling a crowd so as to make medical activities discontinued has become a new condition of applying this article (para 1). This is China's response to the increasing number of cases in which furious patients or their relatives attack medical staffs after medical accidents.

Second, the act of frequently disturbing the government's orders in daily work and continuing to do so after receiving administrative sanctions has been criminalized (para 3).

Third, the act of frequently organizing or financially assisting in others' assembling a crowd to disturb public order has also become criminal (para 4).

(3) Crimes of Insulting

The national flag, emblem and anthem are symbols of a country. National Flag Law came into effect on 1 October, 1990 and National Emblem Law on 1 October, 1991. In the 1997 criminal law, the act of insulting China's national flag and emblem in public with such methods as burning, destroying, scribbling, soiling, and trampling has been criminalized (para 1 of Art 299). As National Anthem Law has been valid on 1 October, 2017, the 2017 Amendment has created the offence of insulting China's national anthem in public by purposely falsifying the lyrics or musical notation of the national anthem, or by playing or singing the national anthem in a distorted or disrespectful way (para 2).

The previous Art 302, which stated that "stealing or insulting the corpse" was criminal, has been amended by the 2015 Amendment to "stealing, insulting or purposely destroying the corpse, or skeleton or remains" is criminal.

(4) Obstruction of Justice

Official duties include policemen's and other state functionaries' duties. According to the 2015 Amendment, violently attacking policemen while they are in the performance of their duties shall be sentenced to more severe punishment than attacking other state functionaries (para 5 of Art 277).

According to the 1997 criminal law, the act of inventing stories with the intention of letting another innocent person get thrown into a criminal trial (Art 243), or the act of lying while testifying in a criminal court with the intention of framing another person or concealing evidences (Art 305), shall be a crime. Till the 2015 Amendment, similar acts involving a civil case were not criminal. Now the new amendment has criminalized the act of knowingly filing a civil lawsuit based on fabricated facts (para 1 of Art 307A). The judicial staff member, who makes use of his/her public power and conspires to commit it, should carry a more severe penalty (para 4). It can be committed by a legal person (para 2).

The 2015 Amendment has extended the scope of application of Art 309, which defines the offence of assembling a crowd to clamor in a courtroom and of assaulting judicial staff members. After the new amendment, the article can be applied in the offence of assaulting litigation participants; of insulting, defaming or threatening any judicial staff member or litigation participant; or of destroying the facilities of the courtroom, grabbing or destroying litigation documents and evidences, too.

II. REVISIONS RELATED TO PENALTIES

Penalties in the 1997 criminal law can be divided into two groups: principal and supplementary penalties. The former includes death penalty, life imprisonment with parole, fixed-term imprisonment, criminal detention and surveillance. And the later includes fine, deprivation of political rights and confiscation of properties. The latter can also be imposed independently.

For a long time, the whole penalty system is being criticized as below. The death penalty is too heavy. The freedom penalty is too light. The property penalty is less used. The penalty of depriving qualification is absent. Recent amendments, mainly the 2011 Amendment and 2015 Amendment, have made efforts to correct those flaws.

1. Death Penalty

By amending criminal law, Chinese government has reduced the number of capital crimes, and limited its application or execution.

(1) The Number of Capital Crimes

The 1997 criminal law stipulated 68 crimes punishable by death. In the 2011 Amendment the death penalty for 13 economic and non-violent crimes, and in the 2015 Amendment for another 9 crimes has been abolished. Of those 9 crimes, most was never applied in judicial practice. Now 46 capital crimes are left.

(2) Death Penalty with Suspension of Execution

Deciding death penalty does not mean that it will be executed. If the immediate execution of a criminal punishable by death is not deemed necessary, a two-year suspension of execution may be pronounced simultaneously with the imposition of death penalty (para 1 of Art 48). If the criminal did not commit new intentional crimes during the period of suspend, the life imprisonment shall be resentenced after the 2-year reprieve and after two years it may be commuted to 15-20 years of imprisonment (Art 50). Before the 2015 Amendment, if the criminal committed an intentional crime, the death penalty shall be executed with the approval of the Supreme People's Court (Art 50). This is called "Death Penalty with Suspension of Execution".

The new amendment has altered this article from two aspects. On one hand, it has raised the threshold of the execution of death penalty. Namely, for the criminal, who committed an intentional crime, death penalty shall not be executed unless the circumstances in such a crime are serious. On the other hand, for such a criminal, although death penalty shall not be executed, the terms of suspension shall be recounted again. Thus, it may result in a longer "death row".

2. Freedom Penalty

The aim of amending criminal law is giving judges more discretion in sentencing.

(1) Life Imprisonment without Parole

The 2015 Amendment has introduced "the system of life imprisonment without parole" to China's criminal law. This system is applied only in crimes of state functionaries' converting public properties or taking bribes.

Where the judge declared that the execution of the death penalty was suspended for two years and at the same time pronounced life imprisonment without parole, even though the criminal didn't commit intentional crimes, he/she must spend the rest of his/her life in jail after the 2-year reprieve (para 4 of Art 383). In other

words, in this case his/her life-imprisonment will never be commuted. This new system is expected to be a substitution of death penalty in the case where the judge tends to choose death penalty than life imprisonment with parole.

(2) Stretching the Width between Maximum and Minimum Penalty

For the crime of smuggling weapons, ammunitions, nuclear materials or counterfeit currencies (para 1 of Art 151) and the crime of organizing or utilizing superstitions sect, secret society or cult organization to sabotage the implementation of law or administrative regulations of the state (Art 300), a maximum jail term has been raised to life imprisonment with parole and a minimum jail term has been lowered from seven to three years by 2015 Amendment.

For the crime of illegally producing or selling espionage devices or devices for eavesdropping or secret photographing (Art 283), the crime of installing or using radio stations (transmitters) without approval (para 1 of Art 288) and the crime of refusing to execute a judgment or ruling rendered by a court while he/she can afford it (Art 313), a maximum jail term has been raised from three to seven years.

For the crime of producing, trading in, transporting or carrying into or out China acetic anhydride, ethyl ether, chloroform or other raw materials or auxiliary materials for manufacturing drugs (para 1 of Art 350), a maximum jail term has been raised from ten to twenty years.

(3) Different Types of Freedom Penalty

The actor is charged with more than one crimes. It has been clarified by the 2015 Amendment that, for different crimes, if fixed-term imprisonment and criminal detention are respectively imposed, only the former is executed. If fixed-term imprisonment and surveillance, or criminal detention and surveillance are respectively imposed, surveillance shall still be executed after the execution of the former (para 2 of Art 69).

3. Fine

The main aim of amending criminal law is adding fine in sentencing.

(1) Adding Fine in Sentencing

In almost all revised articles fine has been added by the 2015 Amendment. There is one point deserving attention. In China the threshold of criminal law's interference is deemed to be high. A large number of minor offences are regulated by administrative laws or regulations. However, as showed in Part I criminalization and

increasing criminalization on a large-scale result in that this threshold is becoming lower and lower. Against this background, sentencing fine becomes a must.

(2) Execution of Fine

The execution of fine depends on the economic status of the criminal. From time to time, paying the fine or paying it within the time limit specified in the judgment is a hard matter.

In the 1997 criminal law two flexible ways have been proposed. First, if the fine is not paid upon the expiration of that time limit, the payment shall be compelled. Second, if the criminal is not able to pay the fine in full, the Court shall demand the payment whenever it finds the criminal have had properties.

The 2015 Amendment has created the third way. Namely, if the criminal has true difficulties in paying because of an irresistible disaster, the fine may be reduced or remitted according to the circumstances. But in China the freedom penalty can never be a substitute for the fine.

4. Prohibition of a Specific Profession

According to Art 37A added by the 2015 Amendment, for a criminal, who in a crime made use of his/her professional status or violated his/her professional duties, considering the circumstances of this crime and the necessity of preventing similar crimes, the judge can decide to prohibit him/her from engaging in the previous or similar profession within 3-5 years when he/she finishes serving sentences or when he/she is released on parole. This is called prohibition of a specific profession.

As to its nature, there are heated discussions in China. Some scholars argue that it is one rehabilitative measure (called "Sicherheitsmaßnahmen" in German), aiming at preventing similar crimes while others argue that it is a penalty of depriving qualification, aiming at preventing the criminal from engaging in a specific profession.

III. CONCLUSION

The 2015 Amendment marks a very important milestone on China's journey to strengthen the protection of people and the state's rights and interests by criminal law. The achievement of revisions related to offences is that the threshold of criminal law's interference has

been lowered. For this aim, the legislator used techniques as below: altering the constitutive elements of old offences; criminalizing harmful activities of assisting in or preparing for committing old offences; and creating quite new offences. The achievement of revisions related to penalties can be concluded from three aspects as below: limiting the application or execution of death penalty; giving judges more discretion in sentencing according to specific circumstances in cases; creating new types of sanctions to build up a pluralistic penalty system.

Notas

1 "information networks" means the Internet, radio and television broadcasting networks, fixed communication networks and mobile communication networks, with computers, TV sets, fixed telephones, mobile phones and other electronic devices as receiving terminals, as well as local area networks open to the public.

2 Cases of Online Rumors in Recent Ten Years, Renmin Ribao, September 2nd, 2013.

3 Tianjin blast probe suggests action against 123 people, Xinhua News Agency, February 5th, 2016, in http://english.gov.cn/news/top_news/2016/02/05/content_281475284781471.htm (2018/05/14).

4 Detailed introduction can be found in author's another article in *Revista Penal*, Vol. 39, 2017, pp. 226-229.

5 *Id.*

6 No. 18 criminal judgment made on 9 March, 2016 by Qilihe district people's court in Lanzhou city of Gansu province; No. 102 criminal order of final instance made on 18 August, 2017 by the intermediate people's court in Baiyin city of Gansu province; No. 154 criminal order of final instance made on 15 June, 2017 by the intermediate people's court in Nanchong city of Sichuan province (No. 102 criminal judgement made on 18 May, 2017 by Shunqing district people's court in Nanchong city of Sichuan province).

7 No. 137 criminal judgment made on 12 February, 2018 by the local people's court in Zitong county of Xichuan province.

8 No. 112 criminal order of final instance made on 27 October, 2017 by the intermediate people's court in Tongling city of Anhui province (No. 19 criminal judgement made on 5 July, 2017 by the Tongguan district people's court in Tongling city of Anhui province).

9 No. 50 criminal judgement made on 14 March, 2018 by Tiexi district people's court of Siping city of Jilin province.

10 No. 36 criminal judgement made on 19 April, 2016 by the local people's court in Jianshi county of Hubei province; No. 154 criminal judgement made on 27 June, 2016 by Shuangqiao district people's court in Chengde city of Hebei province.

11 See Xingliang Chen, the Ninth Amendment to Criminal Law: Interpretation and Comment, *Huizhou Minzu University Journal*, No. 1, 2016, p. 122.



Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018)

Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018

Colombia

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Exmagistrado y expresidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

Profesor universitario

Las principales disposiciones penales vinculadas a la denominada *jurisdicción penal ordinaria* durante los años 2015 a 2018 son las siguientes, la gran mayoría de ellas con sabor puramente represivo y dirigidas, en general, a la clientela penal común y corriente.

AÑO 2015

1. *Ley 1752*, por la cual se modifican las estructuras de los artículos 134A y 134B del Código Penal, que definen los delitos de “Actos de discriminación” y de “Hostigamiento”, respectivamente.

2. *Ley 1760*, que modifica, sobre todo por adición, los artículos 307, 308, 310 y 317 del Código de Procedimiento Penal (*Ley 906* de 2004), para precisar los términos máximos de la detención preventiva; fijar el alcance de “obstrucción de justicia”, “peligro para la sociedad o para la víctima”, y probabilidad de no comparecencia al proceso o al cumplimiento de la condena; redefinir el “peligro para la comunidad” y fijar los tiempos para obtener la libertad provisional.

3. *Ley 1761*. Crea el tipo penal de *feminicidio*, para darle autonomía al fenómeno. Agrega, entonces, el artículo 104 A del Código Penal, como una de las infracciones contra la vida y la integridad personal, y añade el artículo 104 B, que relaciona las causales específicas de agravación de tal delito. Las disposiciones mencionadas disponen esto:

“**ARTÍCULO 104A. FEMINICIDIO.** Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses.

a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.

b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.

c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.

d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.

e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.

f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella”.

ARTÍCULO 104B. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA DEL FEMINICIDIO. La pena será de quinientos (500) meses a seiscientos (600) meses de prisión, si el feminicidio se cometiere:

a) Cuando el autor tenga la calidad de servidor público y desarrolle la conducta punible aprovechándose de esta calidad.

b) Cuando la conducta punible se cometiere en mujer menor de dieciocho (18) años o mayor de sesenta (60) o mujer en estado de embarazo.

c) Cuando la conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas.

d) Cuando se cometiere en una mujer en situación de discapacidad física, psíquica o sensorial o desplazamiento forzado, condición socioeconómica o por prejuicios relacionados con la condición étnica o la orientación sexual.

e) Cuando la conducta punible fuere cometida en presencia de cualquier persona que integre la unidad doméstica de la víctima.

f) Cuando se cometa el delito con posterioridad a una agresión sexual, a la realización de rituales, actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de agresión o sufrimiento físico o psicológico.

g) Por medio de las circunstancias de agravación punitiva descritas en los numerales 1, 3, 5, 6, 7 y 8 del artículo 104 de este Código”.

4. *Ley 1762*, por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar los delitos de contrabando, lavado de activos y evasión fiscal. Adiciona un numeral, el 3º, al artículo 43 del Código Penal, para explicar el alcance de la pena privativa de otros derechos conocida como “Inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio”. Abarca también el artículo 46 del mismo estatuto. Modifica el tipo de contrabando para adicionar bienes a su objeto material (artículo 319, 315 y 320-1 del Código Penal). Así mismo, modifica las definiciones de los delitos de favorecimiento y facilitación del contrabando (artículo 320), fraude aduanero (artículo 321), favorecimiento del contrabando por servidor público (artículo 322), lavado de activos (artículo 323), concierto para delinquir (artículo 340), agrega un inciso al tipo de receptación (artículo 447) y, en líneas generales, busca fortalecer la institucionalidad contra el delito de contrabando (artículos 30 y siguientes de la ley mencionada).

AÑO 2016

1. *Ley 1773*, que rememora la reincidencia para negar la condena de ejecución condicional, la prisión domiciliaria y todo otro beneficio judicial o administrativo; introduce el artículo 116A para sancionar con severidad a quien causa lesiones valiéndose de agentes químicos, ácidos o sustancias similares; y modifica el artículo 358 del Código Penal, que define el delito de tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos.

2. *Ley 1774*, que agrega un nuevo título al Libro II del Código Penal, el número XI-A, conocido como “Delitos contra los animales”: maltratarlos, lesionarlos o propinarles la muerte (artículos 339A y 339B), con las con los siguientes motivos de incremento punitivo,

y entrega su conocimiento a los jueces municipales (artículo 37.7 Código de Procedimiento Penal).

3. *Ley 1778*, conjunto de normas sobre responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional, y otras disposiciones en la lucha contra la corrupción.

4. *Ley 1786*, que modifica el régimen de la detención preventiva, específicamente el artículo 307 del Código de Procedimiento Penal (añade un párrafo).

5. *Ley 1787*. Idea el inciso 2º del artículo 377 del Código Penal, para explicar que el hecho de destinar bienes muebles o inmuebles para elaborar, almacenar, transportar, vender o usar drogas estupefacientes, concretamente la *cannabis*, con finalidades médicas o científicas no constituye delito, siempre que, desde luego, se llenen los requisitos legales.

6. *Ley 1801*, que dicta el nuevo Código Nacional de Policía y de Convivencia.

7. *Ley 1819*, que adopta una reforma tributaria y prevé medidas contra la evasión y elusión fiscales. Fundamentalmente modifica la estructura del delito de “Omisión de agente retenedor” (artículo 402 del Código Penal), y adiciona al Código Penal el artículo 434A, que estructura el delito de “Omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes”.

AÑO 2017

1. *Ley 1826*, que modifica varias disposiciones del Código de Procedimiento Penal, establece todo lo concerniente a un novedoso *procedimiento especial abreviado*, crea para el país la figura del *acusador privado* y regula todo lo inherente al mismo y a su funcionamiento.

2. *Ley 1850*, que para efectos del delito de “violencia intrafamiliar” (artículo 229 del Código Penal) precisa como “adulto mayor” a quien tiene 60 o más años, y adiciona al estatuto un comportamiento delictivo que bautiza “Maltrato por descuido, negligencia o abandono en persona mayor de 60 años”, y que define de este modo: “El que someta a condición de abandono y descuido a persona mayor, con 60 años de edad o más, genere afectación en sus necesidades de higiene, vestuario, alimentación y salud, incurrirá en prisión de 4 a 8 años y multa de 1 a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Por último, modifica el artículo 230 del mismo código, sobre “Maltrato mediante restricción a la libertad física”.

3. *Ley 1864*, que modifica numerosas disposiciones del Código Penal en materia de *participación democrática*, sobre todo las siguientes: artículos 386 (perturba-

ción de certamen democrático); 387 (constreñimiento al sufragante); 388 (fraude al sufragante); 389 (fraude en suscripción de cédulas de ciudadanía); 390 (corrupción de sufragantes); 391 (voto fraudulento); 392 (favorecimiento de voto fraudulento); 393 (mora en entrega de documentos relacionados con una votación); 394 (alteración de resultados electorales); 395 (ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula de ciudadanía); y 396 (denegación de inscripción). Igualmente, hace unas adiciones, así: artículo 398A (elección ilícita de candidatos); 390^a (trasteo de votos); 396A (financiación de campañas electorales con fuentes prohibidas); 396B (violación de topes o límites de gastos en las campañas electorales); 396C (omisión de información del aportante).

AÑO 2018

1. *Acto Legislativo 01*, que modifica los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, para in-

corporar la segunda instancia respecto de los procesos adelantados contra los altos funcionarios del Estado — aforados constitucionales—.

2. *Ley 1880*, que aprueba el protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente, y sus anexos 1, 11, 111, y IV.

3. *Ley 1882*, por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública.

Notas

1 Este literal fue declarado exequible por la Corte Constitucional en su sentencia C-297 de 2016, pero condicionadamente, en el entendido que la violencia a la que alude es de *género*, como una circunstancia contextual para determinar el aspecto subjetivo del tipo, vale decir, la intención de matar por el hecho de ser mujer o por motivos de identidad de género.

2 El artículo 104 del Código Penal define las causales de agravación del homicidio. Es el denominado *homicidio agravado*.

Sistemas penales comparados



Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018) *Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018*

Costa Rica

Dra. Angie A. Arce Acuña

Doctora en Derecho Penal.

Presidenta de Instituto de Victimología de Costa Rica

I. REFORMA PENAL

A lo largo del periodo del año 2016 a la fecha, 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. 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 cuál se desarrollan las principales reformas al Código Penal Costarricense y Código Procesal Penal.

II. REFORMAS AL CÓDIGO PENAL

1. Ley de Fortalecimiento de la protección legal de las niñas y las adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones abusivas, reforma Código Penal, Código Familia, Ley Orgánica TSE y Registro Civil, y Código Civil, N°9406 del 30 de noviembre de 2016

En la exposición de motivos del expediente legislativo número 19337 se indica básicamente dos motivos para generar la reforma, el primero, por la situación de violencia que se estaba generando en el año de 2015 en las relaciones sexuales con personas menores de edad. (Dato que lo extraen básicamente a partir de las denun-

cias recibidas). El segundo, para dar cumplimiento a la protección de las personas menores de edad hasta los 18 años que la convención de los Derechos del Niño suscrita por Costa Rica le exigía y que el Comité de los Derechos del Niño de la Naciones Unidas le venía recomendando modificar este artículo.

En la discusión del proyecto la ex vicepresidenta de la República Ana Helena Chacón señaló: “es un imperativo darle a nuestra población menor de edad un resguardo jurídico ante situaciones que lastiman y vulneran flagrantemente su dignidad humana. Ese es el espíritu de esta ley, una protección específica para una población a la que históricamente se ha sometido a abusos y mandatos sociales violatorios de sus derechos. Costa Rica, una vez más, demuestra estar a la altura de los requerimientos del sistema de Naciones Unidas respecto de los derechos humanos y con ello, de una mejor calidad de vida para estas personas” Según el registro de denuncias interpuestas al Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial (OIJ), entre el 2012 y el 2015, se han recibido 1.105 denuncias por tentativas de relaciones sexuales con personas menores, y 3.676 denuncias por relaciones sexuales con esta misma población”.

Esta ley reformó el artículo 159 y 161 del Código Penal del 4 de mayo de 1970 y sus reformas. El Artículo 159 del Código Penal donde se introducen elementos nuevos como la edad de la víctima **para protegerla, en este caso** cuando la víctima sea mayor de quince y menor de dieciocho años, y el autor sea siete o más años mayor que esta en edad, manteniéndose la pena de prisión

En el caso del artículo 161 del Código Penal sobre Abusos sexuales contra personas menores de edad e incapaces se varía la edad de la protección que va de 15 años con la reforma y no de 13 años como estaba

anteriormente regulado, se mantiene la pena de prisión de 3 a 8 años.

2. Ley de Bienestar de los Animales. Reformas de la ley N° 4573, Código Penal y ley N° 7451. Número 9458 del 11 de junio de 2017

Se dan reformas importantes mediante la creación de la Ley de Protección Animal. Esta ley adiciona al Código Penal una sección V al título IX “delitos contra la seguridad común” que denomina “crueldad contra los animales”. Dicha sección se compone de 5 artículos: 279 bis, 279 ter, 279 quater, 279 quinquies, 279 sexies. Asimismo, adiciona al Código Penal los artículos 405 bis y 405 ter, y deroga el inciso 2 del artículo 392 del código penal. Dentro de los apartados más importantes que viene a tutelar es la Crueldad contra los animales que se sanciona con prisión de tres meses a un año, ya sea directa o por interpósita persona, en conductas como a) Cause un daño a un animal doméstico o domesticado, que le ocasione un debilitamiento persistente en su salud o implique la pérdida de un sentido, un órgano, un miembro, o lo imposibilite para usar un órgano o un miembro, o le cause sufrimiento o dolor intenso, o agonía prolongada) Realice actos sexuales con animales. Por acto sexual se entenderá la relación sexual de una persona con un animal, es decir, actos de penetración por vía oral, anal o vaginal. c) Practique la vivisección de animales con fines distintos de la investigación. Donde la pena máxima podrá ser aumentada en un tercio, cuando el autor de estos actos los realice valiéndose de una relación de poder para intimidar, amenazar, coaccionar o someter a una o más personas, así como cuando la conducta se cometa entre dos o más personas. Permite además a las organizaciones debidamente inscritas en el Registro Judicial podrán representar los intereses difusos de los animales afectados por las conductas descritas en esta norma.

De igual forma se tutela en el artículo 279 ter.— Muerte del animal. Se sancionará con pena de prisión de tres meses a dos años, a quien dolosamente, de forma directa o por interpósita persona, cause la muerte de un animal doméstico o domesticado; la misma pena se aplicará cuando la muerte de este sea consecuencia de las conductas descritas en los artículos 279 bis y 279 quinquies de esta ley, en el apartado de crueldad animal.

El artículo 279 quinquies, regula las peleas entre animales donde será sancionado con prisión de tres meses a un año quien, directamente o por interpósita persona, organice, propicie o ejecute peleas entre animales de

cualquier especie, sin excepción alguna en el territorio nacional.

El artículo 405 bis, regula conductas de Maltrato de animales como las que se describen y que serán sancionadas con veinte a cincuenta días multa en el caso a) Realice actos de maltrato animal. Por maltrato animal se entenderá toda conducta que cause lesiones injustificadas a un animal doméstico o domesticado) Abandone animales domésticos a sus propios medios.

Por animal doméstico se entenderá todo aquel que por sus características evolutivas y de comportamiento conviva con el ser humano. Por animal domesticado se entenderá todo aquel que mediante el esfuerzo del ser humano ha cambiado su condición salvaje. Siendo este uno de los principales triunfos del Gobierno saliente y que tuvo mucho auge social.

3. Ley de aprobación de la adhesión al convenio de Europa sobre ciberdelincuencia (Convenio Budapest de 2001). Número 9452 del 26 de mayo de 2017

Con este Convenio se complementará la ley actual 9048 de Delitos Informáticos y conexos del título VI del Código Penal para mejorar la lucha contra la ciberdelincuencia y se protegerán actos dirigidos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos informáticos, así como datos personales, la identidad y los derechos de los niños y niñas.

Los países miembros se comprometen a tipificar como delitos, dentro de sus respectivas legislaciones, distintas acciones criminales cometidas por medios informáticos: Acceso ilícito, Interceptación ilícita, interferencia en los datos, Interferencia en el sistema, Abuso de los dispositivos, Falsificación informática, Fraude Informático, delitos sobre pornografía infantil y delitos sobre Infracciones de la propiedad intelectual. Actualmente la ratificación del convenio no ha generado ninguna reforma en el Código Penal.

III. LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL

1. Ley de creación de la jurisdicción especializada en delincuencia organizada en Costa Rica. Número 9481 del 13 de septiembre de 2017

Es una ley especial que crea una jurisdicción especializada en temas de delincuencia organizada y modifica algunos artículos de la ley contra la delincuencia organizada número 8754 de 2009. La ley entrará a regir 12 meses después de su publicación. Sin embargo, el presidente de la Corte Suprema de Justicia en el último

mes ha solicitado a los Diputados la posibilidad de extender el plazo para que esta entre en vigencia ya que aún no cuentan con los recursos para poder cumplir con la modificación. En cuanto al objeto de la ley; se crea la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, con competencia en investigación y el juzgamiento de los delitos graves que sean cometidos por personas mayores de edad y que cumplan con los criterios previstos en la presente ley. Los juzgados y tribunales que apliquen la presente ley extenderán su competencia al conocimiento de los delitos conexos respecto de los cuales la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada se arrogue su competencia.

2. 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 del 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.

IV. 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 animal. 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. Todas y cada una de las reformas traen sus particularidades y únicamente será con el tiempo que nos permita juzgar si permitieron o no solventar el problema que aquejaba en el momento de su promulgación.



Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018)

Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018

España

Prof^a Dra. Elena Núñez Castaño

Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas efectuadas al Código penal por las Leyes Orgánica 1/2015 y 2/2015, ambas de 30 de marzo, supusieron una modificación de profundo calado en nuestro ordenamiento jurídico, sin que desde entonces hasta este momento se hayan producido ninguna reforma más en esta materia. Pero una cosa es que no se haya reformado, y otra que no se vaya a reformar; y, de hecho, son numerosas las reformas que están tramitándose o anunciadas, como por ejemplo, Proyectos de Ley para la reforma del mercado de valores, o de Protección de datos de carácter personal, o Proposiciones para la reforma de los delitos de terrorismo y actividades en el mercado financiero a fin de adaptarse a las últimas Directivas de la Unión Europea; ello junto a la reformas urgentes que se están pretendiendo sobre todo en materia sexual motivadas por el escándalo producido por las últimas sentencias aparecidas en esta materia.

La demagogia y el populismo punitivo que están inundando nuestro Ordenamiento jurídico, junto a las implementaciones de la normativa europea que se están realizando sin detenerse a analizar seria y pausadamente la necesidad o no de este tipo de modificaciones, está convirtiendo nuestro ordenamiento jurídico penal no sólo en una especie de catálogo de sanción de determinados planteamiento morales, sino también en una especie de *collage* donde se incorporan de manera automática comportamientos, sin que exista al respecto ningún estudio ni planteamiento que dote de coherencia, proporcionalidad y garantismo al nuestro texto pe-

nal, esto es, sin cumplir los fundamentos de un Estado de Derecho.

Dentro de todas estas materias objeto de futura modificación por nuestro legislador, creo necesario hacer referencia a la nueva reforma en materia de terrorismo que se sustenta en la implementación de la Directiva (UE) 2017/541, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, y por ello se hace preciso analizar en que consisten esencialmente, o al menos algunos de sus aspectos, y en segundo lugar a determinar que trascendencia conlleva su trasposición a nuestro ordenamiento jurídico, si es que ello fuera necesario.

II. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA (UE) 2017/541, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 15 DE MARZO

La Directiva (UE) 2017/541, en su art. 3 determina lo que deben considerarse delitos de terrorismo. Para ello, en el apartado primero define las conductas que deben considerarse como tales mediante una enumeración exhaustiva de una serie de conductas típicas, entendiendo que pueden perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional, siempre y cuando se realicen con determinados *finés*. Estas finalidades son las descritas en el apartado segundo del mismo precepto; finalidades que como veremos permiten ampliar de manera desmesurada lo que deba entenderse como terrorismo, y ello, unido a la expansión e indefinición de algunas de las conductas típicas van a determinar un intolerable e injustificable adelantamiento de las barreras de intervención penal, no sólo a estadios previos incluso a los tradicionales actos preparatorios, incidiendo esencialmente en la esfera interna de los sujetos, sino a ámbitos que nada tienen que ver con el terrorismo, pero que sí pueden responder a supuestos de disidencia política, antisistema, etc.

Dentro de los distintos comportamientos enumerados como delitos de terrorismo, se incluyen conductas que, tradicionalmente, se han reconocido como actos terroristas, así muertes, lesiones, secuestros, daños, etc.; pero junto con ellas se incorporan otros comportamientos que pueden resultar altamente cuestionables. Nos centraremos en analizar alguno de ellos. Así, en la letra d) del apartado 1 del art. 3 de la Directiva se introduce expresamente la conducta consistente en la destrucción masiva de diversas instalaciones e infraestructuras, incluyendo los *sistemas informáticos*, siempre que su efecto sea poner en peligro vidas humanas o *producir un gran perjuicio económico*. Del análisis de la descripción realizada en la Directiva se deriva que la destrucción masiva de estos sistemas informáticos podría ser considerada como delito de terrorismo, de este modo la pregunta es inmediata, ¿una acción de piratería informática que provoque la destrucción masiva de sistemas informáticos podría ser un acto terrorista? De hecho, este aspecto también fue resaltado por el Dictamen del Comité Económico y Social, que señala que *“existen casos en los que este tipo de acciones (se refiere a la destrucción de sistemas informáticos) tienen como objetivo hacer públicos documentos de interés general y aunque su extracción y divulgación está tipificada como delito, no se corresponden con la definición habitual de terrorismo”*. De este modo sería preciso establecer un criterio que permita diferenciar qué comportamientos de piratería informática o ataque a sistemas informáticos son actos terroristas y cuales no, y el criterio vendría dado por la concurrencia de alguna de las *finalidades* previstas en el apartado 2 del art. 3 de la Directiva 2017/541. Por tanto, si la finalidad que persiguen los sujetos que realizan estos comportamientos se corresponde con alguna de las indicadas, podríamos calificar el hecho como terrorismo.

En consecuencia, las *finalidades del terrorismo* se convierten en el eje nuclear y decisivo para diferenciar el fenómeno al que nos estamos refiriendo. Así, entonces, la destrucción de un sistema informático, de manera que se hagan públicos documentos de interés general, ocasionando un grave perjuicio, con la finalidad de desestabilizar gravemente las estructuras políticas, sociales, económicas o constitucionales de un Estado, deberá castigarse como delito de terrorismo. De ser esto lo que se pretende prevenir mediante las disposiciones contenidas en la Directiva, no se trata de otorgar seguridad a los ciudadanos, que no correrían ningún peligro directo y grave, sino de ejercer un mayor (casi absoluto) control sobre los mismos y sus actividades que en modo alguno pueda perturbar el *status quo* de

los Gobiernos. Y ello no es una finalidad legítima en un Estado de Derecho.

Podemos seguir con algunos ejemplos en relación con la Directiva, donde entre los delitos relacionados con actividades terroristas, establece la sanción de lo que denomina *Provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo*, a través del cual se castigaría a quien, intencionadamente, difunda o haga públicos por cualquier medio, ya sea en línea o no, mensajes destinados a incitar a la comisión de uno de los delitos enumerados en el art. 3, apartado 1, letras a) a i), siempre que la conducta preconice *directa o indirectamente*, a través, por ejemplo, de la apología de actos terroristas, la comisión de delitos de terrorismo, generando con ello un riesgo de que se pueda cometer uno o varios de dichos delitos. Esta misma Directiva en su Considerando 10, aporta una justificación de esta concreta tipificación que se realice con objeto de obtener apoyo para las causas terrorista o bien provocar un grave temor en la población, afirmando que debe tipificarse cuando *conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas*, de manera que será preciso examinar si en cada caso concreto se ha materializado ese riesgo en atención a las circunstancias específicas del caso, el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya producido el acto.

La indefinición de la que adolece esta disposición es evidente, sin que quede claro qué tipo de mensajes y con qué contenido deben considerarse como provocación al terrorismo, de manera que la identificación de los mismos deberá realizarse atendiendo al caso concreto, con lo cual, obviamente, quedará totalmente en manos del correspondiente órgano judicial, considerar si nos encontramos o no ante un supuesto de terrorismo. La lesión del principio de taxatividad y de seguridad jurídica es innegable, pero también lo es la colisión con otros derechos fundamentales, tan importantes como la seguridad que se pretende proteger, esto es, la libertad de expresión, la libertad de prensa o la libertad ideológica. De este modo, resultaría absolutamente necesario delimitar, cosa que no hace la Directiva, cuando mensajes que pudieran determinar una coincidencia ideológica con los postulados terroristas, o incluso la mera difusión pública de un atentado terrorista, o la información sobre determinados aspectos de las actividades o de los propios terroristas, pasan de ser ejercicio de la libertad de expresión y/o información, para convertirse en un delito de provocación terrorista.

Otra de las figuras típicas que se establecen, y que podría ser de las más peligrosas y lesivas de los derechos y las garantías fundamentales, es el denominado

autoadiestramiento. Es preciso reconocer, sin embargo, que en la Directiva se recoge una tipificación menos amplia que la que se ha plasmado en nuestro Código penal, que extiende el castigo no sólo al adiestramiento, sino también al adoctrinamiento y autoadoctrinamiento con una clara vulneración del derecho a la libertad ideológica. Así, la Directiva en su art. 7 sanciona el *Adiestramiento para el terrorismo*, donde se castiga a quien instruye para la realización de actos terroristas a otras personas, figura que ya era tradicional entre los delitos de terrorismo. Novedad es, sin embargo, la figura recogida en el art. 8 de la Directiva, donde se castiga la *Recepción de adiestramiento para el terrorismo*, entendiendo que nos encontramos en este caso, cuando se reciba instrucción en la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o en otros métodos o técnicas concretos, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo. En principio este precepto podría interpretarse como la sanción del reverso de la moneda del artículo anterior, esto es, se castiga tanto a quien instruye como a quien recibe esa instrucción; de ello parece deducirse que se trata de un *adiestramiento presencial*, en el que existe un claro contacto entre instructor e instruido. Sin embargo, la Directiva en su Considerando 11 expone el contenido del mismo, afirmando por un lado que se trata de complementar el ya reconocido adiestramiento, y que incluye la obtención de conocimientos, documentación o capacidades prácticas; y, por otro, y esto es lo realmente peligroso, establece que “*el aprendizaje autónomo, en particular a través de internet o consultando otro tipo de material de aprendizaje, también debe considerarse recepción de adiestramiento para el terrorismo, cuando sea el resultado de una conducta activa y se efectúe con la intención de cometer o contribuir a la comisión de un delito de terrorismo*”. De este modo, centra la configuración como delito de *autoadiestramiento*, en la presencia de una específica finalidad o intención del sujeto que realiza el autoaprendizaje; intención que, según señala la propia Directiva, “*puede inferirse, por ejemplo, del tipo de materiales y de la frecuencia de la consulta*”. Con ello, puede inferirse que la concreción del elemento finalístico o intencional se deduciría del acceso habitual o frecuente a determinadas páginas o contenidos que cumplan lo establecido en la figura típica; en definitiva, quien acceda a esos contenidos con frecuencia es porque tiene finalidad de capacitarse para cometer un delito de terrorismo. Resulta evidente que con esta regulación nos adentramos en ámbitos de pensamiento o conocimiento del sujeto activo, abso-

lutamente alejados y desconectados de una potencial lesión o peligro para un bien jurídico, sea éste el que sea, seguridad de los ciudadanos incluida. Pero también resulta evidente, que la indefinición de esta figura permitirá que sea aplicada a supuestos que puede que no tengan absolutamente nada que ver con el ámbito terrorista; e, incluso, a supuestos que teniendo relación con el terrorismo, no son sino una manifestación de la libertad de los ciudadanos.

El afán prevencionista de la Unión Europea se refleja todavía con más claridad, si cabe, con la incorporación como figura delictiva de lo que ha denominado *Viaje con fines terroristas* que regula en el art. 9 de la Directiva donde se castigará el hecho de viajar a un país a los fines de la comisión o de la contribución a la comisión de un delito de terrorismo, de la participación en las actividades de un grupo terrorista, o de adiestramiento o recepción de adiestramiento. Las críticas que pueden hacerse respecto de esta concreta regulación son numerosas; en primer lugar la más importante de todas, que en nuestra opinión, lleva a una situación absolutamente insostenible en un Estado de Derecho. Si se tipifica el viaje, tanto a un Estado no miembro (art. 9.1) como a un Estado Miembro [art. 9.2 a)], que ya de por sí constituye un acto preparatorio de cualquiera de las conductas establecidas (comisión de un delito de terrorismo, participación en las actividades de un grupo terrorista, adiestramiento o recepción de adiestramiento), conductas algunas de ellas que ya son actos preparatorios de un delito de terrorismo (adiestramiento o recepción de adiestramiento), con lo cual estamos sancionando el acto preparatorio de un acto preparatorio, resulta difícil, si no imposible desde los postulados de un Estado de Derecho, justificar la tipificación de la “planificación del viaje”, tal como señala el Considerando 12, o la “*tentativa de viajar con fines terroristas, de adiestramiento para el terrorismo, y de captación para el terrorismo*” que se indica en el Considerando 16, y que se traslada al art. 14.3 de la Directiva; o lo que es lo mismo, ¿se sanciona la tentativa de un acto preparatorio (el viaje) de un acto preparatorio (adiestramiento) de un delito de terrorismo? El despropósito jurídico, en nuestra opinión, es de proporciones épicas.

La Directiva incluye otros muchos comportamientos que deberán tipificarse en los correspondientes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, pero que, al menos en el nuestro, ya habían sido objeto de criminalización, como la financiación del terrorismo incluyendo no sólo los actos terroristas sino también los grupos terroristas, la colaboración con organizaciones o grupos terroristas, la captación para el terrorismo, etc., y

cuya legitimidad, en principio, no está en cuestión, a salvo evidentemente de la concreta regulación que se haga en cada uno de los ordenamientos.

Pero también incluye esta Directiva dos aspectos que es necesario resaltar por cuanto no encuentran reflejo en el Código penal español. Por una parte, en el artículo 12, letra c) insta a los Estados miembros a que incorporen entre los delitos de terrorismo aquellas conductas que consistan en la *expedición o utilización de documentos administrativos falsos con ánimo de cometer cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 3, apartado 1, letras a) a i) , el artículo 4, letra d) , y el artículo 9* (viajes con fines terroristas); en definitiva se está incluyendo un *delito de falsedad terrorista*, que conllevaría una mayor pena que las falsedades ordinarias cuando la acción realizada conlleve alguna de las finalidades terroristas. El alejamiento de estos comportamientos respecto de lo que pudiera ser una potencial puesta en peligro del bien jurídico resulta innegable, y ello es así porque, si como ya hemos dicho, el castigo de los viajes con fines terroristas implica un adelantamiento injustificado y desproporcionado de las barreras de intervención penal a actos previos a la posible lesión de un bien jurídico y absolutamente desconectados del mismo, difícilmente sostenibles en un Estado de Derecho, la realización de una falsedad documental del tipo que sea con el intención de realizar el mencionado viaje representa una anticipación aún mayor de la intervención penal sancionando comportamientos que en puridad atentan contra el mismo bien jurídico que el resto de las falsedades documentales, sin reflejo alguno en un posible bien jurídico protegido por los delitos de terrorismo. El motivo de otorgar una mayor pena a los supuestos de falsedades documentales encaminados a realizar alguna de las actividades terroristas mencionadas que al resto de las falsedades documentales, en nuestra opinión no sólo carece de fundamento alguno, sino que su legitimidad es altamente cuestionable.

Otro de los aspectos que contiene la Directiva que estamos analizando y que no encuentra completa correspondencia en nuestro Código penal, consiste en la exigencia contenida en el artículo 17 de la Directiva donde se insta a los Estados miembros a que adopten *las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de cualquier delito de terrorismo, cuando dichos delitos sean cometidos en favor de aquellas por cualquier persona que actúe de forma individual o como parte de un órgano de la persona jurídica y que tenga un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica*, igualmente prevé la necesidad de que esta responsabilidad

pueda basarse igualmente en los supuestos de *falta de vigilancia o control por alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior*, cuando esta falta de vigilancia *haya posibilitado la comisión, en favor de la persona jurídica* de alguno de los delitos de terrorismo. En definitiva, se trataría de implementar la *responsabilidad penal de la persona jurídica* en los casos de delitos de terrorismo.

De este modo, una vez delimitados algunos de los aspectos más conflictivos de la Directiva 2017/541, el siguiente punto a tratar es el de la necesidad o no de su trasposición a nuestro Código penal, y la regulación concreta que en el mismo se haga de cada una de las figuras analizadas.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN SOBRE LA NECESIDAD DE LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2017/541

Los ejemplos que podríamos analizar en este ámbito son numerosos, así la financiación del terrorismo, el enaltecimiento de determinadas personas o comportamientos, la colaboración con organizaciones y grupos terroristas, etc., sin embargo, por razones de extensión, he decidido centrarme en los aspectos que hemos expuesto y que son los que más claramente configuran la tendencia político criminal de prevencionismo y seguridad que influyen tanto en la normativa internacional, y más concretamente en la procedente de la Unión Europea, como al legislador nacional. Las indicaciones contenidas en la Directiva (UE) 2017/541 con la regulación realizada dos años antes por el legislador español mediante la reforma del Código penal por la LO 2/2015, siendo ésta última mucho más amplia que la normativa europea. Consecuentemente, la trasposición de esta Directiva a nuestro ordenamiento jurídico penal es absolutamente innecesaria en la inmensa mayoría de los comportamientos descritos.

Sin embargo, considero necesario hacer una breve referencia a alguno de estos aspectos a fin de justificar la anterior afirmación. En primer lugar, por lo que a las *finalidades del terrorismo*, se refiere la reforma penal realizada por la LO 2/2015, de 30 de marzo llevó a cabo una profunda modificación del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código penal, respecto de la que, como principal característica, podría señalarse la eliminación de la exigencia del tradicional *elemento estructural* (pertenencia a organización o grupo terrorista) definidor hasta ese momento del terrorismo, junto con un desmesurado, injustificable y de cuestionable legitimidad adelantamiento de las barreras de interven-

ción penal. Por ejemplo, se amplían las “finalidades” perseguidas por ese tipo de organizaciones a fin de ser consideradas terroristas adecuándose con ello perfectamente a las exigencias de la Directiva 2017/541; cuestión distinta sería si también legítimamente, pero ello no es objeto de este trabajo.

Respecto de las concretas conductas configuradas como terrorismo, el art. 573 CP contiene una serie de comportamientos que esencialmente coinciden de modo genérico con los previstos en la regulación de la Directiva (UE) 2017/541. Así, por ejemplo, en relación con los delitos de daños y los delitos contra la intimidad, nuestro texto penal incluye en el art. 573 las conductas típicas de los artículos 264 a 264 *quater*, respondiendo con ello a la exigencia de la Directiva contenida en el apartado d) del art. 3.1, por cuanto el tipo penal, al igual que la normativa europea, y sancionando la destrucción o inutilización de los sistemas informáticos, datos, etc., con lo cual serían trasladables todas las consideraciones realizadas al respecto; pero nuestro legislador penal no se detiene ahí, sino que también incorpora los supuestos relativos a los arts. 197 *bis* y *ter* CP, situados en sede de delitos contra la intimidad, y conocidos como delitos de intrusismo informático. Delitos estos en los que no se exige la destrucción de ningún sistema informático, sino el mero acceso ilícito al mismo, suponiendo por tanto, una mayor intervención penal que la exigida por la Directiva.

Por lo que se refiere a la *Provocación pública a la comisión de delitos de terrorismo*, que se encuentra contenida en el art. 5 de la Directiva, tiene su reflejo en el art. 579, que en su apartado primero sanciona a quien *por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos del Capítulo VII, Libro XXII*. Resulta cuanto menos cuestionable que en relación con el apartado primero del art. 579 nos encontremos ante comportamientos aptos e idóneos para determinar a otros a la realización de un delito concreto y determinado, pareciendo que lo que en realidad se trata de sancionar son las incitaciones o llamadas genéricas a delinquir; y ello conlleva el claro y evidente peligro de que se acaben sancionando meras conductas de adhesión ideológica; sin embargo, este primer apartado responde fielmente al contenido del art. 5 de la Directiva, con lo cual, nuevamente, resultaría innecesaria su trasposición.

Respecto del *adiestramiento y adoctrinamiento terrorista*, es preciso realizar algunas precisiones; así, el *adiestramiento* incorporado a nuestro Código penal por

la reforma realizada por la LO 2/2015, da un paso más allá que lo exigido por la Directiva que insta a que se incorpore tanto el adiestramiento activo como el pasivo, esto es, no sólo a quien lo imparte sino también a quien lo recibe. Sin embargo, nuestro texto penal no sólo sanciona estos supuestos, sino que el apartado segundo del art. 575 CP, extiende la sanción penal a los supuestos de *autoadiestramiento* siempre que se realice con la misma finalidad de capacitarse para la comisión de algún delito de terrorismo. Grave resulta lo expuesto hasta el momento, pero la situación se complica todavía más en relación con el *adoctrinamiento* y el *autoadoctrinamiento*, supuestos que no se encuentran previstos en la Directiva (UE) 2017/541, pero que el afán expansivo y preventivo del legislador español ha determinado que se incluya como delito en el art. 575 CP equiparándolo a los supuestos de adiestramiento.

Con relación a los *Viajes con fines terroristas*, de modo similar a como ocurre con la Directiva (UE) 2017/541, el afán prevencionista del legislador español se refleja con mayor claridad, si ello es posible, con la incorporación, dos años antes de la aprobación de la Directiva, mediante la LO 2/2015, de la tipificación de los viajes con fines terroristas. Efectivamente, el apartado tercero del art. 575 CP introduce una de las modalidades típicas más polémicas de toda la reforma, dando un nuevo giro de tuerca en el adelantamiento de la intervención penal y en la reinstalación de los delitos de sospecha; así, se castiga a quien, *con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo delitos de terrorismo, o bien para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en el Capítulo VII de Título XXII del Código penal, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista*. En este punto, aparece una de las primeras causas que, como expondré a continuación, han determinado que se inste una nueva reforma del Código penal a fin de ampliar la redacción de este precepto para equipararla a la regulación de la Directiva que no exige que el territorio extranjero al que se viaje esté controlado por un grupo u organización terrorista.

Junto a esta diferencia, es preciso señalar dos puntos que sí que no encuentran reflejo en nuestro ordenamiento jurídico, el *delito de falsedad terrorista* contenido en el art. 12 de la Directiva, y la *responsabilidad penal de la persona jurídica*, prevista en el artículo 14 del mismo texto legal. Los delitos de terrorismo de nuestro Código penal, solo prevén la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de los delitos de financiación del terrorismo, es decir, las conductas re-

cogidas en el art. 576 Cp, pero no respecto del resto de comportamientos típicos. Mientras que en relación con el delito de falsedad terrorista que propone la Directiva damos por reproducidas las consideraciones que realizamos en el epígrafe anterior, reiterando que, el motivo de otorgar una mayor pena a los supuestos de falsedades documentales encaminados a realizar alguna de las actividades terroristas mencionadas que al resto de las falsedades documentales, en nuestra opinión no sólo carece de fundamento alguno, sino que su legitimidad es altamente cuestionable.

A pesar de ello, el Grupo parlamentario popular presentó una Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica el Código penal a fin de trasponer la Directiva mencionada, que fue aprobada para su tramitación el día 10 de mayo en el Congreso de los Diputados. En esta Proposición de Ley se modifica el art. 573 Cp, incluyendo los delitos de falsedad documental como delitos de terrorismo siempre que persigan alguna de las finalidades descritas en el mismo, modificación también del apartado 3 del art. 575 Cp, respecto de los viajes terroristas, eliminando la exigencia de que se realice a un territorio controlado por una organización o grupo terrorista, y la incorporación de un art. 580 *bis* que regularía la responsabilidad penal de la persona jurídica en materia de terrorismo.

De este modo, la respuesta a la pregunta de si es o no necesaria una reforma penal que incorpore las exigencias derivadas de la Directiva (UE) 2017/541 es matizable. Respecto de algunos aspectos nuestra legislación va mucho más allá en la represión del terrorismo y de todo lo que le rodea, de lo que establece la Directiva; respecto de otros, es evidente que no se recoge en nuestra legislación los contenidos de la Directiva. Distinto es el hecho de que dicha incorporación en los términos exigidos tenga legitimidad porque, como ya hemos señalado si el contenido de la Directiva, como ya hemos señalado, resulta altamente cuestionable desde la perspectiva de los principios y garantías de un Estado de Derecho, la regulación de nuestro Código penal es, desde esta misma perspectiva, absolutamente rechazable, y todavía lo sería más con alguna de las nuevas incorporaciones típicas propuestas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

CANO PAÑOS, “La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales”, en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 23, 2015, www.iustel.com

CUERDA ARNAU, en *Derecho Penal, Parte especial*, GONZALEZ CUSSAC (coord.), 5º ed., revisada y actualizada a la Ley orgánica 1/2015, Valencia, 2016.
GALÁN MUÑOZ, “¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015”, en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea, Reflexiones sobre algunos aspectos de la investigación y el enjuiciamiento en el espacio europeo de justicia penal*, GONZALEZ CANO (Direct.), Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

GARCÍA ALBERO en *Comentarios al Código penal español, Tomo II (arts. 234 a DF. 7º)*, en QUINTERO OLIVARES (Direct.), MORALES PRATS (Coord.), 7ª ed., Aranzadi, 2016..

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 20ª ed., Valencia 2015.

MUÑOZ CUESTA, “Interpretación del enaltecimiento del terrorismo conforme a la Directiva UE 2017/541, de 18 de marzo”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 8/2017, Cizur Menor, 2017.

NÚÑEZ CASTAÑO, “Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la LO 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, en *Revista Penal*, n.º 37, enero 2016...

SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, “Atentados yihadistas y nueva configuración de los delitos de terrorismo”, *Diario La Ley*, n.º 8932, Sección Doctrina, 2 de marzo de 2017, La Ley 2122/2017.

Notas

1 Así, incluye, a) los atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte, b) los atentados contra la integridad física de una persona, c) el secuestro o la toma de rehenes, d) destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas que puedan poner en peligro las vidas humanas o producir un gran perjuicio económico, e) el apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías, f) la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos o armas de fuego, armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares inclusive, así como la investigación y el desarrollo de armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares, g) la liberación de sustancias peligrosas o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas, h) la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas, i) la interferencia ilegal en los sistemas de información a tenor del artículo 4 de la Directiva 2013/40/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en los casos en los que sea de aplicación su art. 9,

apartado 3 o apartado 4, letras b) o c), y la interferencia ilegal en los datos a tener de su artículo 5, en los casos que sea de aplicación su artículo 9, apartado 4, letra c), j) la amenaza de cometer cualquiera de los actos enumerados en las letras a) a i).

2 Así indica la Directiva (UE) 2017/541, que los fines que deben perseguir las conductas enumeradas para considerarse delitos de terrorismo, serían: a) intimidar gravemente a una población; b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; y c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional.

3 Así, afirma CANO PAÑOS, "La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015. Cinco cuestiones fundamentales", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 23, 2015, www.iustel.com, pone de ejemplo el supuesto de que uno o varios hackers decidiesen asaltar los archivos informáticos del Fondo Monetario Internacional.

4 En este mismo sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social de 2016, en sus Observaciones particulares 3.2.2.4 afirma que en relación con el delito de provocación a la comisión de un delito de terrorismo no queda clara la definición del mismo, y que "en un contexto de libertad de prensa y de expresión, cabe preguntarse en qué condiciones la difusión pública de un atentado terrorista deja de ser mera información para convertirse en provocación".

5 Establece el art. 7 de la Directiva (UE) 2017/541 que "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, instruir en la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o en otros métodos o técnicas concretos, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en el art. 3, apartado 1, letras a) a i), con conocimiento de que las capacidades transmitidas se utilizarán para tales fines".

6 Así, establece expresamente que descargarse un manual para fabricar explosivos con el fin de cometer un delito de terrorismo podría considerarse recepción de adiestramiento para el terrorismo.

7 Señala el art. 9 de la Directiva lo siguiente: "1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se tipifique como delito, cuando se cometa intencionadamente, el hecho de viajar a un país que no sea ese Estado miembro a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del artículo 3, de la participación en las actividades de un grupo terrorista con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas de tal grupo a tenor del artículo 4, o del adiestramiento o la recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de los artículos 7 y 8.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se tipifiquen como delito, cuando se cometan intencionadamente, las siguientes conductas:

a) el viaje a un Estado miembro a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del artículo 3, de la participación en las actividades de un grupo terrorista con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas de tal grupo a tenor del artículo 4, o del adiestramiento o la recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de los artículos 7 y 8, o

b) los actos preparatorios realizados por una persona que entre en dicho Estado miembro con ánimo de cometer o contribuir a la comisión de un delito de terrorismo a tenor del artículo 3."

8 El art. 14.3 establece que "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que se castigue la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3, 6 y 7, el artículo 9, apartado 1 y apartado 2, letra a), y los artículos 11 y 12, con excepción de la tenencia a tenor del artículo 3, apartado 1, letra f), y del delito a tenor del artículo 3, apartado 1, letra j)".

9 Esto es, atentados contra la vida, contra la integridad física, secuestro o toma de rehenes, destrucciones masivas de instalaciones, infraestructuras, etc., apoderamiento de aeronaves u otros medios de transporte, liberación de sustancias peligrosas o provocación de incendios, perturbación o interrupción de suministros, interferencia ilegal en los sistemas de información.

10 Es decir, la participación en las actividades de un grupo terrorista, incluida la consistente en el suministro de información o medios materiales, o en cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que dicha participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista.

11 El nuevo art. 573 CP, incluye junto a las tradicionales finalidades de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, otras nuevas cuya justificación resulta altamente cuestionable, 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, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional, o provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella. Ello podría llevarnos a considerar como terrorismo, desde un asesino en serie que causa un estado de terror en la población, hasta una plataforma anti desahucios que impide a los poderes públicos realizar un acto. El absurdo pudiera llegar a ser de proporciones épicas.

12 El apartado tercero del art. 579 CP, sanciona los actos preparatorios clásicos, esto es, la provocación, conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en el Capítulo VII, del Título XXII, castigándolo con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda respectivamente a cada uno de los delitos.

13 Esto parece derivarse de la Exposición de Motivos de la LO 2/2015, de 30 de marzo, donde se alude a la vocación de expansión internacional del terrorismo yihadista que "a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población o en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados"; en definitiva, una llamada generalizada a atentar contra personas, objetivos, estructuras indeterminadas.

14 CUERDA ARNAU, en *Derecho Penal, Parte especial*, GONZALEZ CUSSAC (coord.), 5ª ed., revisada y actualizada a la Ley orgánica 1/2015, Valencia, 2016, p. 780.

15 Cfrs., en el mismo sentido, CANO PAÑOS, "La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015", op. cit., p. 23, quien afirma que en estos casos pueden surgir problemas más que evidentes en relación a derechos fundamentales.



Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018) *Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018*

Italia

Lavinia Messori

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

I. DIRITTO PENALE SOSTANZIALE

1. Depenalizzazioni e abrogazioni

Un rimarchevole intervento del legislatore italiano in materia penale nell'arco temporale considerato si è avuto con il **d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7** con il quale si è provveduto all'abrogazione di alcuni specifici reati, i quali sono stati contestualmente trasformati in illeciti civili puniti con sanzioni pecuniarie. Nello specifico, il predetto decreto ha abrogato i reati di ingiuria, falsità in scrittura privata e in foglio firmato in bianco, furto del bene da parte di chi ne è comproprietario, appropriazione di cose smarrite. Accanto all'onere risarcitorio (la persona offesa potrà infatti ricorrere al giudice civile per vedersi riconosciuto il risarcimento del danno ingiusto patito) è altresì previsto che all'autore venga irrogata, come anticipato, una sanzione amministrativa pecuniaria (da € 100 a € 8.000). Le sanzioni pecuniarie civili derivanti dall'illecito civile commesso sono commisurate a una serie di parametri specifici quali la gravità della violazione, la recidiva, l'arricchimento, la personalità e condizioni personali ed economiche dell'autore.

Con l'immediatamente successivo **d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8** sono stati depenalizzati e trasformati in illeciti amministrativi, anzitutto, i reati (non codicistici) puniti con la sola pena pecuniaria (multa o ammenda). Gli illeciti amministrativi di nuovo conio prevedono il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria determinata secondo tre fasce di valore (da 5.000 a 10.000 euro; da 5.000 a 30.000 euro; da 10.000 a

50.000 euro) individuate in base all'entità della multa o ammenda originarie.

Parimenti, oggetto di abrogazione sono stati taluni reati previsti dal codice penale (atti osceni e pubblicazione e spettacoli osceni che, tuttavia, rimangono punibili nelle ipotesi aggravate; rifiuto di prestare assistenza a un pubblico ufficiale, abuso della credulità popolare; spettacoli teatrali o cinematografici abusivi; atti contrari alla pubblica decenza). Sono stati infine abrogati specifici reati previsti da leggi speciali.

Il decreto ha invece lasciato intatti (a) i reati puniti con la sola pena pecuniaria contenuti nel codice penale (ad eccezione dell'ipotesi contravvenzionale degli atti contrari alla pubblica decenza di cui all'art. 726 c.p., che è, ad oggi, soggetto alla sola sanzione amministrativa pecuniaria); (b) i reati previsti dal decreto legislativo n. 286 del 1998, c.d. TU immigrazione; (c) i reati attinenti a specifici settori ritenuti meritevoli di tutela rafforzata (per es., ambiente e territorio, edilizia e urbanistica, salute e sicurezza sul lavoro, armi ed esplosivi).

Il decreto prevede altri casi di depenalizzazione, con la trasformazione in illeciti amministrativi di alcune contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda.

Per le modalità applicative delle sanzioni amministrative pecuniarie il legislatore ha operato un rinvio alla l. n. 689 del 1981 (cd. legge di depenalizzazione) e ha designato quale autorità competente all'irrogazione delle sanzioni l'ufficio periferico del Ministero competente per materia nonché, in specifiche ipotesi, il prefetto.

2. Nuovi reati

L'allarme sociale suscitato dal crescente numero di incidenti stradali mortali causati da soggetti in stato di alterazione causato da alcol o stupefacenti ha poi con-

dotto all' introduzione nel codice penale, con la **l. 23 marzo 2016 n. 41**, del delitto di omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi e gravissime. Sono previste diverse ipotesi delittuose di natura colposa, tutte riconducibili all' omicidio stradale ma di diversa gravità, alle quali corrispondono diversi trattamenti sanzionatori, a seconda che vi sia stata (a) mera violazione delle norme che disciplinano la circolazione stradale, oppure (b) guida di un veicolo a motore in stato di alterazione da alcool o sotto l' effetto di droghe. Sono inoltre disciplinati i casi in cui l' evento lesivo è provocato da comportamenti pericolosi.

In un' ottica poi di tutela dei diritti fondamentali la **l. 29 ottobre 2016 n. 199** ha introdotto modifiche al quadro normativo penale allo scopo di contrastare il c.d. caporalato, ossia il fenomeno, in costante crescita, di sfruttamento del lavoro irregolare e della manodopera agricola. Il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, previsto all' art. 603 *bis* c.p., consiste, anzitutto, in una fattispecie base di reclutamento, utilizzazione e impiego di manodopera che prescinde da comportamenti violenti, minacciosi o intimidatori del datore di lavoro o dell' intermediario; tali comportamenti, ove ricorrenti, integrano una circostanza aggravante (che fonda peraltro l' obbligatorietà dell' arresto in flagranza). Degni di nota appaiono le seguenti novità: la sanzionabilità anche del datore di lavoro; la previsione, tra gli indici di sfruttamento, della ripetuta corresponsione di retribuzioni palesemente difforni da quelle previste dai contratti collettivi nazionali; la confisca obbligatoria dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non possa giustificare la provenienza (cd. confisca allargata) e l' assegnazione al Fondo Antitratto dei relativi proventi; l' introduzione del reato di caporalato fra i reati presupposto per la responsabilità amministrativa da reato dell' ente.

Lungo la stessa linea direttrice si pone l' introduzione nel codice penale (con la **l. 11 dicembre 2016 n. 236**) del delitto di traffico di organi prelevati da persona vivente (art. 601 *bis* c.p.) e di cd. turismo per il traffico d' organi (art. 601 *bis* co. 4 c.p.). E' stato, poi, modificato l' art. 416 c.p. con l' introduzione dell' aggravante della finalizzazione dell' associazione al traffico di organi umani.

Con la **l. 14 luglio 2017 n. 110** sono stati introdotti nell' impianto codicistico i reati di tortura e di istigazione alla tortura. Il neo introdotto art. 613 *bis* c.p. subordina la punibilità all' adozione di più condotte ovvero a che il fatto comporti un trattamento inumano o degradante per la dignità della persona. La nuova disposizione presuppone, quindi, che debba sussistere

re un nesso di causalità tra l' azione illecita e le acute sofferenze fisiche o il verificabile trauma psichico. La qualifica soggettiva di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio costituisce circostanza aggravante del reato; ulteriori aggravanti sono introdotte in ragione della gravità delle lesioni inflitte nonché in caso di morte come conseguenza della tortura.

Con la **l. 22 maggio 2015 n. 68**, si è proceduto a una riforma dei c.d. ecoreati attraverso l' introduzione nel codice penale di nuove figure delittuose, tra cui si segnalano l' inquinamento ambientale e il disastro ambientale, punibili anche a titolo di colpa (e annoverati altresì fra i reati presupposto per la responsabilità amministrativa da reato degli enti).

3. Criminalità organizzata

Il principale provvedimento in materia di criminalità organizzata è stato approvato con **l. 17 ottobre 2017 n. 161** la quale ha attuato una riforma del Codice antimafia e ha affidato al Governo una delega per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate alla criminalità organizzata. In materia, si segnalano, inoltre, l' introduzione di una autonoma disciplina sui testimoni di giustizia (**l. 11 gennaio 2018 n. 6**), l' inasprimento delle pene per il delitto di associazione mafiosa (**l. 27 maggio 2015 n. 69**) e un rafforzamento degli strumenti penali contro le intimidazioni in danni degli amministratori locali, in ragione del loro mandato (**l. 3 luglio 2017 n. 105**).

4. Corruzione

La prevenzione e la repressione dei fenomeni di corruzione sono state oggetto di interventi da parte del legislatore italiano negli ultimi anni, il quale si è attivato per introdurre nuove fattispecie di reato, inasprire le pene per i reati già previsti e disciplinare modelli organizzativi per prevenire il fenomeno corruttivo. Attraverso numerosi interventi è stato rafforzato il ruolo dell' ANAC, è stato inasprito il quadro sanzionatorio attraverso l' inasprimento delle sanzioni penali principali ed accessorie (**l. 27 maggio 2015 n. 69**), la riformulazione di alcuni reati, come quelli che puniscono il falso in bilancio e la corruzione fra privati.

5. Terrorismo

Nel corso della XVII legislatura l' innalzamento della minaccia terroristica di matrice jihadista ha determinato il Parlamento ad adottare provvedimenti di prevenzione e contrasto del terrorismo internazionale. Tra

questi si segnalano, in particolare: il **d.l. 18 febbraio 2015 n. 7** che prevede una serie di misure di contrasto del terrorismo, anche internazionale, il coordinamento nazionale delle indagini nei procedimenti per i delitti di terrorismo e la proroga delle missioni internazionali delle forze armate e di polizia e delle iniziative di cooperazione allo sviluppo; la **l. 28 luglio 2016 n. 153**, che ratifica alcuni atti internazionali finalizzati anch'essi a reprimere e prevenire attentati terroristici.

6. Riforma Orlando

La **l. 23 giugno 2017, n. 103**, recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario", è stata pubblicata nella G.U. n. 154 del 4 luglio 2017.

La riforma introduce innanzitutto una nuova causa di estinzione dei reati perseguibili a querela: il giudice può dichiarare l'estinzione del reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente il danno con le restituzioni o il risarcimento e ha eliminato, ove possibile le conseguenze dannose o pericolose del reato. E' stata inoltre dettata una nuova disciplina della prescrizione. In particolare, è introdotta una nuova ipotesi di sospensione della stessa dal deposito della sentenza di primo grado fino al deposito della sentenza di appello, e comunque per un tempo non superiore a 1 anno e 6 mesi; dopo la sentenza di condanna in appello, il termine resta sospeso fino alla pronuncia della sentenza definitiva e comunque per un tempo non superiore a 1 anno e 6 mesi. In caso di assoluzione dell'imputato in appello, ovvero di annullamento della sentenza di condanna nella parte relativa all'accertamento della responsabilità o di dichiarazione di nullità della pronuncia, i periodi di sospensione di un anno e sei mesi vengono ricomputati ai fini del calcolo del termine di prescrizione.

7. Riserva di codice

Con il **d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21**, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 63 del 22 marzo 2018, è stata attuata una delle deleghe contenute nella già citata l. 23 giugno 2017, n. 103, ossia quella relativa all'introduzione del principio della c.d. "riserva di codice" (che oggi ritroviamo all'art. 3 *bis* c.p. e che recita: «nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia»). In virtù di questo intervento normativo, numerose fattispecie sono state trasferite dalle leggi speciali al codice penale (fra cui

il sequestro di persona a scopo di coazione, la mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice, la violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio, *etc.*). Il controverso istituto della c.d. confisca "allargata" trova infine ora disciplina in una norma di parte generale del codice penale.

II. DIRITTO PENALE PROCESSUALE

Con la **l. 16 aprile 2015 n. 47** il legislatore nazionale ha circoscritto i presupposti per l'applicazione della custodia cautelare in carcere e modificato il procedimento per la sua impugnazione. La legge delimita la discrezionalità del giudice nella valutazione delle esigenze cautelari. E' stato introdotto il requisito dell'attualità (accanto a quello della concretezza) del pericolo di fuga e del pericolo di reiterazione del reato ed è stato escluso che attualità e concretezza del pericolo possano essere desunti esclusivamente dalla gravità del reato per cui si procede.

La modifica legislativa elimina l'automatismo del ricorso alla custodia in carcere quando l'indagato abbia già violato gli arresti domiciliari o sia in passato già evaso. Quanto all'onere motivazionale, il giudice, nell'ordinanza con la quale applica la misura, deve dar conto dell'inidoneità ad assicurare le esigenze di cautela degli arresti domiciliari con uso dei cd. braccialetti elettronici e, soprattutto, fornire una autonoma valutazione sia delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi alla base della misura restrittiva, sia delle concrete e specifiche ragioni per le quali le indicate esigenze di cautela non possono essere soddisfatte con altre misure.

Con il **d.lgs. 3 ottobre 2017 n. 149** si è proceduto alla semplificazione delle procedure di assistenza giudiziaria passiva in attuazione dell'art. 4 della l. n. 149 de 2016 di ratifica della Convenzione di Bruxelles de 2000.

Con la già citata **l. 23 giugno 2017, n. 103** si è avviato un profondo processo di riforma del codice di procedura penale. Degni di nota sono, in particolare, gli interventi concernenti l'incapacità irreversibile dell'imputato di partecipare al processo, la disciplina delle indagini preliminari e del procedimento di archiviazione; la disciplina dei riti speciali, dell'udienza preliminare, dell'istruttoria dibattimentale e della struttura normativa della motivazione.

Con la predetta legge sono state inoltre conferite plurime deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario, delle intercettazioni e delle impugnazioni penali, nonché la procedibilità dei reati, le

• • •

misure di sicurezza personali e, da ultimo, il casellario giudiziale.

In materia di impugnazioni la delega è stata esercitata con l'adozione del **d.lgs. 6 febbraio 2018 n. 11**. Al pubblico ministero sarà precluso l'appello delle sentenze di condanna, salvi alcuni specifici casi (quali la

pronuncia di una sentenza di condanna che modifichi il titolo del reato o che escluda la sussistenza di aggravanti ad effetto speciale). Mentre all'imputato sarà preclusa la proposizione dell'appello delle sentenze di proscioglimento pronunciate con le più ampie formule assolutorie.



Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018) *Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018*

México

Manuel Vidaurri Aréchiga

Universidad De La Salle Bajío

México

De entre las más recientes formulaciones legislativas mexicanas pueden destacarse las siguientes: a) Ley Nacional de Ejecución Penal; b) Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de personas y c) Ley General en Materia de Delitos Electorales. En breve síntesis, se mencionan sólo algunos de los contenidos y propósitos principales de las referidas leyes.

Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP), publicada en el Diario Oficial de la Federación del 16/06/2016. Conforme a su artículo 1, esta Ley tiene por objeto: **Establecer las normas que deben de observarse durante el internamiento por prisión preventiva**, en la ejecución de penas y en las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de una resolución judicial; **Establecer los procedimientos para resolver las controversias** que surjan con motivo de la ejecución penal, y, **Regular los medios para lograr la reinserción social**. Lo anterior, sobre la base de los principios, garantías y derechos consagrados en la Constitución, Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte y en esta Ley. Y en su artículo 2. se establece el ámbito de aplicación, señalando que las disposiciones de esta Ley son de orden público y de observancia general en la Federación y las entidades federativas, respecto del internamiento por prisión preventiva, así como en la ejecución de penas y medidas de seguridad por delitos que sean competencia de los tribunales de fuero federal y local, según corresponda, sobre la base de los principios, garantías y derechos consagrados en

la Constitución, en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, y en esta Ley. En apartado diverso del artículo señalado, se aclara que tratándose de personas sujetas a prisión preventiva o sentenciadas por delincuencia organizada, debe estarse además a las excepciones previstas en la Constitución y en la ley de la materia.

Por otra parte (art. 5), en relación con la ubicación de las personas privadas de libertad se dispone que los Centros Penitenciarios garantizarán la separación de las personas privadas de la libertad, de conformidad con lo siguiente: Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres; Las personas procesadas y sentenciadas ocuparán instalaciones distintas; Las instalaciones destinadas a los inimputables se ajustarán a lo dispuesto en otro capítulo de la Ley; Las personas en prisión preventiva y en ejecución de sentencias por delincuencia organizada o sujetas a medidas especiales de seguridad se destinarán a espacios especiales.

Con un catálogo enunciativo, más no limitativo, se introducen expresamente derechos para las personas privadas de libertad en general, y puntualmente algunos específicos para mujeres; así, el artículo 9 señala las personas privadas de su libertad durante la ejecución de la prisión preventiva o las sanciones penales impuestas, gozarán de todos los derechos previstos por la Constitución y los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, siempre y cuando estos no hubieren sido restringidos por la resolución o la sentencia, o su ejercicio fuese incompatible con el objeto de éstas.

Algunos de los derechos señalados legalmente son: Recibir un trato digno del personal penitenciario sin diferencias fundadas en prejuicios por razón de género, origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidades,

condición social, posición económica, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales o identidad de género, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana; Recibir asistencia médica preventiva y de tratamiento para el cuidado de la salud, atendiendo a las necesidades propias de su edad y sexo en por lo menos unidades médicas que brinden asistencia médica de primer nivel, en términos de la Ley General de Salud, en el Centro Penitenciario, y en caso de que sea insuficiente la atención brindada dentro de reclusión, o se necesite asistencia médica avanzada, se podrá solicitar el ingreso de atención especializada al Centro Penitenciario o que la persona sea remitida a un Centro de Salud Público en los términos que establezca la ley; Recibir alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, adecuada para la protección de su salud; Ser informada de sus derechos y deberes, desde el momento en que sea internada en el Centro, de manera que se garantice el entendimiento acerca de su situación. La información deberá ser proporcionada conforme al artículo 38 de esta Ley y a las demás disposiciones aplicables; Recibir un suministro suficiente, salubre, aceptable y permanente de agua para su consumo y cuidado personal; Recibir un suministro de artículos de aseo diario necesarios; Acceder al régimen de visitas en términos del artículo 59 de esta Ley; Efectuar peticiones o quejas por escrito, y en casos urgentes, por cualquier medio a las instancias correspondientes; Toda persona privada de la libertad tiene derecho a que se garantice su integridad moral, física, sexual y psicológica; A participar en la integración de su plan de actividades, el cual deberá atender a las características particulares de la persona privada de la libertad, en el marco de las condiciones de operación del Centro Penitenciario.

Por lo que respecta a los derechos de las mujeres, se indican los siguientes: la maternidad y la lactancia; Recibir trato directo de personal penitenciario de sexo femenino, específicamente en las áreas de custodia y registro. Tratándose de la atención médica podrá solicitar que la examine personal médico de sexo femenino, se accederá a esa petición en la medida de lo posible, excepto en las situaciones que requieran intervención médica urgente. Si pese a lo solicitado, la atención médica es realizada por personal médico de sexo masculino, deberá estar presente un miembro del personal del Centro Penitenciario de sexo femenino; Contar con las instalaciones adecuadas y los artículos necesarios para una estancia digna y segura, siendo prioritarios los artículos para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género; Recibir a su ingreso al Centro Penitenciario, la valoración médica que deberá comprender un

examen exhaustivo a fin de determinar sus necesidades básicas y específicas de atención de salud; Recibir la atención médica, la cual deberá brindarse en hospitales o lugares específicos establecidos en el Centro Penitenciario para tal efecto, en los términos establecidos en la presente Ley; Conservar la guardia y custodia de su hija o hijo menor de tres años a fin de que pueda permanecer con la madre en el Centro Penitenciario, de conformidad a las disposiciones aplicables; Recibir la alimentación adecuada y saludable para sus hijas e hijos, acorde con su edad y sus necesidades de salud con la finalidad de contribuir a su desarrollo físico y mental, en caso de que permanezcan con sus madres en el Centro Penitenciario; Recibir educación inicial para sus hijas e hijos, vestimenta acorde a su edad y etapa de desarrollo, y atención pediátrica cuando sea necesario en caso de que permanezcan con sus madres en el Centro Penitenciario, en términos de la legislación aplicable; Acceder, a los medios necesarios que les permitan a las mujeres con hijas e hijos a su cargo adoptar disposiciones respecto a su cuidado. Contar con las instalaciones adecuadas para que sus hijas e hijos reciban la atención médica, de conformidad con el interés superior de la niñez, atendiendo a su edad, condiciones y a sus necesidades de salud específicas.

La LNEP incorpora, asimismo, un **listado de obligaciones propias de las personas privadas de libertad**. Otro aspecto interesante en esta ley, consiste en el establecimiento de los **Jueces de Ejecución** (art. 24), quienes serán competentes para conocer del procedimiento de ejecución penal los jueces cuya circunscripción territorial se encuentre la persona privada de la libertad, independientemente de la circunscripción territorial en la que se hubiese impuesto la sanción en ejecución, teniendo otras competencias (art. 25), entre estas: Garantizar a las personas privadas de la libertad, en el ejercicio de sus atribuciones, el goce de los derechos y garantías fundamentales que le reconoce la Constitución, los Tratados Internacionales, demás disposiciones legales y esta Ley; Garantizar que la sentencia condenatoria se ejecute en sus términos, salvaguardando la invariabilidad de la cosa juzgada con los ajustes que la presente legislación permita; Decretar como medidas de seguridad, la custodia de la persona privada de la libertad que llegue a padecer enfermedad mental de tipo crónico, continuo e irreversible a cargo de una institución del sector salud, representante legal o tutor, para que se le brinde atención, trato y tratamiento de tipo asilar; Sustanciar y resolver los incidentes que se promuevan para lograr el cumplimiento del pago de la reparación del daño, así como los demás que se pro-

muevan con motivo de la ejecución de sanciones penales; Garantizar a las personas privadas de la libertad su defensa en el procedimiento de ejecución; Aplicar la ley más favorable a las personas privadas de la libertad, por mencionar algunas.

Considerando que la nación mexicana es pluriétnica y multicultural, el legislador dispuso un apartado específico para **personas indígenas privadas de la libertad** (art. 35), señalando que para determinar el Centro Penitenciario en el que tendrá lugar la privación de la libertad de las personas indígenas se ponderará la importancia que para la persona tenga la pertenencia a su comunidad. En tal sentido, se obliga a que la Autoridad Penitenciaria adopte los medios necesarios para que las personas indígenas privadas de la libertad puedan conservar sus usos y costumbres, dentro de las limitaciones naturales que impone el régimen de disciplina forzada, se menoscabe su cultura, o se les segregue. La educación básica que reciban será bilingüe. Adicionalmente, se precisa que deberá contarse con un intérprete certificado por el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas que hable y entienda la lengua madre de la persona privada de su libertad para asegurar que entienda todo el proceso que se sigue en su contra, así como sus obligaciones y derechos. En atención al espacio disponible, se deja hasta aquí lo concerniente a la Ley Nacional de Ejecución Penal para dar paso a otra de las leyes recientes en el contexto jurídico mexicano.

Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas (LGDFP). Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 17/11/ 2017. Dispone en su artículo 2. **Que tiene por objeto:** Establecer la distribución de competencias y la forma de coordinación entre las autoridades de los distintos órdenes de gobierno, para buscar a las Personas Desaparecidas y No Localizadas, y esclarecer los hechos; así como para prevenir, investigar, sancionar y erradicar los delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, así como los delitos vinculados que establece esta Ley; Establecer los tipos penales en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, así como otros delitos vinculados y sus sanciones; Crear el Sistema Nacional de Búsqueda de Personas; Crear la Comisión Nacional de Búsqueda y ordenar la creación de Comisiones Locales de Búsqueda en las Entidades Federativas; Garantizar la protección integral de los derechos de las Personas Desaparecidas hasta que se conozca su suerte o para-

dero; así como la atención, la asistencia, la protección y, en su caso, la reparación integral y las garantías de no repetición, en términos de esta Ley y la legislación aplicable; Crear el Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas, y Establecer la forma de participación de los Familiares en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de las acciones de búsqueda e identificación de Personas Desaparecidas y No Localizadas; así como garantizar la coadyuvancia en las etapas de la investigación, de manera que puedan verter sus opiniones, recibir información, aportar indicios o evidencias.

Por lo que respecta a los delitos de Desaparición Forzada de Personas y de Desaparición cometida por Particulares delitos, su artículo 13 **indica que** serán perseguidos de oficio y tienen el carácter de permanentes o continuos, en tanto la suerte y el paradero de la Persona Desaparecida no se hayan determinado o sus restos no hayan sido localizados y plenamente identificados. **Y en el artículo 14 se establece que el ejercicio de la acción penal y la ejecución de sanciones penales que se impongan judicialmente para los delitos de desaparición forzada de personas y de desaparición cometida por particulares son imprescriptibles y no están sujetos a criterios de oportunidad ni a formas de solución alterna al proceso u otras de similar naturaleza.**

Y conforme al artículo 15, queda prohibida la aplicación de amnistías, indultos y medidas similares de impunidad que impidan la investigación, procesamiento o sanción y cualquier otra medida para determinar la verdad y obtener reparación plena de los delitos materia de esta Ley. Por otro lado, a efecto de la extradición, el **artículo 16 prescribe que** la desaparición forzada de personas y la desaparición cometida por particulares no serán considerados delitos de carácter político, delito conexo a un delito político ni delito inspirado en motivos políticos. En consecuencia, una solicitud de extradición fundada en un delito de este tipo no podrá ser rechazada por este motivo. También se indica que no constituyen causas de exclusión de los estos delitos la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten a la comisión de estos delitos. Además de que, en ningún caso, pueden invocarse circunstancias especiales, tales como tiempo de guerra, invasión o su peligro inminente, suspensión de derechos y sus garantías, perturbación grave de la paz pública, como causa de justificación o inculpabilidad para cometer los delitos a que se refiere esta Ley. Claramente se determina que el Estado está obligado a garantizar que cualquier persona que se rehúse a obedecer una orden para cometer el delito de desaparición

forzada no sea sancionada o sea objeto de ninguna represalia (art. 17).

En el artículo 27 es donde se establece el delito de desaparición forzada de personas, que **es el cometido por el servidor público o el particular que, con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, prive de la libertad en cualquier forma a una persona, seguida de la abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero.** Y de acuerdo al artículo 28, al servidor público, o el particular que con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, oculte o se niegue a proporcionar información sobre la privación de la libertad de una persona o sobre el paradero de una persona detenida, u oculte a una persona detenida en cualquier forma se le impondrá la pena prevista en el artículo 30 (Se impondrá pena de cuarenta a sesenta años de prisión, y de diez mil a veinte mil días multa a las personas que incurran en las conductas previstas en los artículos 27 y 28).

Por lo que respecta a los superiores jerárquicos, éstos serán considerados autores del delito de desaparición forzada de personas en los términos de lo previsto en la legislación penal aplicable (art. 29). Adicionalmente, cuando el responsable tenga el carácter de servidor público, se impondrá la destitución e inhabilitación, según corresponda, para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión pública, hasta dos veces el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta, a partir de que se cumpla con la pena de prisión.

Las penas que cabe imponer, serán de veinte a treinta años de prisión y de quinientos a ochocientos días multa a quien omita entregar a la autoridad o Familiares al nacido de una víctima del delito de desaparición forzada de personas durante el periodo de ocultamiento, a sabiendas de tal circunstancia. Asimismo, se impondrá pena de veinticinco a treinta y cinco años de prisión a quien, sin haber participado directamente en la comisión del delito de desaparición forzada de personas, retenga o mantenga oculto a la niña o niño que nazca durante el periodo de desaparición de la madre, a sabiendas de tal circunstancia.

Las sanciones pueden ser aumentadas hasta en una mitad cuando: Durante o después de la desaparición, la Persona Desaparecida muera debido a cualquier alteración de su salud que sea consecuencia de dicha desaparición, o por enfermedad previa que no hubiere sido atendida en forma adecuada por los autores o partícipes del delito; La Persona Desaparecida sea niña, niño o adolescente, mujer, mujer embarazada, persona con

discapacidad o persona mayor; La condición de persona migrante o afrodescendiente, la pertenencia a un pueblo o comunidad indígena o cualquier otro equiparable, sea la motivación para cometer el delito; La identidad de género o la orientación sexual de la víctima sea la motivación para cometer el delito; La persona haya sido desaparecida por su actividad como defensora de derechos humanos; La persona haya sido desaparecida en razón de su labor como periodista; La Persona Desaparecida sea integrante de las Instituciones de Seguridad Pública; El o los autores tengan vínculos de parentesco, amistad, relación laboral o de confianza con la víctima, o Los delitos se realicen con el propósito de impedir que las autoridades competentes conozcan de la comisión de otros delitos.

Cabe disminuir la sanción en varios casos (art. 33), conforme lo siguiente: Si los autores o partícipes liberan a la víctima espontáneamente dentro de los diez días siguientes a la desaparición, disminuirán hasta en una mitad; Si los autores o partícipes proporcionan información efectiva que conduzca a la localización con vida de la Persona Desaparecida, disminuirán hasta en una tercera parte; Si los autores o partícipes proporcionan información efectiva que conduzca a la localización del cadáver o los restos humanos de la Persona Desaparecida, disminuirán hasta en una cuarta parte, y Si los autores o partícipes proporcionan información efectiva que permita esclarecer los hechos o identificar a los responsables, disminuirán hasta en una quinta parte.

Ley General en Materia de Delitos Electorales, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 19/01/2018. Reglamentaria del artículo 73, fracción XXI, inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es de orden público y de observancia general en toda la República y tiene por objeto, en materia de delitos electorales, establecer los tipos penales, las sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre los órdenes de gobierno. Además, tiene como finalidad, en general, proteger el adecuado desarrollo de la función pública electoral y la consulta popular a que se refiere el artículo 35, fracción VIII de la Constitución.

En esta ley se contempla una amplia cantidad de supuestos típicos con sanciones igualmente diversas, de modo que de acuerdo con el artículo 7 serían 21 hipótesis a las que se les puede imponer de cincuenta a cien días multa y prisión de seis meses a tres años, a quien, por ejemplo: Vote a sabiendas de que no cumple con los requisitos de la ley; Vote más de una vez en una misma elección; Haga proselitismo

o presione objetivamente a los electores el día de la jornada electoral en el interior de las casillas o en el lugar en que se encuentren formados los votantes, con el fin de orientar el sentido de su voto o para que se abstenga de emitirlo; Obstaculice o interfiera el desarrollo normal de las votaciones, el escrutinio y cómputo, o el adecuado ejercicio de las tareas de los funcionarios electorales; introduzca o sustraiga de las urnas ilícitamente una o más boletas electorales, o bien, introduzca boletas falsas; obtenga o solicite declaración firmada del elector acerca de su intención o el sentido de su voto.

En once supuestos, contemplados en el artículo 8, se fijan sanciones de cincuenta a doscientos días multa y prisión de dos a seis años, al funcionario electoral que, por ejemplo: Altere en cualquier forma, sustituya, destruya, comercialice o haga un uso ilícito de documentos relativos al Registro Federal de Electores, Padrón Electoral o Lista de Electores; Se abstenga de cumplir, sin causa justificada, con las obligaciones propias de su cargo, en perjuicio del proceso electoral; Obstruya el desarrollo normal de la votación sin

mediar causa justificada; Altere los resultados electorales, sustraiga o destruya boletas, documentos o materiales electorales; No entregue o impida la entrega oportuna de documentos o materiales electorales, sin mediar causa justificada.

Para diez tipos penales, el Artículo 9 indica que impondrán de cien a doscientos días multa y prisión de dos a seis años, al funcionario partidista o al candidato que, por ejemplo: Ejercza presión o induzca a los electores a votar o abstenerse de votar por un candidato, partido político o coalición, el día de la elección o en alguno de los tres días anteriores a la misma; Realice o distribuya propaganda electoral durante la jornada electoral; Sustraiga, destruya, altere o haga uso indebido de documentos o materiales electorales; Obstaculice el desarrollo normal de la votación o de los actos posteriores a la misma sin mediar causa justificada, o con ese fin ejerza violencia sobre los funcionarios electorales. Los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, igualmente establecen sanciones para numerosas conductas electorales.



Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018)

Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán

Profesor de Derecho penal

*Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ),
Nicaragua*

www.inej.edu.ni

sergio.cuarezma@inej.net

www.sergiocuarezma.com

El Código procesal penal fue aprobado por la Ley No. 406/201, de 13 de noviembre de 2001 y el Código penal de la República de Nicaragua fue aprobado por la Ley No. 641/2007, aprobada el 13 de noviembre.

I. DECRETO No. 42-2014, aprobado el 30 de julio de 2014: Reglamento a la Ley 779/2012

El objeto del Reglamento es “establecer las disposiciones para la aplicación de la Ley 779, Ley Integral Contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley No. 641, “Código Penal” publicada en La Gaceta, Diario Oficial Número 35 del día veintidós de febrero del año dos mil doce.”

El reglamento se estructura en xi capítulos relacionados a las disposiciones generales, principios rectores, de las políticas públicas y medidas estratégicas de prevención y atención, de la mediación, de la mediación ante el ministerio público, de la mediación durante el proceso judicial, seguimiento a la mediación, de los delitos, funciones de los órganos judiciales especializados, de las medidas precautelares y cautelares y disposiciones finales.

Es la primera vez, después de los años ochenta (1979 a 1989) donde se legislaba en materia penal por vía de decreto de la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, que el Poder Ejecutivo reglamenta una ley penal especial, materia reserva exclusiva de ley. La Constitu-

ción Política establece en el art. 34 que “toda persona en un proceso tiene derecho, en igualdad de condiciones al debido proceso y a la tutela judicial efectiva y, como parte de ellas, a las siguientes garantías mínimas” y proclama en el numeral 11, la garantía a “no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente *calificado en la ley* de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no *prevista en la ley*.” (En cursiva nuestro)

El reglamento en el ámbito de las definiciones expresa que debe entenderse por femicidio el delito “cometido por un hombre en contra de una mujer en el marco de la relaciones interpersonales de pareja y que como resultado diere muerte a la mujer, en las circunstancias que la ley establece”, por relación interpersonal “aquella que nace de las relaciones de pareja, de convivencia entre un hombre y una mujer, entiéndase, relaciones afectiva con el esposo, ex-esposo, conviviente, ex conviviente, novio o ex novio” y la relación desigual de poder “la ejercida por el hombre contra una mujer en lo físico, sexual, psicológico, patrimonial, económico, social, familiar, laboral, político, cultural y religioso de forma coercitiva, capaz de afectar la conducta, el pensamiento y los sentimientos de otras personas y que tengan por finalidad el control o dominio que conducen a la sumisión de la mujer, discriminación y desigualdad en su contra”.

El ámbito de aplicación del reglamento para los efectos de la ley 779/2012 y el presente reglamento, “serán aplicables a quien se halle o hubiere estado ligado por relación de consanguinidad, afinidad, sujetos a tutela, cónyuge, ex-cónyuge, conviviente en unión de hecho, ex conviviente en unión de hecho, novios, ex novios”.

El reglamento, como si estuviera regulando una ley de carácter administrativa, “indica” que debe compren-

derse sobre la calificación del delito de femicidio. El artículo 34 dice: “Para la calificación del delito de femicidio, *éste debe* cometerse por un hombre en contra de una mujer en el marco de las relaciones interpersonales de pareja y que como resultado diere muerte a la mujer” (en cursiva nuestro), y establece las circunstancias que deben darse:

1. Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja de intimidad con la víctima;
2. Mantener en la época en la que se perpetre el hecho o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia de intimidad o de noviazgo;
3. Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima;
4. Por el menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o la comisión de actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación, en una relación de pareja;
5. Por misoginia en una relación de pareja;
6. Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la pareja.

Por otra parte, en relación a los **tipos penales y relaciones desiguales de poder**, el reglamento explica que “en los tipos penales de violencia relacionadas con el género se identifican como relaciones de poder, las cuales se definen desde una estructura a través de la construcción social y política del poder masculino dominante, activo, violento, agresivo y de la construcción social de la sumisión femenina, como receptiva, tolerante y por ende pasiva. En los tipos penales de violencia que se cometan en el marco de las relaciones desiguales de poder entre un hombre y una mujer, ésta condición deberá quedar claramente establecida. (art. 36)

En el tema de la de la violencia psicológica y para la determinación de los daños, disfunción o enfermedad psíquica, el reglamento expresa que la “Comisaría de la Mujer y la Niñez y el Instituto de Medicina Legal, deberá comprobar la relación de causalidad entre el hecho imputado y la conducta del acusado. El peritaje psicológico practicado por personal especializado en la materia, fundamentalmente, servirá para demostrar qué secuelas psicológicas sufre o ha sufrido la víctima de un delito de violencia de género o intrafamiliar. Dicho peritaje, no debe referirse en ningún momento a la calificación jurídica del hecho ni a la responsabilidad del imputado. Para lograr un peritaje psicológico completo, podrá si fuese necesario examinarse psicológicamente al presunto agresor”. (art. 37)

II. LEY CONTRA LA TRATA DE PERSONAS, Ley N.º 896/2015, aprobada el 28 de enero

La Ley tiene por objeto “la prevención, investigación, persecución y sanción del delito de trata de personas, así como la protección y atención integral a las personas víctimas, y protección particular a los testigos, técnicos, peritos, peritas y demás sujetos que intervienen en la investigación y el proceso penal, que incluye a los nacionales trasladados a otros puntos del territorio nacional o internacional, así como los extranjeros sin distingo de su estatus migratorio que sean trasladados al territorio nacional.

También define mecanismos específicos y efectivos para la salvaguarda, tutela y restitución de los derechos de dignidad, libertad, integridad, salud, educación y la seguridad de las personas, así como el libre desarrollo de las mismas, especialmente para niñas, niños, adolescentes y cualquier persona en condición de vulnerabilidad cuando sus derechos sean amenazados o lesionados por la comisión del delito de trata de personas”. (art. 1)

En la ley el Estado expresa su interés de “reafirmar el reconocimiento de la persona, la familia y la comunidad como el origen y el fin de su actividad y estar organizado para asegurar el bien común, asumiendo la tarea de promover el desarrollo humano de todas y cada una de las personas, bajo la inspiración de valores cristianos, prácticas solidarias, democráticas y humanísticas, como valores universales y generales. El reconocimiento de que toda persona tiene derecho a que se le respete la dignidad, libertad, libre desarrollo de la personalidad, integridad física, psíquica y moral, que nadie debe ser sometido a servidumbre, esclavitud, torturas, procedimientos, penas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes; que la violación de este derecho constituye delito grave y una violación a los derechos humanos y es penado por la ley; la trata de cualquier naturaleza está prohibida en todas sus formas” (art. 2).

Proyecto de Ley Contra el Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción masiva.

Al cierre del presente informe para la sección Sistemas Penales Comparados, la Comisión de Justicia y Asuntos Jurídicos de la Asamblea Nacional aprobó el miércoles 18 de abril el dictamen de la nueva Ley Contra el Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción masiva, introducida como iniciativa el 8 de abril de 2018. La reforma constituye una profunda reforma al sistema de prevención de lavado de activos del país, pues reforma varias leyes de la materia, como

la Ley General de Bancos, la Ley de la Superintendencia, La Ley de Mercado de Capitales, la Ley de Fideicomiso, el Código de Comercio y el Código Penal, entre otras. El objetivo de la reforma “es proteger la

economía nacional y la integridad del sistema financiero nacional de los riesgos asociados al lavado de activos y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva” (art. 1).

Sistemas penales comparados



Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018) *Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018*

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Panamá

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas penales y procesales penales introducidas al ordenamiento jurídico de la República de Panamá entre 2015 y 2018, como ya es habitual en Panamá, se han producido sin mayor rigor científico como ya es habitual en nuestro medio.

El Gobierno del Presidente Juan Carlos Varela llegó al poder el 1 de julio de 2014 y terminará el 30 de junio de 2019, pero entre 2015 y el momento en que se escribe este Informe, se han adoptado numerosas leyes que muchas veces se improvisan y se aprueban de forma irreflexiva, no siempre acorde con los mejores intereses del país.

En materia penal, entre 2015 y 2018 se han aprobado ocho leyes que reforman el Código Penal y otras cuatro que afectan al ordenamiento procesal penal, como tendremos oportunidad de comprobar a continuación.

Antes del análisis respectivo, es necesario tener presente que el Código Penal vigente, de 2007, entró a regir el 21 de mayo de 2008 y que el nuevo Código Procesal Penal, de 2008, entró a regir de forma paulatina desde 2011 en diversos territorios judiciales hasta que llegó al Distrito Judicial más importante del país el 2 de septiembre de 2016.

No puedo pasar por alto, que los procesos penales por delitos ocurridos antes de la vigencia del Código Procesal Penal, inexplicablemente, se han seguido rigiendo por el viejo proceso penal, obsoleto y anticuado, previsto en el Código Judicial que ya no se aplica para nuevos casos desde este año. De hecho, por tanto, hay

dos ordenamientos procesales penales vigentes en el mismo territorio nacional.

II. REFORMAS AL ORDENAMIENTO PENAL VIGENTE

En 2015 se aprobaron las leyes 10 y 34 de ese año, que reformaron diversas normas del Código Penal de 2007: la primera de esas leyes, por su parte, se ocupó de modificar el régimen de sanciones a las personas jurídicas y modificó los tipos penales de blanqueo de capitales y los delitos de terrorismo y financiamiento del terrorismo; la otra, por su parte, volvió a modificar el blanqueo de capitales, introdujo los delitos de contrabando y defraudación aduanera y se modificó el delito de aprovechamiento de cosas provenientes del delito.

No tiene sentido añadir nuevas formas de sanciones penales para ser usadas contra las personas jurídicas, pues en casi diez años de vigencia del Código Penal no conozco ninguna persona jurídica que haya sido declarada responsable por la justicia penal. Los delincuentes en Panamá crean esas sociedades y las usan para depositar el dinero ilícito, pero nunca un tribunal de justicia cae sobre dicha sociedad, pues el delincuente ya la cerró cuando el beneficio ilícito ya está asegurado, gastado o transferido al extranjero.

En ambas leyes el delito de blanqueo de capitales se ha modificado para incluir nuevas formas delictivas como “delito previo” que da vida al blanqueo, por lo que ahora es más amplio el catálogo de delitos precedentes. Habría que estudiar la posibilidad de considerar que cualquier delito pueda ser “delito previo” y configurarse el blanqueo cuando se oculta dinero que provenga de la comisión de cualquier delito.

La inclusión del contrabando y la defraudación aduanera es cuestión muy complicada en atención al casuismo utilizado para la tipificación de estas nuevas figuras

delictivas, que siguen teniendo en la esfera administrativa otras infracciones que allá se consideran como “ilícitos administrativos”.

El Proyecto de Código Penal, que luego fue Código de 2007, contenía ambos delitos, pero la Asamblea Nacional eliminó tales figuras a petición del Ejecutivo, que ahora las llevó a la Asamblea Nacional por presión de la OCDE.

En materia de contrabando y defraudación ya acatamos la orden antes mencionada, pero falta tipificar la “evasión fiscal”, que nunca ha sido delito en el ordenamiento penal patrio. Veremos si la Asamblea cumple la orden de la OCDE en tal sentido.

En el año 2016 se aprobaron cuatro reformas al Código Penal por medio de las leyes 55, 59, 60 y 63 de ese año.

Con la Ley 55, se reformó el delito previsto en el art. 152 del Código Penal y se consagró el delito de desaparición forzada como delito “permanente” y se decretó su “imprescriptibilidad”.

Por medio de la Ley 59 se modificó la pena en el delito de violencia doméstica, como la incapacidad de la víctima sea de 30 a 60 días y se le impuso una pena agravada de 6 a 10 años de prisión. La técnica legislativa usada en esta reforma, sin embargo, es harto deficiente pues no se dijo de forma expresa cual es la pena cuando la incapacidad excede de los 60 días. Para tal efecto, se remitió a la pena de la lesión agravada que para este caso prevé una pena de prisión de 6 a 10 años. Fíjese que se aumentó un año en el máximo.

La reforma introducida por la Ley 60 de ese año, reformó el delito de estupro y eliminó la exención de pena si entre el infractor y la víctima existía una relación de pareja permanente, siempre que no hubiera diferencia de edad de cinco años entre tales personas.

Con esta reforma, cualquier persona que tenga una relación de pareja con una menor de edad, con su consentimiento, es autora de un delito de estupro, lo que no tiene sentido. En nuestra sociedad, esa situación es muy frecuente en los campos del interior de la República, lo que ocurre con el beneplácito de la familia de la menor. La situación es más frecuente en las comunidades indígenas, lo que hace muy peligrosa esa reforma.

Ese año 2016 concluyó con otra inesperada reforma al Código Penal, pues la Ley 63 de 2016, que adopta medidas sobre Parques Públicos, adicionó el nuevo art. 41-A para incriminar al servidor público que “otorgue permisos o autorizaciones para obras o proyectos en parques y plazas existentes... que cambien el carácter de su función y su esfera pública a privada”. Este nue-

vo y genial delito tiene pena de 6 meses a 2 años de prisión. Sin duda es una figura innecesaria, pues es una forma de abuso de autoridad.

En 2017 se aprobaron dos reformas dignas de mencionar. La primera fue por medio de la Ley 4 de ese año, que introdujo medidas para evitar el hacinamiento en los Centros Penitenciarios, de forma tal que se confieren facultades al Juez de Cumplimiento para reconocer beneficios al condenado durante la ejecución de la pena privativa de libertad.

La otra reforma fue introducida por medio de la Ley 70 de ese año, que modificó algunas penas en el delito de maltrato de animales, de forma que no siempre se castiguen esas conductas con penas pecuniarias y ahora en casos más relevantes y con mayor alarma social, se puedan imponer penas de prisión.

III. LAS REFORMAS PROCESALES PENALES

En materia procesal penal pocas han sido las reformas producidas en el período objeto de análisis.

La más importante fue la Ley 11 de 2015, por medio de la cual se establecieron criterios para la Asistencia Judicial Internacional en materia penal, siempre que Panamá no haya suscrito Convenio bilateral o multilateral con otros países, por lo que esta legislación es siempre supletoria en la medida que no exista Tratado o Convenio particular.

En ese mismo año, la Ley 57 de 2015 aumentó considerablemente el plazo de la prescripción acción penal en los delitos de peculado (malversación en otros países), enriquecimiento injustificado y cualquier delito patrimonial contra cualquier entidad pública. En ese breve catálogo de delitos no está el delito de corrupción de servidores públicos (cohecho), tan de moda en Panamá y toda América Latina por las actuaciones de Ejecutivos de una famosa constructora brasileña.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La breve reseña que hemos efectuado evidencia que seguimos con reformas improvisadas y mal elaboradas.

El estupro se sigue incriminando a partir de una condición de ventaja, que no siempre existe pero que no debe ser elemento de la figura básica.

Seguimos aplicando el viejo Código Judicial a procesos por delitos cometidos antes de la vigencia del Código Procesal Penal y ese viejo Código Judicial ya está derogado por el nuevo Código Procesal Penal de forma expresa.



Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018) *Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018*

Perú

Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal

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

I. CARACTERÍSTICAS DE LAS REFORMAS RECIENTES EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA

Las reformas de la legislación penal formalizan siempre un proceso de reformulación de la política criminal. Ellas, por tanto, comunican la necesidad de impulsar un nuevo planeamiento estratégico sobre el control de la delincuencia. Sin embargo, su extensión, utilidad y relevancia dependen siempre del grado de conexión que tengan con la realidad social donde interactúan las diferentes variables e indicadores que identifican la criminalidad existente y latente en un espacio geográfico en un momento histórico determinado. Por tanto, la recopilación y el análisis riguroso de información criminológica sobre el estado de cosas, resulta imprescindible para marcar los límites, características y prioridades de las estrategias o medidas legislativas de prevención y control de la delincuencia que configuren la reforma penal. Lo sensato de este proceder político criminal hace impensable que un Estado moderno pueda construir reformas penales de modo distinto al descrito. Sobre todo porque sólo bajo esas premisas y bases empíricas es posible esperar que las acciones reformistas cuenten con un razonable grado de probabilidades de efectividad positiva y controlable.

Sin embargo, la evolución reciente de la política criminal peruana y de sus reformas penales se ha caracterizado por adoptar un patrón estratégico y táctico muy diferente, donde predominan la urgencia coyuntural,

los fines populistas, la improvisación de las oportunidades y lo ineficaz de los resultados. Nuestras reformas penales, pues, en los tres últimos años, solo muestran un desgastado y lineal proceso de criminalización y sobrecriminalización. El cual resulta siempre inocuo como respuesta estatal a una realidad de notorio incremento de la delincuencia violenta y de la criminalidad organizada. Y en un contexto psicosocial de esas características, además, no ha sido extraño que en más de una ocasión el discurso político se haya desplazado hacia debates por el retorno de la pena de muerte para los actos de violación de menores o a la aplicación de la castración química para sus autores. Asimismo, a distorsionar la percepción de la colectividad sobre el rol de las medidas alternativas a la prisión a las que frecuentemente se han calificado como vías de impunidad o corrupción judicial por lo que su exclusión tiende a ser también una consolidada tendencia de las últimas modificaciones legislativas.

Trataremos, pues, a continuación, de mostrar la actualidad de aquellas características negativas que hemos reseñado, analizando tres reformas puntuales que han acontecido recientemente en el derecho penal peruano.

II. REFORMAS EN LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

La Ley 30710 fue promulgada el 28 de diciembre de 2017, por el propio Congreso de la República al vencerse el plazo constitucional que para tal efecto tiene el Poder Ejecutivo. Ella forma parte de una agresiva reacción estatal frente a la demanda social y mediática de aplicar políticas drásticas contra toda práctica de violencia contra la mujer. En lo esencial, la norma citada introduce una modificación en el artículo 57° del Código Penal, que se refiere a la suspensión de la

ejecución de penas privativas de libertad no superiores a cuatro años La reforma producida dispone al respecto que **la suspensión de la ejecución de la pena será inaplicable** *“para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122”*. Cabe destacar que en diferentes pasajes de la Exposición de Motivos de dicha Ley, se hace notar su decidida finalidad de potenciar el castigo pena.: *“Los casos de violencia contra las mujeres que se enmarcan en los delitos de agresiones (122 b del Código Penal) y de lesiones leves (122 del Código Penal) reciben penas que se suspenden...”* (Proyecto de Ley N° 2009/ 2017-CR presentado por la Congresista Indira Huilca Flores del Grupo Parlamentario Nuevo Perú del 16 de octubre de 2017, p. 2). *“Como puede apreciarse la mayor parte de formas de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar implican lesiones corporales de menos de 10 días de asistencia o descanso o lesiones psicológicas que causan afectaciones psicológicas y no daño psíquico, por ello se sancionan como delito de agresiones del artículo 122-B. Si a este delito no se le prevé una pena efectiva entonces se refuerza una sensación de impunidad en la gran mayoría de los casos de violencia”* (Idem, p. 8). *“Esto implica que es necesario que se adopten todas las reformas legales para no perpetuar la impunidad que banaliza la violencia contra las mujeres y refuerza el prejuicio social de que se trata de temas no graves”* (Idem, p. 8).

A esa misma tendencia político criminal pertenecen otros cambios ocurridos recientemente en el Código Penal peruano, como la inclusión del **feminicidio** como una modalidad específica de homicidio calificado y cuyas posibilidades de sanción incluyen la pena de cadena perpetua (Artículo 108°-B modificado por el Decreto Legislativo 1323). Asimismo, se ha regulado como un delito autónomo **las agresiones contra la mujer** aunque no produzcan daños relevantes (Artículo 122°-B incorporado por el Decreto Legislativo 1323) y se agregaron nuevas circunstancias agravantes específicas en los delitos de lesiones dolosas graves y leves (Artículos 121°-B y 122° modificados por el Decreto Legislativo 1323). Para estos dos últimos casos se han elevado los estándares temporales de los castigos privativos de la libertad (Cfr. Legislación que Busca Sancionar a los Agresores. Suplemento Especial Día Internacional de la Mujer. El Comercio. Edición del 8 de marzo de 2018, p. 11). Además, tratándose de los delitos de feminicidio y lesiones dolosas graves contra

mujeres, se ha legislado que **no le son aplicables los beneficios penitenciarios de excarcelación anticipada de semilibertad y liberación condicional** (Artículo 50° del Código de Ejecución Penal modificado por el Decreto Legislativo 1296).

Es de mencionar, también, que el mismo artículo 57° del Código Penal, sobre suspensión de la ejecución de la pena, ya había sido objeto de otras tres modificaciones consecutivas. Todas ellas vinculadas al mismo objetivo represivo de ir reduciendo la posibilidad el acceso de los condenados a dicha medida alternativa a la pena privativa de la libertad. En efecto, primero se excluyó a delincuentes considerados “peligrosos” como los reincidentes y habituales. Posteriormente, también se prohibió para los autores de delitos contra el patrimonio del Estado como la colusión y el peculado. Y, finalmente, para todos aquellos que fueran condenados como autores de los más caracterizados delitos de corrupción administrativa.

III. LA REFORMA DE LA PENA DE VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

Una muestra del fracaso de las reformas penales improvisadas y simbólicas en el Perú, lo constituye la regulación de la llamada **pena de vigilancia electrónica personal**. Ella no fue originaria del Código Penal de 1991 y se incorporó a él casi al cumplirse una década de su vigencia. En efecto, mediante la Ley 29499, del 18 de enero de 2010, está modalidad punitiva, inédita en nuestro país, quedó registrada en el artículo 29° A. Fue diseñada como una pena alternativa a penas privativas de libertad. Esto último fue destacado con énfasis por la Exposición de Motivos de la ley citada que se refirió a aquella sanción en los siguientes términos: *“...no conlleva a la privación de la libertad del sentenciado, por el contrario, se trata del cumplimiento de una sentencia condenatoria pero en libertad bajo determinados parámetros. Ahora bien, va de la mano de la pena privativa de libertad, porque precisamente constituye una alternativa a esta pena que importa la prisión del condenado, es decir, que el órgano jurisdiccional competente emite una sentencia condenatoria de pena privativa de libertad, cabría la posibilidad de que el sentenciado no la cumpla efectivamente en un establecimiento penitenciario sino que se disponga su cumplimiento a través de la pena de vigilancia electrónica personal”* (Exposición de Motivos. Proyecto de Ley N° 3683/2009-PE presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República el 19 de noviembre de 2009. Cfr. Acápite sobre La pena privativa de libertad y

la pena de vigilancia electrónica personal). Lo mismo, fue referido por el legislador en el artículo 1º de la Ley 29499, destacando, además, la condición de penado de su destinatario potencial: “para el caso de condenados, la vigilancia electrónica personal es un tipo de pena, aplicable por conversión luego de impuesta una sentencia de pena privativa de la libertad, que será dispuesta por el juez, a fin de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado”. Ella, pues, fue diseñada con una operatividad de reemplazo por conversión.

Se le configuró, pues, como un castigo penal que afectaba la libertad y discrecionalidad de los desplazamientos físicos del condenado. Este quedaba confinado a poder movilizarse sólo dentro de la extensión del espacio geográfico que establecía la sentencia. Además, operaba como una pena sustitutiva de penas privativas de libertad. Otra característica especial de esta clase de pena es que su aplicación estaba en parte perfilada para grupos determinados de delincuentes, quienes gozaban de prioridad legal para su imposición a través de un régimen de reemplazo de las penas privativas de libertad que correspondería aplicarles. Y su ejecución de materializaba con la colocación y porte de un sistema electrónico de control y monitoreo con la forma de **cintillos** que llevaría el condenado, adheridos a las muñecas o tobillos.

Lamentablemente, la pena de vigilancia electrónica personal permaneció casi una década sin ser aplicada por falta de recursos para su implementación, lo que motivo que sea reformulada a través del Decreto Legislativo 1322 promulgado el 5 de enero de 2017. Posteriormente por Decreto Supremo N° 004-2017- JUS del 8 de marzo de 2017, se aprobó su Reglamento y un Plan Piloto de aplicación. En lo esencial, este nuevo marco legal actualizó las bases normativas consideradas por la Ley 29499. Además, derogó los artículos 1, 2, 3, 3-A, 8, 9 y 10 de dicha norma legal y concluyó un proceso de revisión que había comenzado con reformas parciales promovidas a través del Decreto Supremo N° 002-2015- JUS que, a su vez, había modificado el texto original del Reglamento de la Ley 29499.

Si algo hay que destacar en este nuevo intento de viabilizar esta sofisticada modalidad de castigo penal, es su visión estratégica y lo detallado de sus disposiciones y procedimientos. Al respecto, el artículo 2º del Decreto Legislativo 1322 precisa: “*La finalidad del presente Decreto Legislativo es contribuir con la disminución de los niveles de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios, a través de la vigilancia electrónica sobre personas procesadas o condenadas,*

disminuyendo los costos de las medidas penales como el internamiento y efectivizando las medidas cautelares o de los beneficios penitenciarios y con ello, reducir la reincidencia de aquellos que son monitoreados”. Por su parte, el artículo 4º del Reglamento del Decreto Legislativo 1322 desarrolla una desacostumbrada pero pertinente operativización de términos, para precisar y ayudar a entender la nomenclatura tecnológica que contienen varias de sus disposiciones normativas. En ese sentido por ejemplo se incorporan, entre otros, los siguientes conceptos:

1. **Vigilancia electrónica personal.**— Es una medida ordenada por la autoridad judicial a pedido de parte, a favor de los procesados o condenados que revistan las condiciones previstas en los supuestos de aplicación de la norma, con la finalidad de monitorear y controlar el tránsito dentro de un radio de acción o desplazamiento.
2. **Sistema de vigilancia electrónica personal.**— Es un conjunto de procedimientos integrados por herramientas de software, hardware, medios de comunicación, soporte técnico y equipos responsables.
3. **Centro de monitoreo.**— Es el espacio donde se realiza el seguimiento y monitoreo de la vigilancia electrónica personal, registrándose los eventos que esta genere en su ejecución.
4. **Dispositivo electrónico.**— Artefacto o aparato electrónico que porta el beneficiario de la vigilancia electrónica personal el recolecta datos y los trasmite hacia el centro del monitoreo.

Ahora bien, en el artículo 3º del Decreto Legislativo 1323, se alude a las tres modalidades de aplicación que tiene la vigilancia electrónica personal. Esto es, como restricción en una medida cautelar de comparecencia; como medida alternativa para quienes son condenadas a penas privativas de libertad; y como instrumento de control y monitoreo de los internos que acceden a beneficios penitenciarios de semilibertad o liberación condicional. De todas ellas la que nos interesa destacar es la que se describe en el numeral 3.3, de la siguiente manera: “*Para el caso de condenados la vigilancia electrónica personal es un tipo de pena aplicable por conversión luego de impuesta una pena privativa de libertad efectiva, que será dispuesta por el Juez, a solicitud de parte, a fin de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado*”. Al margen de lo pretencioso y demagógico de la frase final contenida en dicho dispositivo, de él se infiere que la aplicación de la pena de vigilancia electrónica personal debe ocurrir en el acto de la sentencia y luego de pronunciada la

condena a pena privativa de libertad efectiva. Lo cual, a su vez, demanda que el pedido que requiere la ley debe tener lugar en una estación procesal anterior como lo será la del alegato de defensa o el de la última palabra del procesado. Solo así la pena de vigilancia electrónica personal tendría la condición de medida alternativa al encarcelamiento. De lo contrario, esto es, si ella se va a requerir o decidir luego de dictada la condena y estando ya en ejecución la pena privativa de libertad impuesta, perdería tal calidad y se convertiría, más bien, en un beneficio penitenciario de excarcelación anticipada. Al respecto, lo dispuesto en el literal b del artículo 6° del Decreto Legislativo 1322, que trata de la solicitud, es poco claro al señalar: *“Para el caso de condenados estos pueden solicitar la imposición de la vigilancia electrónica personal como alternativa a la pena privativa de libertad ejecutiva. En este supuesto, la vigilancia electrónica opera como un tipo de pena aplicable por conversión de conformidad con el artículo 29-A del Código Penal, promulgado por el Decreto Legislativo N° 635”*. Quizá hubiera sido mejor que esta norma aludiera al artículo 52° que trata, justamente, de la conversión de penas. En todo caso, la solicitud también puede plantearse como una pretensión principal o alternativa al formularse un recurso de impugnación del fallo condenatorio. De allí, pues, que resulte poco coherente con estas opciones el procedimiento que se regula en el Título III del Decreto Legislativo 1322. Sobre todo porque su formalidad y reglas son más apropiadas para los condenados que se encuentran encarcelados y procuran acceder a la vigilancia electrónica personal como una medida de excarcelación anticipada. Sin embargo, estas dudas pueden superarse en la práctica con el desarrollo de una estación adicional o audiencia especial, que se realizará inmediatamente después de la lectura del fallo, situación que no ha sido regulada ni en el Decreto Legislativo 1322 ni en su Reglamento, pero que tampoco ha sido considerada por el **Protocolo de Actuación Interinstitucional** aprobado por Resolución Ministerial N° 0163-2016-JUS del 11 de julio de 2016. Cabe señalar que la alternativa sugerida no se contrapone a ninguna de aquellas normas y reglas y una opción similar se había asimilado en el ya derogado artículo 8° de la Ley 29499.

El artículo 5° del Decreto Legislativo 1322 precisa que la vigilancia electrónica persona es aplicable a los condenados a penas privativas de libertad efectivas y no superiores a ocho años. Además, como se había mencionado anteriormente, la vigilancia electrónica personal es una pena perfilada. Esto es, su acceso punitivo toma en cuenta determinadas categorías de con-

denados a quienes se identifica como sus beneficiarios prioritarios. En efecto en el numeral 5°.2 se otorga tal condición a:

- Personas mayores de 65 años
- Personas que padezcan enfermedad grave acreditada con pericia médica.
- Personas con discapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento
- Mujeres gestantes
- Mujeres con hijos menores a tres años
- Madre o Padre que sean cabeza de familia con hijo menor de edad o con hijo o conyugue que tenga discapacidad permanente y haya estado bajo su cuidado.

Sin embargo, se excluye expresamente de la aplicación de esta pena sustitutiva, a los condenados por aquellos delitos que se detallan en el literal “c” del artículo 5°, como los homicidios calificados, las lesiones graves, el secuestro, la trata de personas, los delitos contra la libertad sexual, extorsión, tráfico ilícito de drogas, organización criminal, terrorismo, corrupción, entre otros. Cabe destacar que en este listado no se han incluido los **delitos de robo**. Igualmente, no es procedente esta modalidad punitiva, según el literal “d” del citado artículo, para los condenados reincidentes, habituales o aquellos que fueron objeto de revocación de un beneficio penitenciario u otra medida alternativa a la pena privativa de la libertad como la reserva del fallo condenatorio, la suspensión de la ejecución de la pena, o la conversión de penas.

Conforme a los artículo 29°-A. 3 y 52° del Código Penal, el juez para convertir las penas privativas de libertad en penas de vigilancia electrónica personal debe observar la siguiente ecuación de equivalencias: **un día de pena privativa de libertad se convierte en un día de pena de vigilancia electrónica personal**. Es importante destacar que el citado artículo dispone que la conversión puede decretarla el juez **de oficio**.

Finalmente, cabe destacar que la aplicación de la pena de vigilancia electrónica personal mantiene como presupuesto de su imposición el consentimiento expreso del condenado y que la concesión de la conversión pertinente debe ir acompañada de reglas de conducta que fijara la autoridad jurisdiccional (Cfr. Artículo 8° al 10°). Asimismo, conforme al artículo 14°.2, su ejecución conlleva la instalación de los dispositivos electrónicos de control y monitoreo, cuyo valor, debe ser “sufragado integralmente” por el condenado. No obstante según lo estipulado en el artículo 14.3: *“El Juez atendiendo los informes socioeconómicos del INPE po-*

*drá, excepcionalmente, eximir a los procesados o **condenados total o parcialmente del pago de los costos...***"

En el artículo 13° el Decreto Legislativo 1322 regula todo lo concerniente al régimen de sanciones que generan las infracciones a las reglas de conducta, que impuso la autoridad judicial al condenado a quien se aplicó por conversión la pena de vigilancia electrónica personal. La norma citada contempla dos sanciones: **amonestación y revocación**. La primera de ellas está prevista para los casos donde se incumple una regla de conducta o cuando el INPE informa de una **alerta leve**. Y, la segunda, en cambio, sólo se aplica cuando el condenado comete un nuevo delito doloso; se dicte en su contra prisión preventiva en otro proceso; infrinja de modo reiterado las reglas de conducta dispuestas; produzca un daño que inutiliza el dispositivo o servicio de monitoreo o control; o cuando el INPE reporte una **alerta grave o muy grave**. Ahora bien, la tipificación y naturaleza de **las alertas** se encuentran especificadas en el artículo 11° (Niveles de alerta) del Reglamento. En este mismo instrumento legal, el Capítulo III, que comprende únicamente al artículo 12°, detalla todo lo referente al procedimiento y ritos de la revocación judicial de la vigilancia electrónica personal. Al respecto, en el numeral 12°.3, se establece lo siguiente: "*Determinada la revocatoria de la medida, procede a la diligencia de desinstalación del dispositivo electrónico y se ordena el internamiento en un establecimiento penitenciario*". Pero, además, en el Capítulo IV del Reglamento se dispone que el condenado debe participar en los programas especiales de tratamiento en medio libre, que diseñe e implemente el INPE para coadyuvar a "*su proceso de resocialización*" (Cfr. Artículo 13°). Es más, en el artículo 14° se establece que el Juez debe incluir esta participación **como una regla de conducta obligatoria**, la cual, en un supuesto de incumplimiento puede determinar, según los casos, la revocatoria de la medida.

Sin embargo, hay un aspecto que no ha sido abordado de manera expresa o implícita, ni por el Decreto Legislativo 1322 ni por su Reglamento. Se trata de la eficacia de la revocación sobre la pena privativa de libertad que fue convertida en vigilancia electrónica personal y que será objeto de una reconversión. En efecto, no se ha regulado si cabe considerar un descuento en la extensión de dicha pena, a partir del tiempo de aplicación cumplido con la pena de vigilancia electrónica personal hasta antes de la decisión judicial revocatoria. Sobre esta omisión legal, consideramos que al igual que lo regulado en los artículos 53° y 54° del Código Penal, el Juez competente deberá decretar un descuent-

to en los mismos términos que se establecen en dichos artículos para el caso de penas privativas de libertad que fueron convertidas en multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres. Esto es, debe, pues, de operar también para la pena de vigilancia electrónica personal revocada la denominada "regla del retorno". En tal sentido, el descuento se hará con la misma equivalencia que se usó al momento de la conversión: **un día de vigilancia electrónica personal cumplido hasta antes de la revocación descontará un día de la pena privativa de libertad inicialmente impuesta al condenado**.

Para concluir este apartado sobre la reforma de la pena de vigilancia electrónica personal, es pertinente hacer mención al estado actual de su aplicación como piloto en el Distrito Judicial de Lima: Al respecto hay que señalar que a diciembre de 2017 sólo se habían aplicado catorce dispositivos electrónicos de los treinta propuestos en el Plan Piloto original. La aplicación de estos dispositivos electrónicos ha recaído siempre en personas que ya han estado cumpliendo la pena privativa de libertad que les fue impuesta. Esto es, la vigilancia electrónica personal en la actualidad viene operando sólo como una modalidad de excarcelación y no como medida alternativa al encarcelamiento. El valor mensual que los condenados deben abonar por el uso del dispositivo electrónico asciende a 750 soles, lo cual es considerado por los potenciales beneficiarios como excesivo. Se han detectado disfunciones en la tramitación y operatividad de las solicitudes por la administración penitenciaria. Y, entre enero y abril de 2018, se han dejado de formular pedidos para la aplicación de penas de vigilancia electrónica personal. Por tanto, cabe señalar, finalmente, que para el corto y mediano plazo el futuro de la pena de vigilancia electrónica personal en el Perú sigue siendo incierto y frustrante.

IV. LAVADO DE ACTIVOS Y PERSONAS JURÍDICAS

El Decreto Legislativo 1352 del 6 de enero de 2017, introdujo reformas importantes en el articulado de la Ley 30424 sobre **Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas**. Una de esas modificaciones fue la inclusión del delito de lavado de activos entre los hechos punibles que pueden dar lugar a la aplicación de las reglas, procedimientos y sanciones que contempla la aludida ley (Cfr. Artículo 1°).

En tal sentido, al haberse derogado también con el Decreto Legislativo 1352 el artículo 8° del texto original del Decreto Legislativo 1106, que estatuyó un

catálogo de consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas involucradas en operaciones de lavado de activos desde su organización, operatividad, servicios o fuentes de funcionamiento, **no cabe duda, pues, de que en la actualidad, solo es posible imponer a tales entes colectivos medidas administrativas** (Cfr. Unica Disposición Complementaria Derogatoria).

Al respecto, el artículo 5° diseña un amplio listado de medidas administrativas que analíticamente comprenden a las siguientes:

- Multa.
- Inhabilitación.
- Inhabilitación para contratar con el Estado con carácter definitivo.
- Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.
- Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal (una a cinco años) o definitivo.
- Disolución de la Persona Jurídica.

Ahora bien, lo interesante de otras normas conexas de la Ley 30424 es que el legislador incluye también catálogos de circunstancias agravantes o atenuantes en sus artículos 12° y 13°. Pero, además, diseña, adicionalmente, un sistema de reglas y criterios de determinación en el artículo 14° para la aplicación de medidas administrativas a las personas jurídicas. Según esta disposición legal el Juez debe tener en cuenta:

- La gravedad del hecho punible.
- La capacidad económica de la persona jurídica.
- La extensión del daño o peligro causado.
- El beneficio económico obtenido por el delito.
- El móvil para la comisión del delito.
- El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona natural u órgano que incumplió el deber de control.

El grupo de **circunstancias atenuantes** que ha regulado la ley citada contempla los siguientes indicadores:

- La colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, hasta antes del inicio de la etapa intermedia.
- El impedimento de las consecuencias dañosas del ilícito.
- La reparación total o parcial del daño.

- La adopción o complementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención.
- La acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención.
- La confesión debidamente corroborada de la comisión del delito, con anterioridad a la formalización de la investigación preparatoria con excepciones por flagrancia, irrelevancia probatoria de la admisión de cargos o por reincidencia

Luego, en relación con las **circunstancias agravantes**, la ley alude a los siguientes supuestos:

- La utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de delitos de lavado de activos cuando se acredite la cultura y actividad criminal del ente colectivo.
- Estructura organizacional y órganos o unidades con finalidad y actividades criminales.
- La reincidencia.

Asimismo, en su artículo 17° la Ley de Sanciones Administrativas Aplicables a Personas Jurídicas, incorpora una **eximente de punibilidad** o, mejor dicho, de sanción administrativa, para aquellos casos donde la Persona Jurídica implicada haya organizado e implementado debidamente, con anterioridad al hecho punible producido, un programa preventivo de cumplimiento.

Resulta, pues, expectante el tratamiento que merecen actualmente las personas jurídicas que facilitan, materializan o encubren delitos de lavado de activos. De momento, no existe aún doctrina y jurisprudencia consolidada que esclarezcan las posibilidades y problemas que surgen de las nuevas disposiciones legales sobre esta materia. Esta interesante cuestión práctica debe ser, pues, en el futuro inmediato unos de los principales objetos del debate teórico y judicial, ya que, como lo hemos destacado siempre, los delitos del lavado de activos son en esencia **típicas modalidades de criminalidad de personas jurídicas**. Sobre todo, cuando ellas asumen estructuras disfuncionales, “de papel”, “de fachada” o de sofisticadas empresas *off shore*. En estos casos hay que aplicar sanciones penales apropiadas y no medidas administrativas, algo que aun, lamentablemente, el legislador peruano busca evadir.



Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018) *Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018*

Ucrania

Volodymyr Hulkevych

Doctor en Derecho, Fiscalía de la Provincia de Ivano-Frankivsk, Ucrania

El legislador ucraniano continuó la práctica negativa de introducción de modificaciones numerosas, pequeñas, a veces contradictorias a unas u otras normas de los Códigos Penal y Procesal Penal.

I. MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL DE UCrania

En el transcurso de los años 2015-2018 al Código Penal de Ucrania (en lo sucesivo, CP de Ucrania) se introdujeron modificaciones y suplementos mediante 46 Leyes de Ucrania. El número considerable de modificaciones y suplementos al CP de Ucrania había sido condicionado por la ocupación de la República Autónoma de Crimea por parte de la Federación Rusa que empezó en 2014 y por las acciones militares en la parte ocupada del territorio de las regiones de Donetsk y Lugansk.

1. Modificaciones al Título XIX de la Parte Especial del CP “Delitos contra el régimen establecido de cumplimiento del servicio militar (delitos militares)”

Mediante la Ley de Ucrania N° 194-VIII de 12 de febrero de 2015 “Sobre introducción de modificaciones al Código Penal de Ucrania y reforzamiento de la responsabilidad por ciertos delitos militares” se introdujeron modificaciones y suplementos a 18 artículos del Título mencionado del CP.

Particularmente, en el art. 402 del CP “Insubordinación” ha sido añadida una nota, en la que se define el contenido de la noción de la “situación de combate”.

En particular, por la presente Ley había sido reforzada la responsabilidad por la comisión de semejantes delitos militares como “Incumplimiento del bando” (art. 403), “Resistencia a un superior o su provocación para que viole las obligaciones de servicio” (art. 404), “Amenaza o violencia contra un superior” (art. 405), “Abandono sin autorización de la unidad militar o lugar de servicio” (art. 407), “Deserción” (art. 408), “Evasión al servicio militar mediante inutilización o por cualquier otro modo” (art. 409), “Hurto, apropiación, exacción de armas, municiones, explosivos u otras sustancias de guerra, vehículos, técnica militar y especial u otro patrimonio militar, cometidos por un militar, así como su apoderamiento mediante estafa o abuso de autoridad” (art. 410), “Destrucción o daño intencionados del patrimonio militar” (art. 411), “Extravío del patrimonio militar” (art. 413), “Infracción de las normas reglamentarias de centinela o patrulla” (art. 418), “Infracción de las reglas de guardafronteras” (art. 419), “Infracción de las reglas de guardia de combate” (art. 421), “Infracción de las normas reglamentarias del servicio interior” (art. 425), “Inacción del poder militar” (art. 426), “Abandono de un buque de guerra siniestrado” (art. 428), “Uso ilegal de simbología de la Cruz Roja, Media Luna Roja, Cristal Rojo y abuso de la misma” (art. 435).

El reforzamiento de la responsabilidad penal por los delitos mencionados consistía en el aumento de los plazos máximos de privación de libertad por su comisión bajo la condición de existencia de las circunstancias agravantes.

Además, ha sido instituida la responsabilidad penal por comisión de los delitos militares mencionados durante el periodo especial, salvo el estado de guerra. De conformidad con el art. 1 de la Ley de Ucrania N° 1932-XII de 06 de diciembre de 1991 “Sobre defensa

de Ucrania” el periodo especial es el periodo que surge a partir del momento de declaración de la decisión sobre la movilización (a excepción de la especial) o cuando los ejecutores se notifiquen sobre la misma, cuando se trate de la movilización encubierta, o a partir del momento de declaración del estado de guerra en Ucrania o en sus regiones determinadas y abarca el tiempo de movilización, tiempo de guerra y parcialmente el periodo de reconstrucción, una vez finalizadas las acciones militares.

Además de esta Ley, las modificaciones y suplementos a artículos que prevén la responsabilidad penal por delitos militares se introducían también por otras leyes durante los años 2015-2018.

2. Modificaciones al CP en materia de reforzamiento de la responsabilidad penal por delitos contra periodistas

Mediante la Ley de Ucrania N° 421-VIII de 14 de mayo de 2015 “Sobre introducción de modificaciones a ciertas actas legislativas de Ucrania en materia de incremento de garantías de la actividad profesional de periodistas” se modificó el nombre del Título XV que tiene la denominación “Delitos contra la autoridad de órganos del poder estatal, órganos de autogestión local, asociaciones de ciudadanos y delitos contra periodistas” y a éste adicionaron cuatro artículos nuevos.

En particular, a tenor del párr. 1 del art. 345¹ del CP, fue establecida la responsabilidad penal reforzada por la amenaza de asesinato, violencia, destrucción o daño de bienes del periodista, de sus familiares cercanos o miembros de la familia debido a la realización por el periodista de la actividad periodística profesional legal. En los párrs. 2 y 3 de la misma norma se prevé la pena por haber golpear, causar daños corporales ligeros, medianos y graves al periodista, familiares cercanos, a causa de la realización de la actividad periodística profesional por este periodista.

En la nota al art. 345¹ del CP se define que bajo la actividad profesional del periodista hay que comprender una actividad sistemática de la persona, vinculada con la recolección, recepción, creación, propagación, conservación u otra utilización de la información con la finalidad de su divulgación para un círculo indefinido de personas a través de los medios de comunicación masiva, empresas de televisión, agencias de información, red de Internet. El estatus del periodista o su pertenencia al medio de información masiva se comprueba mediante su cédula de redacción u oficial u otro documen-

to, expedido por el medio de información masiva, su redacción o unión profesional o creativa de periodistas.

Con arreglo a los arts. 347¹, 348¹ y 349¹ del CP se calificaron como cuerpos separados del delito la destrucción o daño intencionales del patrimonio del periodista, asesinato o intento de asesinato del periodista, rapto o mantenimiento en calidad de rehén del periodista, sus familiares cercanos o miembros de la familia debido al cumplimiento de la actividad profesional legal por este periodista.

3. Modificaciones al CP en materia de reforzamiento de la responsabilidad penal por los delitos económicos

Mediante la Ley de Ucrania N° 629-VIII de 16 de julio de 2015 “Sobre introducción de modificaciones a determinadas actas legislativas de Ucrania en materia de perfeccionamiento del sistema de garantía de depósitos de las personas físicas y eliminación de los bancos insolventes del mercado” habían adicionado dos artículos al Título VII “Delitos económicos” de la Parte especial del CP.

En particular, de conformidad con el art. 220¹ del CP reconocieron como delitos una serie de actos cometidos por el gerente o funcionario del banco que consistían en inclusión de datos falsos a las bases de datos de depositantes del banco. Además, adicionaron al CP el art. 220² que determina como hechos penalmente punibles la falsificación de documentos financieros e informes de una organización financiera, encubrimiento de la insolvencia de una entidad bancaria o razones para revocar (cancelar) la licencia a una entidad bancaria.

4. Modificaciones al CP en materia de régimen de cómputo del plazo de privación de libertad

Por la Ley de Ucrania N° 838-VIII de 26 de noviembre de 2015 “Sobre introducción de modificaciones al Código Penal de Ucrania en materia de perfeccionamiento del régimen de inclusión por parte del tribunal del plazo de la prisión provisional en el plazo de la pena” había sido modificado el párr. 5 del art. 72 del CP a tenor del cual el plazo de la prisión provisional en caso de condenación a la privación de libertad dentro del marco del mismo procesamiento penal por el que se le aplicó a la persona la prisión provisional, un día de prisión provisional se computará como dos días de privación de libertad.

La aplicación de este cómputo se explicaba por las condiciones indebidas de mantenimiento en las cárceles preventivas de instrucción de personas que se man-

tenían en éstas durante largo rato mientras se llevaban a cabo la instrucción prejudicial y el proceso judicial.

Dentro de cierto tiempo esta novedad había sido reconocida inoportuna, puesto que permitió salir a la libertad a muchas personas condenadas a la privación de libertad por delitos graves y sumamente graves. A consecuencia, la Ley de Ucrania N° 2046-VIII de 18 de mayo de 2017 “Sobre introducción de modificaciones al Código Penal de Ucrania en materia de acumulación de penas y cómputo del plazo de la prisión provisional” la disposición mencionada había sido cancelada.

Además de las innovaciones al CP, en los años 2015-2017 se introdujeron también otras modificaciones a las Partes General y Especial del Código. A la vez, durante muchos años la Rada Suprema de Ucrania no adopta la Ley sobre contravenciones penales, llamado a reformar la legislación sobre la responsabilidad penal.

II. CÓDIGO PROCESAL PENAL DE UCRANIA

La elaboración de leyes en el campo del proceso penal tampoco se destaca por su consecuencia y lógica. En el transcurso de los años 2015-2018 al Código Procesal Penal de Ucrania (en lo sucesivo, CPP) se introdujeron modificaciones y suplementos mediante 35 Leyes de Ucrania. A veces las modificaciones recientes se cancelaban por otras leyes.

1. Modificaciones al CPP en materia de administración de justicia por el Tribunal Supremo de Ucrania

Mediante la Ley de Ucrania N° 192-VIII de 12 de febrero de 2015 “Sobre instancia de aseguramiento del derecho al juicio justo” los arts. 445, 449-458 del Capítulo 33 “Enjuiciamiento en el Tribunal Supremo de Ucrania” del CPP. Las estipulaciones de los artículos mencionados del Código definían el régimen de revisión por parte del Tribunal Supremo de Ucrania de las decisiones judiciales en los procesos penales después de la adopción de decisiones por el órgano jurídico de casación que en aquel entonces era el Tribunal Supremo Especializado de Ucrania en examen de asuntos civiles y penales.

Las estipulaciones de las normas mencionadas del CPP estaban en vigor durante dos años y fueron canceladas por la Ley de Ucrania N° 2147-VIII de 03 de octubre de 2017 “Sobre introducción de modificaciones al Código Procesal Económico de Ucrania, Código Procesal Civil de Ucrania, Código de Procedimiento

Judicial Administrativo de Ucrania y otras actas legislativas”. Debido a la reforma del sistema judicial realizado había sido liquidado el Tribunal Supremo Especializado de Ucrania en examen de asuntos civiles y penales y desde aquel entonces el órgano judicial de casación del procedimiento judicial penal es el Tribunal Supremo.

2. Modificaciones a las normas del CPP que regulan el secuestro de bienes durante el proceso penal

Mediante la Ley de Ucrania N° 769-VIII de 10 de noviembre de 2015 “Sobre introducción de modificaciones al Código Procesal Penal de Ucrania en materia de ciertas cuestiones de secuestro de bienes con la finalidad de eliminar riesgos de corrupción durante su aplicación” habían sido introducidos modificaciones y suplementos al art. 170 del CPP “Secuestro de bienes” y otras normas del Código.

Las modificaciones introducidas reforzaron la observación de los derechos del propietario. En particular, el valor de los bienes sujetos a secuestro, salvo los casos de secuestro para asegurar la confiscación, tenía que ser proporcional al valor del daño causado por la infracción penal o señalado en la demanda civil, al valor del lucro ilegal recibido o que pudiera ser recibido por la persona jurídica. Ha sido establecida la prohibición de secuestro de bienes pertenecientes a un comprador inocente. Se determinó que la prohibición o restricción de uso, administración de bienes podían aplicarse solo en casos, cuando existan circunstancias que avalen que su desuso produzca la desaparición, pérdida, destrucción, transformación, traslado, enajenación de bienes.

Además, al CPP se introducían numerosas modificaciones que se referían a las cuestiones de competencia de los procesos penales, régimen de realización de ciertas acciones de instrucción, organización del funcionamiento de juzgados, etc.

III. CONCLUSIONES

La Rada Suprema de Ucrania no logró realizar durante los años 2015-2018 reformas complejas de la legislación penal y procesal penal, las modificaciones a los CP y CPP tenían carácter fragmentario. Ciertas novedades de la legislación resultaron falladas, no contribuían a la confirmación de la prioridad del Derecho y habían sido canceladas tras un periodo corto después de su introducción.



Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018)

Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018

Uruguay

Pablo Galain Palermo

Pamela Cruz

Observatorio Latinoamericano para la investigación en Política Criminal y en las reformas en el Derecho Penal (OLAP, <http://olap.fder.edu.uy/>), Universidad de la República, Montevideo, Uruguay

1. Entre las reformas legislativas al derecho penal material cabe destacar la ley 19.538 de octubre de 2017 que modifica las circunstancias agravantes del delito de homicidio en el numeral 1°, agrega el numeral 5°, 7° y 8° del Art. 311 del Código Penal (en adelante, CP). Una de las modificaciones más polémicas, pero también más reclamadas por movimientos sociales fue la creación de la agravante de feminicidio (numeral 8 del Art. 311 CP) para quien diere muerte a una mujer. En la exposición de motivos se dijo que “*Con estas modificaciones, se pretende disponer de una herramienta más, a los efectos de abordar el problema acuciante que significa la violencia basada en género en nuestro país, principalmente la muerte de mujeres víctimas de sus parejas o ex parejas*”. El mensaje normativo es que se castigará con mayor pena a quienes tengan motivos discriminatorios para dar muerte. El panorama social en el que se regulan estas modificaciones puede describirse con cifras tales como que hasta noviembre de 2017 veintitrés mujeres murieron de forma violenta por parte de sus parejas o familiares y en lo que va del presente año la cifra ya llega a veinte mujeres. Asimismo “*Uruguay pasó de registrar a nivel policial 6.802 denuncias de violencia doméstica en el año 2005 a 12 años después, finalizar el año 2017 con más de 39.000 denuncias de violencia doméstica*”. Por primera vez, en la Sentencia 41/2018 del 24 de mayo, dictada por el Juzgado Letrado de primera instancia de Rivera de 7°

turno, se condenó al imputado por un delito de Homicidio muy especialmente agravado por el numeral 8° del 311 CP. La ley 19.580 de enero de 2018 también establece una serie de modificaciones al CP en cuanto a la violencia hacia las mujeres basada en cuestiones de género.

Con la Ley 19.551 se modificó el Código de la niñez y la adolescencia en cuanto al procedimiento que se llevará adelante para la investigación de la responsabilidad penal adolescente.

Finalmente, en materia financiera y de *lucha* contra determinadas formas de criminalidad, mencionar la aprobación de la Ley 19.484 de 05.01.017 de transparencia fiscal, que con la promoción de la OCDE y el GAFI significó un duro golpe a las facilidades que ofrecía Uruguay en materia de inversiones de capital y de seguridad bancaria, entre otras cosas, porque puso fin al secreto bancario (Art. 16), exigió la identificación del beneficiario final (tanto residentes como no residentes, Arts. 22 a 24) y su comunicación al Banco Central del Uruguay. En el mismo sentido, ley integral contra el lavado de activos (19.574) compila los textos (leyes, decretos, resoluciones) existentes hasta el momento en esta materia; regula al delito de lavado de activos como un delito autónomo (Art. 36); amplía la lista de los delitos precedentes (Art. 34) y establece a la defraudación tributaria como uno de ellos; amplía el espectro de los sujetos obligados incluyendo a escribanos, abogados y contadores; y entre otras cosas, comete la creación de la Comisión Coordinadora contra el Lavado de Activos y financiamiento del terrorismo la cual dependerá de la Presidencia de la República (Art. 1). Véase que “esta ley responde a una política criminal que persigue la recuperación de los activos para las arcas estatales, para cuya realización se obliga a sujetos privados a llevar a cabo tareas de fiscalización o de policía financiera, en

muchos casos en contra de sus principios profesionales o intereses comerciales o, al menos, poniendo en riesgo la captación de clientes de buen poder adquisitivo”.

2. La reforma fundamental de este periodo, sin embargo, se produjo en material procesal penal. Tras largos años de sistema inquisitivo en noviembre de 2017 comenzó a regir un sistema acusatorio de tipo adversarial (en adelante, CPP). Esta norma significa un cambio de paradigma en materia procesal y, como tal, es motivo de gran incertidumbre político criminal en cuanto al nuevo relacionamiento de la Policía con el Ministerio Público, pues ahora este dispone del principio de oportunidad. Al parecer los jueces se han adaptado bien a su nuevo papel de custodio de las garantías procesales y de la igualdad de armas en materia procesal. La creación de las alternativas procesales mediante suspensión condicional y otros acuerdos de reparación y/o mediación, es otro de los motivos de reclamos de quienes argumentan que el número de personas en prisión ha disminuido y que la norma brinda demasiados espacios para el consenso. En realidad, parte de la opinión pública y operadores que no comparten el nuevo sistema pretenden imponer la idea de que el nuevo sistema es responsable de los defectos en la política pública de seguridad y de prevención del delito, como si el código procesal para los delitos ya cometidos fuera el culpable de la violencia presente y de los delitos futuros.

3. El nuevo CPP exige que la Policía ponga en inmediato conocimiento del fiscal la existencia de un presunto delito, quien puede iniciar la persecución penal cuando *“existan elementos objetivos suficientes que den cuenta de la comisión de un delito y de la identificación de sus presuntos responsables”*. Para ello debe presentar el caso ante el juez correspondiente solicitándole una audiencia de formalización, que tiene que ser fijada en un plazo que no exceda los 20 días, en la que puede llegar admitir o rechazar la formalización solicitada por la fiscalía. Admitido el caso, el fiscal deducirá acusación y el juez deberá emplazar al defensor por el plazo de 30 días quien podrá asumir distintas actitudes. En un plazo no mayor a 10 días, el juez deberá convocar a las partes a la audiencia de control de acusación. Es necesario aclarar que en estas audiencias pueden tener lugar los acuerdos ya mencionados. Finalmente, dentro de los 3 días de concluida la audiencia se deberá redactar el auto de apertura a juicio (269 CPP) y remitirlo al *“juez respectivo”* quien dentro de los 5 días deberá comunicar a las partes la intervención del nuevo juez, y la fecha de audiencia (fijada en un plazo no menor a 10 días ni mayor a 3 meses). Es este nuevo juez,

quien decidirá y deberá dictar sentencia en audiencia o excepcionalmente fuera de ella.

4. El cambio de paradigma se da porque el fiscal asume las funciones de dirección de la investigación que antes estaban en poder de un mismo juez (que investigaba, sometía a proceso y acusaba), porque la Policía pasa a ser auxiliar de la fiscalía, y porque existe pluralidad de jueces según las etapas procesales. La escritura deja paso a la oralidad, el secreto se sustituye por la publicidad, la celeridad y los plazos concretos asumen la orientación del proceso, y la prisión preventiva deja de ser preceptiva y usada como adelanto de pena para convertirse en instrumento cautelar. Orgánicamente el Ministerio Público y Fiscal se convirtió en un órgano descentralizado (Ley 19.334 de 2015). Con la nueva estructura se cambia el sistema de distribución de casos, que ya no se realiza por zonas geográficas sino según el tipo de delito del que se trate. La unidad organizativa de fiscalía Depuración, Priorización y Asignación de denuncias (DPA), es la encargada de asignar el caso a la fiscalía correspondiente. El nuevo sistema muestra un esquema compuesto por: fiscalías letradas penales de Montevideo de flagrancias; fiscalías letradas penales de Montevideo para crímenes de lesa humanidad; fiscalía letrada penal de Montevideo de homicidio; fiscalía especializada en crimen organizado; fiscalías letradas penales de Montevideo de delitos económicos y complejos; fiscalías letradas penales de Montevideo de Delitos Sexuales, Violencia Doméstica y Violencia basada en Género; fiscalía de aduana y hacienda de Montevideo; fiscalía letrada de adolescentes en Montevideo; fiscalía letrada especializada en violencia domestica; y fiscalías letradas departamentales, para los casos del resto del país.

5. La participación del abogado defensor es obligatoria desde las primeras indagaciones (Art. 7).

6. El nuevo sistema admite la participación de la víctima que, por un lado, puede ser oída e informada, así como aportar prueba incriminatoria (Arts. 81) y, por otro lado, puede llegar a resolver el conflicto con el presunto autor siempre que el caso pueda admitir instancias de mediación (Art. 382). A su vez, la víctima puede ser destinataria de la reparación del daño, mediante acuerdos de reparación dentro de las distintas posibilidades que existen para la resolución del conflicto mediante alternativas al proceso (Arts. 393).

7. El CPP establece que una vez realizada la formalización el fiscal puede acordar con el imputado la aplicación del proceso abreviado siempre que se cumpla con lo establecido en la ley. Este consta de que si el imputado *“en conocimiento de los hechos que se le*

atribuyen y de los antecedentes de la investigación, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este proceso”, el Fiscal aplicará este proceso y al solicitar la pena puede “disminuir la solicitud hasta en una tercera parte de aquella aplicable al caso concreto”. El juez en audiencia, debe controlar el cumplimiento de estos requisitos y dictar sentencia. Por su parte, la mediación extraprocesal como medio alternativo de solución de conflictos está regulado en el artículo 382 del CPP el cual se podrá utilizar solo en “conductas con apariencia delictiva que no revistan gravedad”, debe existir conformidad entre el presunto autor y la presunta víctima, no procederá en los casos que la ley expresamente no lo permite y el poder judicial solo controlará su cumplimiento. La suspensión condicional del proceso permite el acuerdo del fiscal con el imputado, mediante el cual se solicita al juez suspenda el proceso hasta el cumplimiento de la condición u obligación a la que el presunto autor se compromete (Arts. 383 y ss). Los acuerdos materiales o simbólicos como medio alternativo de solución del conflicto pueden invocarse desde la formalización y durante todo el proceso siempre que se cumpla con las condiciones establecidas por la ley (Arts. 393 y ss.)

8. El nuevo proceso penal ahora se regula por los principios acusatorios, del debido proceso legal, prohibición del *non bis in idem*, defensa técnica, publicidad, contradicción, duración razonable, gratuidad, oficialidad, oralidad e inmediación.

9. Lamentablemente, el sistema puede sufrir modificaciones en el corto plazo, pues el poder ejecutivo ha pretendido reaccionar a las críticas sobre la inseguridad pública enviando un proyecto de reforma procesal que destruye la orientación sistémica del mismo y lo convierte nuevamente en un híbrido desde el punto de vista procedimental. En ese proyecto, por un lado, se clarifican algunas cuestiones sobre el relacionamiento entre policías y fiscales y, por otro lado, y aquí lo que aún no tendría consenso parlamentario, se pretende reinstaurar la prisión preventiva obligatoria para reincidentes y para autores de determinados delitos. Como se ve, los cambios de paradigma en materia penal no están exentos de marchas y contramarchas, avances y retrocesos, que en definitiva describen el grado de cultura jurídica y de civilismo de una sociedad.

Notas

1 Redacción nueva del numeral 1° del artículo 311 “Cuando se cometiere en la persona del ascendiente o del descendiente legítimo o natural, del hermano legítimo o natural, del padre o del hijo adoptivo, del cónyuge, del concubino o concubina; y también cuando se cometiere en la persona del excónyuge, del exconcubino o exconcubina o de alguien con quien el agente tuviere o hubiere tenido una relación de afectividad e intimidad de índole sexual, si el vínculo anterior o actual fue la causa del delito y no se configurare una circunstancia agravante muy especial”.

2 Redacción del numeral 5° del artículo 311 del Código Penal “Si se hubiera cometido en presencia de personas menores de edad”.

3 Redacción del numeral 7° del artículo 311 del Código Penal “Como acto de discriminación por la orientación sexual, identidad de género, raza u origen étnico, religión o discapacidad”.

4 Redacción del numeral 8° del artículo 311 del Código Penal “(Femicidio) Contra una mujer por motivos de odio, desprecio o menosprecio, por su condición de tal. Sin perjuicio de otras manifestaciones, se considerará que son indicios que hacen presumir la existencia del móvil de odio, desprecio o menosprecio, cuando: a) A la muerte le hubiera precedido algún incidente de violencia física, psicológica, sexual, económica o de otro tipo, cometido por el autor contra la mujer, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima. b) La víctima se hubiera negado a establecer o reanudar con el autor una relación de pareja, enamoramiento, afectividad o intimidad. c) Previo a la muerte de la mujer el autor hubiera cometido contra ella cualquier conducta que atente contra su libertad sexual. En todos los casos, las presunciones admitirán prueba en contrario”.

5 <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/D2017090671-014040865.pdf>.

6 <http://www.inmujeres.gub.uy/92152/libres-de-violencia>

7 <https://www.minterior.gub.uy/index.php/unicom/noticias/5552-la-violencia-entre-taparse-los-ojos-o-prevenir>

8 <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19580-2017>.

9 Ley número 17823 con sus modificativas.

10 Galain Palermo, Pablo, “Lavado de activos en Uruguay: ¿Cómo y hasta dónde dirigir la política criminal internacional de lucha contra enemigos cuando se trata de los amigos?”, de próxima publicación.

11 La investigación deberá iniciarse (artículo 256 CPP): “a) cuando exista flagrancia delictual; b) por denuncia o instancia, formulada de acuerdo con las previsiones de este Código; c) por iniciativa del Ministerio Público, cuando haya tenido conocimiento del hecho por cualquier medio idóneo”

12 Artículo 266 del Código del Proceso Penal.

13 Por escrito salvo que el indagado se encuentre detenido, caso en el cual deberá solicitarlo verbalmente y la audiencia se deberá realizar dentro de las 24 horas desde la detención (artículo 266.4)

14 <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3499527.htm>.

15 Artículos 272 y 273 del CPP.

16 Artículo 272 del CPP

17 Artículo 273.2 del CPP

Sistemas penales comparados



Reformas en la legislación penal y procesal (2015-2018) *Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period 2015-2018*

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

*Doctor en Derecho Penal. Juez Penal
Profesor de Derecho Penal General y Especial
Profesor de Postgrado de Procesal Penal
Individuo de Número de la Academia de
Ciencias Jurídicas del Estado Zulia*

I. INTRODUCCIÓN

Desde la vez anterior que escribimos en relación con este mismo tema, de las reformas penales y procesales en nuestros respectivos países, en la Revista Penal No. 36 de julio de 2015, en Venezuela han seguido proliferando leyes y más leyes, incrementando así el caos en la legislación penal, la mayoría de ellas con el único objeto de calmar el apetito voraz, insaciable e incansable del gobierno, de controlar todas las actividades de la población, muy especialmente las económicas. Para colmo, son leyes promulgadas directamente por el Ejecutivo Nacional, no por la Asamblea Nacional o parlamento, como sería lo normal en cualquier otro país democrático, fundamentándose la promulgación de esos Decretos-Leyes, en poderes legislativos especiales otorgados por la anterior Asamblea Nacional al actual Presidente de la República, aprovechando que hasta ese momento (diciembre de 2015), el sector oficialista era mayoría en la Asamblea Nacional, situación que cambió radicalmente en esa fecha, cuando la oposición ganó abrumadoramente las elecciones legislativas nacionales.

La facultad de legislar en algunas materias, le fue otorgada al Presidente Maduro a través de una Ley Habilitante, método ya ampliamente utilizado por el anterior Presidente, Hugo Chávez Frías, para que promulgara leyes mediante Decretos, vía muy cuestionada

por parte de juristas y catedráticos, que consideran que ese medio sólo debe ser utilizado en situaciones sumamente excepcionales, únicamente en caso de alguna emergencia nacional que lo justifique, como sería, por ejemplo, una catástrofe pública de muchísima magnitud, y no como una vía ordinaria y normal de legislar. Por otro lado, las habilitaciones que se le han dado al Presidente han sido muy generales y casi ilimitadas, así como con duraciones excesivamente largas, de hasta un año, alegando “emergencias económicas” inexistentes, eludiendo así el Ejecutivo Nacional el control legislativo y ciudadano, ya que son Decretos-Leyes que se promulgan sin discusiones ni consultas públicas, sin análisis detallados artículo por artículo, y sin la participación de universidades, academias, colegios de abogados, ni juristas reconocidos, como debiera ser, para poder garantizar la absoluta y necesaria transparencia, así como la aceptación y el consenso de la población.

De esa manera legal, pero irregular y no democrática, el 30 de diciembre de 2015, fueron promulgadas por el presidente Nicolás Maduro, 13 nuevas leyes. Dándose el caso que en la Gaceta Oficial No. 40.819, simplemente se hacen los enunciados de esas leyes, ya que los detalles de esas diferentes leyes, aparecen en las Gacetas Oficiales Extraordinarias N° 6.210 y N° 6.211, de esa misma fecha. Dichas 13 nuevas leyes aprobadas por el Jefe de Estado, fueron las siguientes: 1. Ley de Impuesto Sobre la Renta; 2. Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación del Oro y demás Minerales Estratégicos; 3. Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos; 4. Ley de Impuesto a las Grandes Transacciones Financieras; 5. Ley Orgánica de Fronteras; 6. Ley Orgánica para el Desarrollo de las Actividades Petroquímicas; 7. Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; 8. Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público; 9.

Ley del Estatuto de la Función Policial; 10. Ley del Mercado de Valores; 11. Ley del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria —Seniat—; 12. Ley de la Actividad Aseguradora; y 13. Ley Orgánica de Reforma Parcial de la Ley del Banco Central de Venezuela. Muchas de esas 13 leyes ya existían y se trata en realidad de simples reformas, en todo caso, sólo analizaremos brevemente las que contienen normas penales.

Luego de que el gobierno perdió las elecciones legislativas en diciembre de 2015, donde triunfó ampliamente la oposición, logrando la mayoría de las dos terceras partes de los diputados de la Asamblea Nacional (AN). De inmediato el Ejecutivo resolvió utilizar todos los medios a su alcance, para desconocer la voluntad popular y para ello se valió de los demás poderes públicos, totalmente dominados por el oficialismo, especialmente del Consejo Nacional Electoral (CNE) y de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), cuestionando la validez de la elección de tres diputados del Estado Amazonas y declarando en desacato a la Asamblea Nacional, desconociendo con esa artimaña sus decisiones y las leyes por ella dictadas, para, finalmente, en julio de 2017, convocar la elección de una Asamblea Nacional Constituyente (ANC), en forma ilegal e inconstitucional, sin cumplir con los requisitos exigidos por la Constitución, necesarios para poder hacer dicha convocatoria, para finalmente, mediante una elección no democrática, donde incluso ya la mitad de sus miembros estaban previamente seleccionados del sector oficialista, del partido de gobierno y organizaciones afines, lograr su objetivo, crear un organismo “supraconstitucional”, con poderes absolutos e ilimitados, para suplantar a la Asamblea Nacional democráticamente electa un año y medio antes.

La oposición, lógicamente, se negó a participar en dicho fraude electoral, pero el gobierno igualmente realizó la “elección”, donde, aún cuando fue evidente que se observó muy poca asistencia, sin embargo, como siempre, las cifras oficiales del CNE indicaron una participación masiva, de más de 8 millones de votantes, lo cual fue cuestionado no sólo por la oposición y la comunidad internacional, sino también por la misma empresa que desde 2004 había estado manejando las máquinas de votación (Smartmatic), en todas las elecciones anteriores, que refutó los resultados dados por el CNE, indicando que estaban inflados en por lo menos un millón de votos, renunciando a continuar prestando servicios al CNE y retirándose del país, quedando demostrado así claramente el fraude perpetrado.

Cómo se puede fácilmente colegir, y dejando a un lado los cuestionamientos sobre la legalidad de la ANC, lo cierto es que con la aparición de esta “Asamblea Nacional Constituyente”, el caos legislativo en Venezuela ha aumentado en vez de disminuir, así que la situación en materia penal y procesal penal está cada vez peor.

II. DECRETOS LEYES PROMULGADOS POR EL PRESIDENTE MADURO EN 2015

De los Decretos-Leyes promulgados por el Presidente Maduro en 2015, por razones de espacio, voy a referirme únicamente al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, publicado en fecha 30 de diciembre de 2015, en la Gaceta Oficial N ° 6.210 Extraordinario, por ser una reforma de la Ley del Régimen Cambiario y sus Ilícitos, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.150 Extraordinario del 18 de noviembre de 2014, que tipifica como hechos punibles a una serie de actos relacionados con la obtención, uso y manejo de divisas. Todo debido a la situación irregular de control de cambio, que se estableció “provisionalmente” hace 14 años y que cada día se ha puesto más rígida, pretendiendo mantenerla a la fuerza, criminalizando todas las conductas y operaciones cambiarias, que son absolutamente normales es cualquier otro país civilizado.

1. 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. Estas son las disposiciones de dicho decreto-Ley, que establecen penas de prisión y de multas:

“Artículo 20. **Presentación de documentos o información falsa o forjada.** Quienes a los efectos de participar o realizar operaciones relacionadas con el régimen cambiario, presenten o suscriban balances, estados financieros y en general, documentos o recaudos de cualquier clase o tipo que resulten falsos o forjados, o presenten información o datos que no reflejen su verdadera situación fiscal, financiera o comercial, serán sancionados con pena de prisión de tres (3) a cinco (5)

años y multa equivalente a diez Unidades Tributarias (10 U.T.) vigente para la fecha de la sentencia condenatoria, por cada dólar de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra divisa, del monto correspondiente a las divisas solicitadas”.

Este artículo sustituye al art. 16 de la Ley anterior, en los mismos términos, pero con aumento de la pena corporal, que antes era de 1 a 3 años de prisión, y la pena de multa, que antes era de apenas 5 décimas de unidad tributaria (0,5 UT).

“Artículo 21. **Adquisición de divisas mediante engaño.** Quienes adquieran divisas a través de los mecanismos administrados por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas, mediante engaño, alegando causa falsa o valiéndose de cualquier otro medio fraudulento, serán sancionados con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa equivalente a doce (12) Unidades Tributarias (12 U.T.) vigente para la fecha de la sentencia condenatoria, por cada dólar de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra divisa, del monto correspondiente a la respectiva operación cambiaria, además de la venta o reintegro de las divisas al Banco Central de Venezuela. Si el engaño, la causa falsa o el medio fraudulento que se empleare son descubiertos antes de la liquidación de las divisas, la pena privativa de libertad se rebajará conforme a las disposiciones del Código Penal”.

Este artículo sustituye al art. 17 de la anterior Ley, en los mismos términos, pero con aumento de la pena corporal, que antes era de 3 a 7 años de prisión, y la pena de multa, que antes era de apenas 5 décimas de unidad tributaria (0,5 UT).

“Artículo 22. **Uso de tipo de cambio no oficial para establecer precios.** Quienes promocionen, comercialicen o determinen los precios de bienes y servicios utilizando como referencia un tipo de cambio distinto a los permitidos por la normativa cambiaria o al fijado para la operación cambiaria correspondiente por la administración cambiaria, será sancionado con prisión de siete (7) a doce (12) años y multa de doscientos por ciento (200%) de la diferencia resultante de restar, al valor fijado por el infractor para la divisa, el valor que correspondiere a la operación, de conformidad con la normativa cambiaria aplicable”.

Artículo 23. **Desviación del uso de las divisas.** Las autorizaciones de adquisición y liquidación de divisas emitidas por la autoridad cambiaria son intransferibles y deben ser usadas únicamente a los fines y en los términos que fueron generadas conforme a la solicitud de adquisición de divisas respectivas.

Quienes destinen las divisas obtenidas, a través de los mecanismos administrados por la autoridades competentes del régimen de administración de divisas, para fines distintos a los que motivaron su solicitud, o los declarados en ella, serán sancionados con pena de prisión de tres (3) a siete (7) años y multa equivalente a diez (10) Unidades Tributarias (10 U.T.) vigente para la fecha de la sentencia condenatoria, por cada dólar de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra divisa, del monto correspondiente a las divisas obtenidas.

Igualmente, se considera ilícito toda desviación o utilización de las divisas por personas naturales y jurídicas distintas a las autorizadas, los que incurrieren en dicho ilícito, serán sancionados de conformidad con lo previsto en este artículo.

Este artículo sustituye al art. 18 de la anterior Ley, en los mismos términos, aunque el título era “Utilización de divisas a fines diferentes”, pero con aumento de la pena corporal, que antes era de 2 a 6 años de prisión, y la pena de multa, que antes era de apenas 5 décimas de unidad tributaria (0,5 UT).

Artículo 24. **Difusión de información falsa sobre el tipo de cambio.** Quienes de manera directa o indirecta participen en la elaboración de cualquier engaño o artificio, con la finalidad de difundir vía electrónica, televisión, radio o comunicación de cualquier tipo, escritos, señales, imágenes o sonidos, información falsa o fraudulenta referida al tipo de cambio aplicable a las divisas en la República Bolivariana de Venezuela, serán sancionados con pena de prisión de diez (10) a quince (15) años. Se entenderá que una información referida al tipo de cambio aplicable a las divisas en la República Bolivariana de Venezuela es falsa o fraudulenta cuando contrarie o distorsione los valores aplicables al tipo de cambio fijado por el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela.

Artículo 25. **Promoción de ilícitos cambiarios.** Quienes de manera directa o indirecta promuevan o estimulen la comisión de alguno de los ilícitos previstos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, serán sancionados con pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa equivalente a diez Unidades Tributarias (10 U.T.) vigente para la fecha de la sentencia condenatoria, por cada dólar de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra divisa, del monto correspondiente a la operación involucrada.

Este artículo sustituye al art. 19 de la anterior Ley, en los mismos términos, pero con aumento de la pena corporal, que antes era de 2 a 6 años de prisión, y la pena

de multa, que antes era de apenas 5 décimas de unidad tributaria (0,5 UT).

Artículo 26. Agravante por uso de medios electrónicos, financieros o con conocimiento especializado. Cuando para la comisión de cualesquiera de los ilícitos cambiarios establecidos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se hiciera uso de medios electrónicos o informáticos, o de especiales conocimientos o instrumentos propios de la materia bancaria, financiera o contable, la pena será la del ilícito cometido aumentada de un tercio a la mitad, sin perjuicio de lo establecido en otras leyes especiales que regulen estas actividades.

Este artículo sustituye al art. 20 de la anterior Ley, en los mismos términos, aunque en el título del mismo se establece que es un “agravante” por el uso de ciertos “medios”, previendo un aumento de las penas de un tercio a la mitad.

Artículo 27. Comisión de ilícito por prestadores de servicio en los órganos y entes públicos. Quienes presten servicios en los órganos y entes de la Administración Pública y en los operadores cambiarios y valiéndose de su condición o en razón de su cargo, incurra, participe o coadyuve en la comisión de cualquiera de los ilícitos establecidos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se les aplicará la pena del ilícito cometido aumentada de un tercio a la mitad, sin menoscabo de las sanciones civiles, administrativas y disciplinarias a que haya lugar.

Este artículo sustituye al art. 21 de la anterior Ley, en los mismos términos. Constituye una circunstancia agravante el ser funcionario público, previendo un aumento de las penas de un tercio a la mitad.

Artículo 28. Carácter penal del incumplimiento de reintegro. Quienes estando en la obligación de reintegrar las divisas al Banco Central de Venezuela, en los términos y condiciones establecidos en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en la normativa cambiaria vigente, o en los contratos o convenios suscritos con la administración cambiaria, incumplan con la orden de reintegro dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que corresponda, o quede firme la sentencia que ordene el reintegro, prorrogables por treinta (30) días más, serán sancionados con pena de prisión de dos a seis años y con multa equivalente a diez (10) Unidades Tributarias (10 U.T) vigente para la fecha de la sentencia condenatoria, por cada dólar de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra divisa, del monto correspondiente a las divisas obtenidas, cuando el monto a reintegrar sea superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$

10.000,00) o su equivalente en otra divisa. El reintegro de las divisas por parte del sector público será efectuado en los términos convenidos por el sujeto obligado con el Banco Central de Venezuela.

Este artículo sustituye al art. 22 de la anterior Ley, prácticamente en los mismos términos. La única variación es en relación con la multa a imponerse y con el monto a reintegrar, que antes era desde los 50 mil dólares y ahora es desde 10 mil.

Artículo 29. Modalidad de reintegro excepcional. En aquellos casos en los cuales el reintegro de divisas sea de imposible ejecución, el Juzgador podrá establecer el reintegro de las mismas en bolívares, ordenando el pago de quince Unidades Tributarias (15 U.T.) vigente para la fecha de la sentencia condenatoria, por cada dólar de los Estados Unidos de América o su equivalente en otra divisa, del monto correspondiente a las divisas solicitadas.

Artículo 30. Suspensión por pena privativa de libertad. Quienes sean condenados por la comisión de alguno de los ilícitos cambiarios previstos en este Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley, serán suspendidos del Registro de Usuarios del Sistema de Administración de Divisas por el tiempo de la pena impuesta.

Este artículo sustituye al art. 23 de la anterior Ley, en los mismos términos.

“Artículo 31. Reincidencia. Quien después de una sentencia condenatoria, cometiera nuevamente un hecho punible de los establecidos en éste capítulo, será castigado con la pena correspondiente al mismo, con un aumento de la cuarta parte, de conformidad con las normas del Código Penal. Determinada la reincidencia, el infractor o la infractora no podrán acceder a los mecanismos administrados por las autoridades competentes del régimen de administración de divisas por un período igual al de la respectiva condena”.

“Artículo 32. Informante. El Ministerio Público solicitará al Tribunal de Control autorización para aplicar el presente supuesto, cuando se trate de hechos producto de la delincuencia organizada o de la criminalidad violenta y el imputado o imputada colabore eficazmente con la investigación, aporte información esencial para evitar que continúe el delito o se realicen otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos, o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados o imputadas, siempre que la pena que corresponda al hecho punible por el cual se le investiga, sea menor o igual que la de aquellos cuya persecución facilita o continuación evita.

El Tribunal competente para dictar sentencia, en la oportunidad correspondiente, podrá rebajar la pena

aplicable a la mitad de la sanción establecida para el delito que se le impute al informante, cuando hayan sido satisfechas las expectativas, lo cual deberá constar en el escrito de acusación.

En todo caso, el Estado adoptará las medidas necesarias para garantizar la integridad física del informante”.

Adicionalmente, además de las sanciones penales, este Decreto-Ley también prevé varias sanciones administrativas. Por otro lado, el artículo 35 establece que *“No prescriben las infracciones administrativas y la acción penal de los delitos a que se refiere este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley”*. Como si fueran delitos de lesa humanidad. Finalmente, para supuestamente darle transparencia al mercado cambiario, entre los instrumentos legales aprobados, se prevé la autorización de transacciones en casas de cambio, aunque el problema va a seguir siendo la fijación de la tasa de cambio y la desconfianza de la ciudadanía hacia los organismos gubernamentales, así como hacia sus políticas financieras, como la creación de la cripto moneda el Petro.

Por supuesto, el deterioro de la situación política y económica del país, con la inflación e inseguridad más altas del mundo, influye y aumenta la criminalidad, y ha llevado a millones de venezolanos a huir del país, prácticamente con lo que tienen puesto, buscando mejores condiciones de vida, que no es posible conseguir en estas circunstancias en Venezuela, ya que es imposible obtener alimentos y mucho menos medicinas, ni hablar de otras cosas, con salarios que oscilan entre 3 y 4 dólares al mes, en ciudades oscuras y llenas de basura, con cortes y suspensiones diarios de los servicios básicos. Problemas que no se van a solucionar aumentando el número de los delitos y las penas, como pretende el gobierno, ni tampoco asfixiando la economía, ni cerrando, expropiando y confiscando empresas y propiedades. Todo lo contrario, esas acciones lo único que hacen es agravar aún más la crisis y aumentar la corrupción, que también es una de las más altas del mundo.

II. “DECRETOS” Y “LEYES CONSTITUCIONALES” PROMULGADAS POR LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DESDE NOVIEMBRE DE 2017 HASTA LA FECHA (MAYO 2018)

A pesar de que, conforme a la Constitución, el único objetivo de una Asamblea Nacional Constituyente (ANC), es el de elaborar una nueva Constitución, sin embargo la ANC *“elegida”* en julio de 2017, usurpando las funciones de la Asamblea Nacional, se ha dado a la

tarea de dictar y promulgar *“leyes”* que ella denomina *“constitucionales”* y a través de esa *“vía”* ha promulgado una gran cantidad de “Decretos y Leyes”, entre ellos los siguientes: **Decreto de Convocatoria al Diálogo Constituyente de Economía Productiva y Diversificada**. Gaceta Oficial Número 41.226. Caracas, 31 de agosto de 2017; **Ley Constituyente que crea el Conglomerado Agrosur**. Gaceta Oficial Número 41.272, Caracas, 6 de noviembre de 2017; **Ley Constitucional de Precios Acordados**. Gaceta Oficial Número 6.342 Extraordinario. Caracas, 22 de noviembre de 2017; **Ley Constitucional sobre la Creación de la Unidad Tributaria Sancionatoria**. Gaceta Oficial Número 41.305. Caracas, 21 de diciembre de 2017; **Ley Constitucional del Régimen Tributario para el Desarrollo Soberano del Arco Minero**. Gaceta Oficial Número 41.310. Caracas, 29 de diciembre de 2017; **Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva**. Gaceta Oficial Número 41.310. Caracas, 29 de diciembre de 2017; **Ley Constitucional contra la Guerra Económica para la Racionalidad y Uniformidad en la Adquisición de Bienes y Obras Públicas**. Gaceta Oficial Número 41.318. Caracas, 11 de enero de 2018; **Ley Constitucional del Comité Local de Abastecimiento y Producción**. Gaceta Oficial Número 41.330. Caracas, 29 de enero de 2018; **Ley Constitucional de Los Consejos Productivos de Trabajadoras y Trabajadores**. Gaceta Oficial Número 41.336. Caracas, 6 de febrero de 2018; **Decreto Constituyente sobre Criptoactivo y Criptomoneda Petro**. Gaceta Oficial Extraordinaria 6.370 del 9 de abril de 2018 y muy especialmente la que tiene mayor relación con la materia penal, que es la **“Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia”**, (Gaceta Oficial No. 41.274 del 8-11-2017), ya que tipifica varias conductas nuevas como delictivas.

IV. LEY CONSTITUCIONAL CONTRA EL ODIO, POR LA CONVIVENCIA PACÍFICA Y LA TOLERANCIA

La Asamblea Nacional Constituyente, elegida en julio de 2017, 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 no ha ni siquiera iniciado), ejerce ilegalmente las funciones

legislativas del Parlamento democráticamente elegido en diciembre de 2015, usurpando así esas facultades.

De las “Leyes” promulgadas por la Asamblea Nacional Constituyente, la que tiene mayor relación con la materia penal, es la Ley Constitucional Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia (Gaceta Oficial No. 41.274 del 8-11-2017), ya que tipifica muchas conductas como delictivas.

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.

Igualmente dicha Ley contra el Odio, prevé sanciones de 8 a 10 años de prisión, para el personal de salud que se niegue a atender a una persona por razones de odio. Situación que ya se presentó durante las manifestaciones de este año en contra del gobierno, pero por parte de funcionarios y partidarios del gobierno en varios centros de salud, que pretendieron que no se atendiera a los lesionados.

El artículo 11 ordena al Consejo Nacional Electoral (CNE), revocar la inscripción de las organizaciones políticas, que promuevan el fascismo, la intolerancia o el odio nacional, racial, étnico, religioso, político, social, ideológico, de género, de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y de cualquier naturaleza. Dicho artículo también establece que los partidos deberán contemplar entre sus normas disciplinarias, la medida preventiva de suspensión y la sanción de expulsión, de todas las personas que contravengan la Ley. Finalmente, dicha Ley prohíbe la constitución de movimientos y organizaciones sociales que incumplan con esa Ley.

Algunas de las disposiciones más controversiales de esta Ley “Constitucional”, son las referentes al delito de “**promoción o incitación al odio**”, que dice así:

“Artículo 20. Quien públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública fomenta, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia contra una persona o conjunto de personas, en razón de su pertenencia real o presunta a determinado grupo social, étnico, religioso, político, de orientación sexual, de identidad de género, de expresión de género o cualquier otro motivo discriminatorio será sancionado con prisión de diez a veinte años, sin perjuicio de la responsabilidad civil y disciplinaria por los daños causados”.

Así como al “**agravante por motivos de odio e intolerancia**”

“Artículo 21. Será considerado como un agravante de todo hecho punible que sea ejecutado o incrementado por motivo de la pertenencia, real o presunta, de la víctima a determinado grupo racial, étnico, religioso o político, así como por motivos de género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género o cualquier otro motivo discriminatorio. En estos casos la sanción aplicable será el límite máximo de la pena establecida para el hecho punible correspondiente”.

La Asamblea Nacional declaró nula la Ley constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia, promulgada por la asamblea nacional constituyente. El proyecto de acuerdo aprobado por el Parlamento “en rechazo al instrumento generador de odio e intolerancia promovido por Nicolás Maduro y la fraudulenta constituyente”, establece que el mecanismo legal viola los artículos 202, 49, 51, 57, 58, 62 y 68 de la Constitución; los artículos 6, 11, 18, 19, 20 y 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

“La pretendida y espuria ley usurpa las funciones legítimas de la Asamblea Nacional. Es inconstitucional, ilegítima e ilegal desde su origen, pasando por la técnica como se aprobó y además por su forma y fondo”, expuso el diputado Biagio Pilieri, quien abrió el debate y presentó el proyecto.

El texto, aprobado por la unanimidad de la bancada opositora, señala que además de estar viciada de incompetencia, su aplicación viola las garantías fundamentales del Estado de Derecho, y “pretende aniquilar de una vez por todas los valores democráticos”. Indica también que con esa normativa se pretende penalizar la disidencia política al tipificarla como delito, imponiendo sanciones penales, administrativas y tributarias “en flagrante violación del derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia”.

Durante el debate en la Asamblea Nacional, se señaló que en el artículo 20 de la ley, se establece una pena de 10 a 20 años de cárcel a “quien públicamente (...) fomente, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia contra una persona o conjunto de personas”. Es decir, con esto se abre la posibilidad de que sean evaluados por los parámetros de esta ley la opinión expresada “mediante cualquier medio apto para su difusión pública” y formas de expresión como los comentarios en las redes sociales, que podrían convertirse en delitos.

“De esa manera intentan legitimar el abuso de poder y coartar la protesta ciudadana en contra de la crisis, penalizándola de la misma forma que un asesinato”, manifestó Pilieri, durante el debate, en el cual participaron los diputados Franklyn Duarte, Arnoldo Benítez, César Alonso y Ángel Medina. Los parlamentarios denunciaron que la constituyente pretende tipificar una serie de delitos sin tener la competencia en materia legislativa.

“18 años para enterarse de que todo lo que ellos hacen (el gobierno) son actos de odio contra el pueblo”, manifestó el diputado Benítez. Criticó que la ley impulsada por la ANC no deja claro elementos fundamentales como, por ejemplo, el concepto de odio y amor. “Lo que están tratando de buscar con esta ley es que los quieran ahora. Hablan del reconocimiento, ¿será que van a ser ahora ellos los analfabetas funcionales que reconozcan que destruyeron el país? ¿Será que van a censurar todos los programas del canal 8?”, expresó.

Alonso aseguró que el odio que “el régimen” no quiere afrontar es el de las familias que no pueden mantener a sus hijos y el del pueblo diezmado por la inseguridad y las enfermedades. “No aceptar y perseguir con cólera asesina al que piensa distinto es la realidad que presenta esta ley”, manifestó el parlamentario.

La Asamblea Nacional también considera que la ley establece restricciones a la libertad personal, promueve la autocensura y la censura por parte de los órganos del Estado. “suprimiendo los pocos espacios con que cuenta el ciudadano para debatir los asuntos de interés colectivo e inhibiendo la posibilidad de formular denuncias de cualquier naturaleza”.

Por otro lado, juristas e historiadores, como el Dr. Julio Portillo F, también públicamente criticaron esta Ley, señalando, entre otras cosas, lo siguiente:

“Si alguna ideología política no tiene autoridad moral para hablar de erradicar el odio es el marxismo en sus expresiones políticas, llámense comunismo soviético, maoísmo, jemeres rojos, castrismo o chavismo. Donde quiera que en el mundo se estableció un régimen de socialismo marxista, el odio contra el adversa-

rio cobró miles de vidas de las filas de los opositores al totalitarismo.../...

Con la Revolución Cubana Fidel Castro y el Che Guevara llevaron al paredón a cientos de disidentes al punto que historiadores cubanos han declarado que es imposible cuantificar el número de muertos por el régimen en fusilamientos extrajudiciales, prisiones y opositores en general. El propio Fidel llegó a decir en los años ochenta “Si, yo soy Stalin, mis muertos gozan de buena salud”.../...

Al proponer Maduro esta ley contra el odio, se inscribe en esta lista abominable de dictadores que para sostenerse en el poder le dan legalidad a la arbitrariedad del poder judicial. Se trata de un texto ilegal e ilegítimo, porque no lo emanó la Asamblea Nacional y no le fue consultado al pueblo mediante un referéndum, siendo una materia tan grave. Una “asamblea constituyente” como la auto constituida por el régimen, debe dedicarse a proponer una constitución y no puede hacer leyes, ni convocar elecciones y mucho menos darle a esta ley rango constitucional”.

En similares términos se expresó Aarón Rodríguez, en su artículo “La verdadera Ley contra el odio”, quien indicó que:

“La denominada “Ley contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia” pretende contribuir a generar las condiciones necesarias para promover y garantizar el reconocimiento de la diversidad, la tolerancia y el respeto recíproco, así como para prevenir y erradicar toda forma de odio, desprecio, hostigamiento, discriminación y violencia, a los fines de asegurar la efectiva vigencia de los derechos humanos, favorecer el desarrollo individual y colectivo de la persona, preservar la paz y la tranquilidad pública y proteger a la Nación, ahora, la verdad es que lo único que se busca es aplicar una nueva censura a la realidad que vive el país, tratar de silenciar las voces que protestan, las voces que están anunciando la realidad que sufre nuestro pueblo, como es el tema de la comida, el efectivo, medicamentos y un sinnúmero de penurias que nuestro pueblo día a día vive en Venezuela y que el gobierno intenta tapar diciendo que hay una “Ley contra el odio” cuando en realidad quieren forzar a que los venezolanos sean felices en una situación opuesta; nadie es feliz en un país donde hay que hacer un viacrucis para conseguir un medicamento, donde las madres viven angustiadas por no saber qué darle de comer a sus hijos, esas son las realidades que el gobierno intenta tapar con dicha ley.

Sin embargo, el pueblo venezolano considera que esta Ley promulgada por Nicolás Maduro es una burla

más, un chantaje del gobierno, tratan de hacer que la gente crea, sienta y respire algo distinto a lo que se encuentra en las calles, lo cual es totalmente imposible para quienes sacrifican todos los días su desayuno o su almuerzo para dárselo a su hijo y de ahí salir a trabajar montada en un camión por la falta de transportes públicos y que luego el oficialismo se defiende diciendo que es una manipulación es totalmente una burla a lo que realmente vive el pueblo venezolano.

En efecto, esta ley no es más que algo ilegítimo promovido por la Asamblea Nacional Constituyente, que desde el momento de su conformación ha sido fraudulenta, hoy no deja de serlo y es un ejemplo más que esta ANC está buscando bloquear la información de lo que se vive en el país, es evidente que dicha Asamblea no tiene cualidades penales para modificar este tipo de ley, la reflexión es no dejarnos silenciar, alzar nuestras voces en las calles, en las colas, donde la gente sufre y se siente cada día más desesperanzada, que no olvidemos que somos mayoría, más del 80% de los venezolanos rechazamos el régimen y seguiremos luchando por el mejor futuro para todos”.

Luego de analizar esta “Ley Constitucional” contra el odio, se puede concluir que existen muchas razones para considerar esa ley como ilegal e inconstitucional y como una seria amenaza para las libertades públicas, todo ello en nombre de “la paz, la tranquilidad pública y la nación”. Entre esas razones, resaltan las siguientes: limita el ejercicio de derechos humanos fundamentales, como la libertad de expresión, opinión e información, a la manifestación y a la protesta pacífica de los ciudadanos, así como a la participación política de los mismos. Es una Ley muy discrecional, vaga e imprecisa, que ni siquiera define adecuadamente que es “el odio”, y representa una forma de criminalización de los derechos humanos antes mencionados. No obedece a principios básicos de proporcionalidad y de necesidad, para evitar restricciones y detenciones arbitrarias. Cataloga a los críticos y disidentes del gobierno como enemigos internos, fascistas, desestabilizadores y hasta terroristas, lo que la convierte en una acción más bien ajustada a la doctrina de la seguridad nacional del Estado. Su objetivo es intimidar e inhibir a las personas a opinar libre y públicamente, especialmente a través de las redes sociales. Contempla sanciones penales exorbitantes (de 10 a 20 años de prisión) e imprescriptibles, y faculta al Estado para censurar y controlar actividades ciudadanas normales y legítimas, en las redes sociales, en la Internet y en los medios tradicionales de comunicación social, prácticamente en cualquier actividad humana.

Esta Ley establece sanciones contra los medios de comunicación que no difundan los mensajes que el Estado considera debe transmitir, así como cuando estime que el contenido transmitido es contrario a los fines de la citada ley. Por lo que representa una verdadera y real amenaza para el buen desenvolvimiento y el desempeño, de los defensores de los derechos humanos y de las ONGs en Venezuela.

Así lo han considerado incluso los organismos internacionales como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, quienes han mostrado gran preocupación por esta Ley Contra el Odio, por la amplia posibilidad otorgada al Estado de utilizar los medios de comunicación e imponer contenidos, estimando que es contraria a los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, ya que dicha Ley permite su interpretación y aplicación discrecional para procesar a cualquiera que exprese opiniones disidentes

IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con informaciones que aparecen en la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores, Justicia y Paz, de fecha 01-02-18, que también reseña la Agencia Venezolana de Noticias, informa el Ministro, General Néstor Reverol, que a lo largo de 2018, prevén crearse Casas de Justicia en los 79 municipios priorizados en los planes de seguridad ciudadana del país, indicando que en esas jurisdicciones se concentra el 70% de la incidencia delictiva de la nación. Señalando también que una comisión integrada por representantes de Poderes Públicos “revisará el conjunto de leyes en materia penal vigentes en Venezuela, con el propósito de estudiar su reforma”. Así como que “El Plan de Acción para este 2018 contempla el fortalecimiento de las Casas de Justicia, Salas de Retención Preventivas y Protocolo Interinstitucional en materia de Extradición y Traslado de Personas Condenadas”, sin especificar en que consisten esas denominadas “Casas de Justicia”, que cualquiera podría confundir con unas especies de “tribunales”, aunque pareciera referirse a centros de detención preventiva y/o de cumplimiento de penas cortas. Agregando que con la puesta en marcha de este proyecto, “se dará cumplimiento al 6to. vértice de la Gran Misión Justicia Socialista, para promover la sana convivencia y la paz social”.

El Ministro anunció que el Gobierno de Venezuela realizará una nueva Reforma de Leyes Penales, ante “amenazas ambientales, económicas, culturales y políticas”, que, a su juicio, son necesarias, “para combatir

todos los delitos judiciales” en el país. No dio el Ministro detalles sobre esas “reformas”, simplemente afirmó que se implementará pronto.

Todo ello ha causado gran sorpresa e incertidumbre, ya que esas son cuestiones que no son competencia directa del Ministerio de Relaciones Exteriores, sino por un lado del Poder Judicial, lo referente a la creación de Tribunales o “Casas de Justicia”, y por la otra, lo relacionado con la revisión, reforma y promulgación de leyes en materia penal, le corresponde es a la Asamblea Nacional, la cual, por cierto, ni mencionó. Considero, que en un país democrático y donde funcione el principio de la separación de los poderes, el Ministerio de Relaciones Exteriores, debe limitarse a hacer estudios, propuestas y planteamientos, no a pretender dirigir la justicia y/o la formación de leyes, y mucho menos en base a cuestiones ideológicas, como una supuesta “gran Misión Justicia Socialista”. Los fundamentos de cualquier reforma y ley penal, tienen que ser jurídicos, no políticos ni ideológicos, como ha sucedido con algunas de las nuevas leyes que ha promulgado la denominada Asamblea Nacional Constituyente, como ocurre con la Ley **Contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia**.

Casi todas esas “leyes constitucionales” aprobadas por la ANC, fueron propuestas por el presidente Nicolás Maduro, el 7 de septiembre de 2017, supuestamente para “enfrentar sistemáticamente las principales amenazas y fuentes de distorsión provocadas por la ofensiva del capital contra el pueblo venezolano”. Quedando

así demostrado, no sólo el tinte ideológico de las mismas, sino la total dependencia de la ANC al Ejecutivo Nacional.

La situación actual en Venezuela es sumamente complicada y puede ponerse más grave por las “elecciones” presidenciales convocadas ilegalmente por la ANC para este 20 de mayo, donde no participa la oposición, que representa, de acuerdo a las encuestas más serias, alrededor del 80% del país. Hay dos candidatos supuestamente opositores (Falcón y Bertucci), que han sido catalogados como colaboracionistas y pro gobierno, por lo que se espera muy poca participación en esos “comicios”. La oposición ha llamado a la abstención, y todo da a entender que será la gran triunfadora ese domingo 20. La mayoría de los países del continente Americano y de la Unión Europea, ya han manifestado que no van a reconocer esa “elección”, que consideran ilegítima, prácticamente una farsa o fraude electoral para perpetuar en el poder a Nicolás Maduro. Igual opinión ha expresado el Secretario General de la OEA y otras organizaciones de Derechos Humanos. Todos han hecho llamados al gobierno venezolano, para que reflexione y evite una crisis, que, Dios no lo quiera, pueda desencadenar un trágico desenlace, hasta ahora sin éxito.

Notas

1. Sillón No. 15
2. Gaceta Oficial N°. 40.819 del 30-12-2015.
3. Diario El Impulso, 15-11-2017
4. Diario El Carabobeño, 16 de noviembre de 2017.