

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

S PRAVIDE ET PRO

Revista

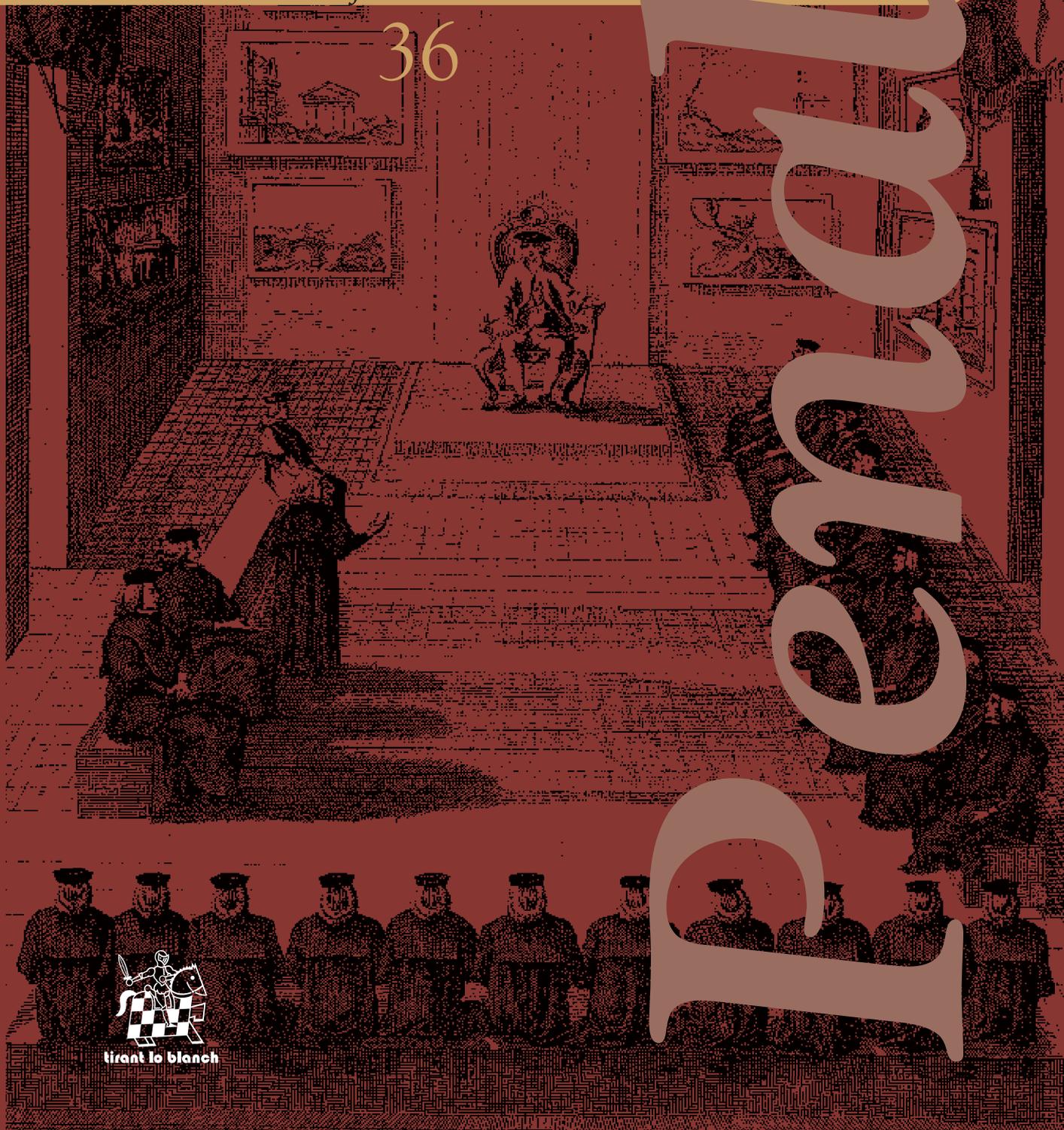
Julio 2015

36

Revista Penal

Penal

Julio 2015



Revista Penal

Número 36

Sumario

Doctrina:

- Política criminal sobre drogas en la era global y blanqueo de dinero, por *Miguel Abel Souto* 5
- Historia y perspectivas respecto de la corrupción en Brasil, por *Paulo César Busato* 14
- Sobre la realización iterativa de tipos penales y la necesaria delimitación entre la “unidad natural de acción” y el delito continuado, por *Viviana Caruso Fontán* 36
- Clasificación en tercer grado y régimen abierto en el sistema penitenciario español, por *Salvador Cutiño Raya* 61
- Contaminación ambiental, residuos e instalaciones peligrosas para los recursos naturales y el ambiente, tras la reforma de 2015, por *José Luis de la Cuesta Arzamendi* 86
- La nueva criminalización del proxenetismo, por *Alberto Daunis Rodríguez* 105
- La culpa de la guerra en H. Arendt y K. Jaspers. Un comentario a la posición de A. Norrie sobre la imputación de responsabilidad y el Derecho penal internacional, por *Pablo Galain Palermo* 122
- Del orden público al terrorismo pasando por la seguridad ciudadana: análisis de las reformas de 2015, por *Victor Manuel Macías Caro* 133
- Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo, por *Joaquín Merino Herrera* 145
- Dogmática penal y Política criminal en la Historia moderna del Derecho penal y en la actualidad penal, por *Francisco Muñoz Conde* 172
- Medidas post-penitenciarias aplicables a los delincuentes sexuales: una visión desde el derecho norteamericano, por *Marc Salat Paisal* 182
- El Derecho penal nacionalsocialista, por *Thomas Vormbaum* 207

Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal (2012-2015) “Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period (2012-2015)” 217

Notas bibliográficas, por *Francisco Muñoz Conde* y *Gema Varona Martínez* 296



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



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

Victor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Complutense

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P. Fletcher. Univ. Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla

José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

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) 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) y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), 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

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
Alexis Couto de Brito (Brasil)
Yu Wang (China)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)
Ludovico Bin y Francesco Diamanti (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Ana Cecilia Morún Solano (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo y Sara Durán (Uruguay)
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.



Reformas en la legislación penal y procesal (2012-2015)

“Criminal and Criminal Procedural Law Reforms in the Period (2012-2015)”

Alemania

Prof. Dr. Martin Paul Wassmer

Universidad de Colonia

Traducción de Waleska Izeta

Santiago de Chile/Colonia

Desde el informe de las reformas penales del 2009-2012¹, se han producido nuevamente reformas y cambios en el derecho penal alemán y en el derecho de procesal penal, de los cuales aquí serán brevemente presentados las más importantes.

I. CAMBIOS A LA LEGISLACIÓN PENAL PARTE GENERAL Y ESPECIAL

1. Limitación de las disposiciones sobre testigo principal (2013)

La “46° Ley de modificación del derecho penal” del 10/6/2013² limitó a partir del 01/08/2013 la posibilidad de la atenuación penal, en los casos de ayuda de aclaración y de prevención de delitos. La llamada “norma general sobre testigo principal” del §46b StGB, se creó aproximadamente sólo cuatro años antes con la Ley del 29/7/2009³, para así ofrecer un estímulo mayor a autores dispuestos a cooperar, a ayudar a la aclaración o impedimento de hechos penales graves⁴. Sin embargo, cuya norma era también aplicada si entre el hecho del “testigo principal” y el hecho, al cual él presta ayuda de aclaración o de prevención, no existiera ninguna conexión⁵. Con ello, el testigo principal debía ser motivado a la revelación de tales delitos que directamente no tienen nada que ver y no están relacionados con el hecho penal propio y por ende con su propia culpabilidad. Esto fue criticado, considerando las ventajas que ofrece el §46b StGB, como un resultado demasiado amplio⁶. Pues, como a través de declaraciones a hechos completamente ajenos, no se disminuye directamente la culpabilidad del hecho en sí, se haría

posible de esta manera, del punto de vista de las víctimas y la población leal al derecho, una atenuación de pena excesiva. Por este motivo, a partir de ahora con la nueva ley, tienen que estar ambos hechos “en conexión”. Así debe quedar en claro por un lado, que el §46b StGB no permite solamente una determinación de la pena (Strafzumessung) por motivos políticos criminalistas, sino que representa una concretización e incrementación de la norma general de graduación de pena del §46 StGB; por otro lado, el privilegio del testigo principal debe estar legitimado por el principio derivado del Estado Constitucional de la justicia material. En el curso de la reforma, se incorporó expresamente el requisito de conexión, también en la llamada “pequeña norma sobre testigos principales” del §31 BtMG. En esta norma, la jurisprudencia aprobó anticipadamente que había de existir una “conexión” entre el hecho del testigo principal y el hecho revelado por él, es decir, que debe existir una referencia interna o en cuanto al contenido disponible de los hechos, para ser partes de un suceso criminal total⁷.

En la jurisprudencia penal se **celebró** inicialmente esta restricción de la ayuda de aclaración y prevención de delitos, que ya había sido discutida intensamente con la introducción del §46b StGB, pero también fue **lamentada**, dado que ella puede persuadir a presuntos testigos principales⁸. Sin embargo, ante el número pequeño de casos, en los cuales en la práctica esta norma no pudiera ser aplicada por la falta del requisito de la “conexión”, no disminuiría cuya limitación, la efectividad de la persecución penal y prevención de hechos penales.

2. Mutilación de genitales femeninos (2013)

Con la “47° Ley de modificación del derecho penal” del 24/9/2013⁹ el legislador introdujo el §226 a StGB, que considera desde el 28/9/2013 la **mutilación de genitales femeninos** como crimen. La mutilación de

genitales, especialmente las efectuadas dentro de una ablación ritual, es una intervención muy grave en la integridad corporal de mujeres y niñas. El legislador se vio en la necesidad de actuar, aunque la mutilación de genitales sea practicada sobre todo en África y en una parte de Asia. Pues, según los cálculos de la organización TERRE DES FEMMES estuvieron amenazadas en Alemania sólo en el 2012 aprox. 6.000 mujeres y niñas por mutilación genital y que aproximadamente 24.000 mujeres ya tenían que vivir con esta violación de sus derechos humanos¹⁰. A pesar de que la mutilación de los genitales exteriores femeninos pudiera ser ya castigada por el §224 StGB, con una pena privativa de libertad de hasta 10 años, los procesos penales en sí, fueron muy escasos. Con la introducción del §226a StGB tendría que fortalecerse y reforzarse la protección y la conciencia de la sociedad para la injusticia que lleva en sí, cada mutilación genital. A partir de ahora, aquél que mutila los genitales exteriores de una persona femenina, será castigado con pena privativa de libertad no menos de un año (§226a I StGB), mientras la pena máxima se eleva a 15 años (§38 II StGB). En los casos de menor gravedad, la pena privativa de libertad es de 6 meses hasta 5 años (§226a II StGB). La prescripción del hecho penal está suspendida hasta la finalización de los 30 años de vida de la víctima (§78b I No. 1 StGB). Esta nueva figura delictiva autoriza también a la demanda accesoria (§395 StPO). A petición, se le concede a la víctima un abogado encargado de su asistencia jurídica (§397a StPO).

Esta nueva redacción fue admitida positivamente¹¹, pero también fue criticada **por no ser más amplia**. Se exigió, para la protección de mujeres y niñas que viven en Alemania, ante el riesgo de ser víctimas de una mutilación de genitales en el extranjero, que el §226a StGB fuera admitido e incorporado en el catálogo de los hechos penales extranjeros para así poder perseguir tales hechos en Alemania¹². Esto fue correspondido en el 2015 (véase I. 4.). De todas maneras se teme, que el §226a StGB pudiera ser calificado como anticonstitucional, debido a la violación del derecho fundamental de igualdad (artículo 3 de la constitución), dado que ahora, si bien, la mutilación de los genitales femeninos está penada por la ley, la circuncisión masculina está por el contrario permitida¹³.

3. Soborno a diputados (2014)

A través de la “48° Ley de modificación del derecho penal” del 23/4/2014¹⁴ se amplió considerablemente el hecho penal del soborno a diputados. El soborno a

diputados cuenta como el “**hijastro**” de la legislación alemana. Así, se suprimió la penalidad de éste inicialmente en 1953 en el curso de una nueva redacción del soborno al votante (Wählerbestechung), sin embargo, estaba previsto penalizarlo nuevamente. En efecto, su nueva penalización se realizó recién 40 años más tarde, después de que con la votación a la pregunta de cuál sería la capital alemana (Bonn o Berlín), circularan durante el año 1992 rumores de corrupción. El §108e StGB que fue incorporado en 1994, pudo ofrecer sólo una protección muy limitada, dado que él incluía sólo la corruptibilidad y soborno a mandatarios (Mandats-trägern), en referencia a la “compra” y “venta” de votos en elecciones y votaciones del Parlamento Europeo o en una de las elecciones del Parlamento Federal o de los Municipios. Además, esta norma quedaba muy por detrás de las **directrices internacionales** como las que están contenidas en el Convenio de Derecho Penal del Consejo Europeo sobre la corrupción del 27/1/1999 (ETS 173) y en el Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción del 31/10/2003. Finalmente, la Sala Quinta de lo Penal del Tribunal Supremo (BGH) constató firmemente el 09/05/2006¹⁵, que **mandatarios comunales** en sí, no son titulares de un cargo, según el sentido del §11 I No. 2 StGB, por lo tanto existía una necesidad de acción legislatora. La Sala Segunda de lo Penal adoptó esta opinión en una decisión del 12/7/2006¹⁶.

La conversión de las directrices internacionales en derecho nacional, requirió **una nueva redacción del §108e StGB**. La denominación fue cambiada en “corruptibilidad y cohecho de mandatarios” para exteriorizar que ahora son punibles ambas formas de la corrupción (§108e I: Corruptibilidad; §108e II: Cohecho). Incluidos están también los miembros de todas las entidades públicas territoriales (Gebietskörperschaften) alemanas, así como los miembros de una asamblea parlamentaria de una organización internacional y de un órgano de legislación de un estado extranjero (§108 III StGB). Se aclaró que una “ventaja injustificada” especialmente no existe, si la aceptación de la ventaja estuviese en consonancia con las prescripciones determinantes para la posición jurídica del miembro (§108 IV 1 StGB). Además, no cuentan como ventajas injustificadas, según prescripciones legales (§108 IV 2 StGB), un mandato político o una función política, ni tampoco un donativo admisible. Se renunció a la penalidad de la tentativa, dado que con las conductas tipificadas de exigir, dejarse prometer algo, ofrecer y prometer algo, la penalidad está ya muy anticipada¹⁷. Se permitió como consecuencia a una condena de pena privativa

de libertad de por lo menos 6 meses, ahora también la privación del derecho a voto (§108e V StGB). Además, el hecho penal fue incorporado en el catálogo de los pre hechos del lavado de dinero (§261 I 2 No. 2a StGB). Ahora son competentes en la primera instancia para el §108e StGB los Tribunales Superiores de Justicia y las Fiscalías Generales.

Esta reforma tuvo **un eco dividido**¹⁸. Se critica que deberían haber sido incluidos comportamientos adicionales. Además, de que no se tomaron en cuenta objeciones que expertos habían formulado contra la eficacia de la nueva norma; sólo un diputado, que se “haga el tonto”, podría ser castigado¹⁹. De esta manera, existiría solo una corruptibilidad, si el diputado haya actuado “por orden o por instrucción” de alguien²⁰. Se comenta de que en resumen, la nueva ley ha sido una “acción precipitada”²¹. A esto se le contradice poniendo en claro, que el legislador tuvo que operar en un campo muy tenso y difícil, entre el mandato libre de diputados y la prohibición de acuerdos ilícitos²². El nuevo hecho penal concibe el área núcleo del comportamiento penal sospechoso (strafwürdig)²³. Se deduce, que la nueva norma tendrá precisamente a nivel comunal, dónde a menudo se trata de decisiones y proyectos muy concretos, una importancia práctica superior que a nivel federal o regional²⁴.

4. Derecho penal sexual (2015)

Con la “49º Ley de modificación del código penal” del 21/1/2015²⁵ se llevaron a cabo ampliamente las directrices europeas en derecho penal sexual a partir del 27/1/2015: El Convenio del Consejo Europeo para la protección de niños ante la explotación y abuso sexual (ETS 201), el Convenio del Consejo Europeo para la prevención y lucha de la violencia contra mujeres y contra la violencia doméstica (ETS 210) y la Norma 2011/93/UE por la lucha del abuso y la explotación sexual de niños, así como la pornografía infantil. Si bien, el derecho alemán correspondió a las exigencias de estos actos jurídicos, ya en lo esencial, se presentaron sin embargo, lagunas penales en el derecho de aplicación penal, en el derecho de prescripciones de hechos penales y en algunas normas en particular. Además, existía la necesidad de un complemento en otras figuras delictivas, especialmente por una mutilación de genitales femeninos cometida en el extranjero (véase, I.1.). Asimismo, el llamado “**Asunto Edahty**” causó gran sensación. En febrero del 2014 se registró ilícitamente a pesar de su inmunidad, por la policía y la fiscalía, la vivienda y las oficinas del diputado del

parlamento alemán Sebastián Edahty (SPD). Se encontró “material que está en un área límite, a lo que la justicia entiende por pornografía de niños”²⁶. Edahty fue acusado en julio del 2014, ya que resultó que a pesar de todo, las imágenes y videos encontrados tenían una relevancia penal. Y, porque se le acusó de haber accedido al material pornográfico infantil por internet, mediante su ordenador portátil de servicio sobre el servidor de red del parlamento alemán. Finalmente, el 02/03/2015 se suspendió el procedimiento penal, debido a la culpabilidad menor, según el §153a StPO²⁷. Sin embargo, el legislador se vio por este caso, dispuesto a crear normas especiales contra el acceso de contenidos pornográficos de niños y jóvenes mediante los medios de telecomunicación y para reforzar y fortalecer la protección del derecho general de personalidad contra la elaboración, transmisión y difusión de imágenes que ponen en evidencia a personas desvestidas, particularmente a niños.

Por un lado, se amplió la norma §5 StGB a **hechos extranjeros** para poder perseguir otros delitos sexuales, independientemente del lugar del crimen, como el recién introducido en el 2013, §226a StGB (mutilación de genitales femeninos). Por otro lado, la **prescripción** del delito, se suspende ahora en muchos delitos sexuales hasta los 30 años de vida de la víctima (§78b I No. 1 StGB). Además, se efectuaron numerosos complementos en los **hechos sexuales penales** (§§174 ss. StGB). Se puede destacar, la ampliación de los §§184b, 184c StGB que tiene como objeto la criminalización de la reproducción de documentos de niños y jóvenes “desnudos del todo o en parte” y “en una pose poco natural acentuando el sexo”. Cabe resaltar también, la introducción del §184e StGB, que criminaliza el evento o la visita de presentaciones (en vivo) pornográficas de niños y jóvenes. Finalmente, se amplió considerablemente la norma penal por la violación del ámbito vital más íntimo a través de **imágenes** (§201a StGB), de manera que ahora también será castigado, aquél que sin autorización ponga a disposición o le haga accesible a terceros “una imagen que sea apta de perjudicar considerablemente, la reputación y apariencia de la persona figurada” (§201a II StGB). Además, actualmente está también penado por la ley, aquel que elabore, ofrezca y proporcione a una tercera persona, contra una remuneración “una imagen, que tenga como objeto la desnudez de una persona menor de dieciocho años”, o que se la consiga para sí mismo o terceros contra una remuneración (§201a III StGB). Por una “**cláusula de adecuación social**” (Sozialadäquanzklausel) (§201a IV StGB) están exceptuados de la punibilidad acciones que son

realizadas “en percepción de intereses autorizados”, particularmente “el arte o la ciencia, la investigación y la doctrina, la información sobre procesos de la actualidad o de historia y objetivos parecidos”.

Ya en el procedimiento legislativo fueron muy discutidas las normas y sus propuestas agravantes, que estaban sobre todo a la “sombra” de la reforma del derecho penal sexual en los §§184b ss., 201 StGB (la denominada “**Lex Edathy**”), que originalmente deberían haber ido mucho más lejos, comprendiendo amplias partes de la **fotografía callejera** y del **periodismo de imágenes**²⁸. Pero aún así, después de la crítica de la Comisión Jurídica, con la incorporación de la “cláusula de adecuación social” y sus normas más atenuantes, éstas aumentan y agudizan claramente la situación jurídica e intervienen considerablemente, a causa de la captación y comprensión de fotografías privadas en áreas públicas, en los derechos fundamentales²⁹. Cabe constatar, que el legislador por una parte, dejó en manos de la jurisdicción la concretización de las figura delictivas imprecisas, y que por otra parte, la cláusula de adecuación social en su amplitud, permite objeciones múltiples. Ante ello, cabe esperar si la nueva redacción de las normas, garantizará la pretendida protección del derecho general de personalidad en forma del derecho a la imagen propia.

II. REFORMAS EN MATERIA PROCESAL PENAL

1. Fortalecimiento de la libertad de prensa en derecho penal y derecho procesal penal (2012)

A través de la “Ley sobre el fortalecimiento de la libertad de prensa en derecho penal y procesal (PrStG)” del 25/6/2012³⁰ se aumentó y consolidó a partir del 01/08/2012, la protección de los miembros de medios de comunicación ante diligencias penales, después de la publicación de material remitido. El “**caso CÍCERO**” dio el motivo para este cambio. En abril del 2005 publicó la revista de cultura política “**CÍCERO**” un artículo acerca del terrorista Abu Musab az-Zarqawi, en el cual, se citó detalladamente de un informe (de alto secreto) de la oficina federal de investigación criminal. Por consiguiente, la fiscalía de Potsdam inició un sumario contra el informante desconocido, por violación del secreto profesional (Dienstgeheimnis), §353b StGB y contra el periodista, así como el redactor jefe responsable de la revista por complicidad (§27 StGB). En el marco de las averiguaciones penales, se registraron las oficinas de la redacción de la revista, así como la vivienda y las oficinas del periodista; se confiscó un disco duro. Las quejas contra el registro y embargo autorizados por el

juzgado de primera instancia (AG) de Potsdam, fueron denegadas por el Tribunal regional (LG) de Potsdam. El Tribunal Constitucional BVerfG³¹ calificó por el contrario, el 27/2/2007 no sólo el registro, sino también el embargo como intervenciones anticonstitucionales graves del artículo. 5 I S. 2 (GG) de las leyes fundamentales y de la ahí consolidada libertad de prensa: La prensa fue restringida, de una manera anticonstitucional, en el ejercicio de una de sus funciones esenciales, el trabajo de investigación crítico e información.

El legislador reaccionó, excluyendo para miembros de medios de comunicación, la **ilegalidad de la complicidad** (Rechtswidrigkeit von Beihilfehandlungen), en el §353 b IIIa StGB, si es que ésta, se limita a la “aceptación, evaluación o publicación de un secreto y respectivamente de un objeto o una noticia, para cuya ocultación exista una obligación especial.”. De esta manera, se creó una causa de justificación legal especial, asegurando que los instrumentos de intervención procesal penal no entren en aplicación. Además, se complemento la **prohibición de embargo** (§97 V 2 StPO), de tal manera, que ésta sólo será permitida, si contra los miembros de medios de comunicación exista una sospecha de hecho urgente y ellos estén habilitados de excusa de testimonio.

Si bien, la jurisprudencia penal y las asociaciones de periodista saludaron³² el fortalecimiento de la protección, en su mayoría este reforzamiento es valorado como **no lo suficientemente impetuoso**: La protección legal del miembro de medios de comunicación, habría sido en la práctica legal apenas aumentada; la instigación (Anstiftung) a la ruptura de un secreto, por un miembro de medios de comunicación es todavía punible; también son todavía posibles el registro y las medidas de confiscación contra miembros de medios de comunicación³³.

2. Aplicación de la técnica de conferencias de video (2013)

La “Ley sobre la intensificación del uso de la técnica de conferencia de video en procedimientos judiciales y de la fiscalía” del 25/4/2013³⁴ debe agilizar el uso de esta **técnica moderna** y así llevar a cabo esta tecnología para el futuro. En la práctica, el uso de la técnica de conferencia de video aún no se ha establecido el cien por ciento por causas reales y legales. Por un lado, les falta a menudo a las autoridades, juzgados y fiscalías el equipamiento técnico, por otro lado, el uso de esta técnica estaba hasta ahora vinculada al consentimiento de los participantes. Sin embargo, esta técnica de con-

ferencia de video, tiene la ventaja de que los implicados en el procedimiento jurídico pueden participar de éste, sin tener que viajar, lo que ahorra tiempo y por ende facilita las fijaciones de fechas de audiciones y discusiones.

Desde el 01/11/2013 es posible que un **intérprete** esté conectado mediante la técnica de conferencia de video durante el sumario (Ermittlungsverfahren) y durante el juicio oral (Hauptverhandlung) (§185 Ia GVG). Lo mismo tiene vigencia para **testigos**, en un interrogatorio fuera del juicio oral (§58b StPO), para el **inculpado** en su interrogatorio (§163 I 2 StPO) y durante el juicio oral, si es que él ha renunciado a la asistencia (§118a II 2 StPO). Además, se puede efectuar también el interrogatorio del **acusado** (§233 II 3 StPO) y el interrogatorio de un **experto** (§247a II StPO) mediante la técnica de conferencia de video. Esto es posible igualmente en la ejecución procesal penal (Strafvollstreckung), para la audiencia del **condenado** (§462 II 2 StPO) o de los **prisioneros** (§115 II StVollzG).

Si bien, en la práctica se celebró cuya modernización de la ley, se indico al mismo tiempo que **no todos los casos** son aptos para el uso de la técnica de conferencia de video; se indicó además, que se producen con ella nuevos peligros y que el juez tiene en conferencias de video una obligación protectora especial³⁵. Pues, precisamente en los casos de prisioneros, el interrogatorio personal tiene tal prioridad, dado que la impresión personal es indispensable para la toma de decisiones. Por lo tanto, queda por esperar, también teniendo en cuenta los gastos altos de su utilización, si en la práctica se aceptará la técnica de conferencia de video.

3. Fortalecimiento de los derechos de víctimas de abuso sexual (2013)

La “Ley sobre el fortalecimiento de los derechos de víctimas de abuso sexual” del 26/6/2013³⁶ ha mejorado la protección de **víctimas menores de edad** a partir del 30/6/2013. La ley tiene su origen en las recomendaciones formuladas por la mesa redonda, designada por el gobierno federal, “del abuso sexual de niños en relaciones de dependencia y poder en instituciones privadas y públicas y en el área familiar”. Con la amplia ley complementaria (Novelle), deben ser entre otras cosas, evitados los **interrogatorios múltiples** (cf. §58a I 2 StPO). Se facilitó el discernimiento de un **abogado de víctima** (§140 I No. 9 StPO). Se amplió la regulación sobre la **exclusión del público** en el juicio oral con víctimas menores de edad (§171b GVG). En cuanto exista

en delitos sexuales una **orden de terapia**, se asegurará que un experto examine al acusado para constatar, si es que él necesita una atención y tratamiento psiquiátrico, psicoterapéutico o social terapéutico (§246a II StPO).

Se criticó sobre todo, que no se cumplió, la propuesta de determinar “mas rigurosamente” las exigencias de la **calificación de jueces de menores y fiscales juveniles**. Originalmente, debían ser exigidos conocimientos en los campos de criminología, pedagogía, pedagogía social y psicología juvenil³⁷. La no realización de esta meta originaria, se califica como “típico interés político”, ya que los intereses burocráticos y fiscales de la justicia fueron evaluados como más importantes, que la creación de un sistema legal efectivo y justo³⁸.

Notas

- 1 WASSMER, Revista Penal 30 (2012), 217 ss.
- 2 BGBl. 2013 I p. 1497; Proyecto de ley BT-Drs 17/9695; Recomendaciones e Informe de la Comisión Jurídica (6. Comisión) BT-Drs 17/12732.
- 3 BGBl. 2009 I p. 2288.
- 4 Véase WASSMER, Revista Penal 25 (2010), 167, 170 ss.
- 5 BGHSt 55, 153 = BGH NJW 2010, 2741.
- 6 BT-Drs 17/9695 p. 6 con más detalles.
- 7 BGH NJW 1991, 1840 = NSTZ 1991, 290; BT-Drs 17/9695 p. 7.
- 8 CHRISTOPH, KritV 2014, 82 ss.; PEGLAU, NJW 2013, 1910 ss.
- 9 BGBl. 2013 I p. 3671; Proyecto de Ley BT-Drs 17/13707; Recomendación e Informe de la Comisión Jurídica (6. Comisión) BT-Drs 17/14218.
- 10 BT-Drs 17/13707 p. 4.
- 11 Véase, HILGENDORF, JZ 2014, 821 ss.; KRAATZ, JZ 2015, 246 ss.; LADIGES, RuP 2014, 15 ss.; RITTIG, JuS 2014, 499 ss.; SOTIRIADIS, ZIS 2014, 320 ss.; THÖRNICH/ZÖLLER, JA 2014, 167 ss.; WOLTERS, GA 2014, 556 ss.
- 12 FERNER, RuP 2014, 74, 76.
- 13 RITTIG, JuS 2014, 499, 502 ss.; SOTIRIADIS, ZIS 2014, 320, 326 s.
- 14 BGBl. 2014 I p. 410; Proyecto de Ley BT-Drs 18/476; Recomendación e Informe de la Comisión de Derecho y Protección de Consumidores (6. Comisión) BT-Drs 18/607.
- 15 BGHSt 51, 45 = BGH NJW 2006, 2050.
- 16 BGH wistra 2006, 419.
- 17 BT-Drs 18/476 p. 6.
- 18 Véase, BACHMANN, NJ 2014, 401, 404 s.; FRANCKUSKI, HRRS 2014, 220 ss.; FRITZ, NJW-Spezial 2014, 184; JÄCKLE, ZRP 2014, 121 ss.; KUBICIEL, ZRP 2014, 48 ss.; SATZGER, JURA 2014, 1022 ss.; SÜSSE/PÜSCHEL, Newsdienst Compliance 2014, 31007; WILLEMS, CCZ 2015, 29 ss.
- 19 Véase, FISCHER, Dieses Gesetz ist ein Witz!, Periódico semanal DIE ZEIT 27/2014, acceso disponible bajo <http://www.zeit.de/2014/27/abgeordnetenbestechung-gesetz>.
- 20 PASSARGE, NVwZ 2015, 252, 255.
- 21 JÄCKLE, ZRP 2014, 121.
- 22 Véase, BT-Drs 18/476 p. 5.

- 23 WILLEMS, CCZ 2015, 29, 33.
- 24 WILLEMS, CCZ 2015, 29, 33.
- 25 BGBl. 2015 I p. 10; Proyecto de Ley BT-Drs 18/2601; Recomendación e Informe de la Comisión de Derecho y Protección de Consumidores (6. Comisión) BT-Drs 18/3202.
- 26 <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/fall-edathy-staatsanwaelte-sehen-grenzbereich-zu-kinderpornografie-a-953482.html>.
- 27 <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/sebastian-edathy-prozess-gegen-5000-euro-eingestellt-a-1021339.html>.
- 28 A favor, KRINGS ZRP 2014, 69; Pro y Contra por FRIE-SER/RENZIKOWSKI, DRiZ 2014, 132 s.; en contra, FROMMEL, NK 2014, 205 ss.; GERCKE, CR 2014, 687 ss.; WIEDUWILT, K&R 2014, 627 ss.; véase además BACHMANN NJW 2014, 401, 407 s.; TITZ DRiZ 2014, 278 ss.
- 29 BUSCH NJW 2015, 977 ss.; WIEDUWILT, K&R 2015, 83 ss.
- 30 BGBl. 2012 I p. 1374; Proyecto de Ley BT-Drs 17/3355; Recomendación e Informe de la Comisión Jurídica (6. Comisión) BT-Drs 17/9199.
- 31 BVerfGE 117, 244 = BVerfG EuGRZ 2007, 223.
- 32 IGNOR/SÄTTELE, ZRP 2011, 69 ss.; SCHORK, NJW 2012, 2694 ss.; en contra, STEFANOPOULOU, JR 2012, 63 ss.; por una mayor protección para secretos profesionales o de servicio, TRIPS-HEBERT, ZRP 2012, 199 ss.
- 33 SCHORK, NJW 2012, 2694, 2697.
- 34 BGBl. 2013 I p. 935; Proyecto de Ley BT-Drs 17/1224; Recomendación e Informe de la Comisión Jurídica (6. Comisión) BT-Drs 17/12418.
- 35 Véase las novedades, BUCKOW, ZIS 2012, 557 ss.; SCHLOTHAUER, StV 2014, 55 ss. SENSBURG DRiZ 2013, 126 s.
- 36 BGBl. 2013 I p. 1805; Proyecto de Ley BT-Drs 17/6261; Recomendación e Informe de la Comisión Jurídica (6. Comisión) BT-Drs 17/12735.
- 37 Véase el proyecto en, BITTMANN, ZRP 2011, 72 ss.; BRAUNBECK, DRiZ 2011, 236; EISENBERG, HRRS 2011, 64 ss.; FRANKE/STRNAD FamRZ 2012, 1535 ss.; HAHN, RuP 2013, 19; HELMKEN, ZRP 2012, 209 ss.; HÖYNCK, RuP 2013, 18; PE-TER, StraFo 2013, 199 ss.
- 38 HELMKEN, ZRP 2012, 209, 212.

Argentina

Luis Fernando Niño¹

Universidad de Buenos Aires

Una vez más, el legislador en materia penal ha orientado su actividad, básicamente, a la creación de nuevas figuras delictivas y a la incorporación de agravantes respecto de las preexistentes, al compás del fenómeno global del expansionismo punitivo.

Como aparente excepción a tal manera de obrar, aunque encaminada al mismo efecto político-criminal, corresponde consignar tempranamente, en el trienio que hoy analizamos, la reforma debida a la ley **26738** (B.O.4/4/12), que suprimió el avenimiento, figura pre-

sente en el texto anterior del artículo 132 del Código Penal, conforme a la cual, la víctima mayor de dieciséis años de un delito de violación, estupro o rapto podía presentar una propuesta en tal sentido ante el Tribunal, que estaba facultado para aceptarla excepcionalmente y en la medida que hubiera sido “libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente”, la estimase “un modo más equitativo de armonizar el conflicto, con mejor resguardo del interés de la víctima”, posibilitando la extinción de la acción penal respecto del imputado o, en su caso, la suspensión del proceso a prueba.

Resulta decepcionante, frente a temas particularmente sensibles, como el de la violencia de género, que la forma de abordarlos se reduzca a la adopción de reformas normativas propias de un Derecho Penal simbólico, ciertamente fustigado por la doctrina, en lugar de vertebrar las respuestas punitivas que racionalmente corresponda en el marco de políticas de estado integrales que, de manera coordinada y permanente, apunten con eficacia a la prevención de conductas de esa naturaleza y al acompañamiento cabal de las víctimas.

En ese terreno, la ley **26791** (B.O.14/12/12), produjo múltiples variaciones al código sustantivo, que se detallan a continuación.

Reformó el primer inciso del artículo 80, referido a los homicidios agravados, que se penan con prisión perpetua, añadiendo al elenco anterior de sujetos pasivos —ascendiente, descendiente o cónyuge— al “ex cónyuge o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia”.

Evidentemente, al pergeñarse la nueva redacción, se ha intentado evitar la discriminación respecto de esposos, así como de personas convivientes o ex convivientes de hecho. Mas la introducción de la frase “relación de pareja”, apelando a experiencias existenciales que involucran componentes sociales y biológicos variables, ha conducido a tempranos planteos de inconstitucionalidad, al estimarse que englobar bajo su difuso marco “cualquier tipo de pareja, con o sin convivencia, de cualquier duración y de cualquier clase” con “una sanción máxima uniforme para todos los supuestos”, “elimina la posibilidad de aplicar las pautas mensuradoras del 40 y 41 del CP para adecuar la sanción punitiva a la gravedad del hecho”, vulnerando “el principio de proporcionalidad”, puesto que se “equipara situaciones disímiles...abarcando a las parejas circunstanciales, efímeras, que ni requieren trato sexual, que no tienen actualidad ni duración mínima establecida”².

También el inciso 4º del artículo 80 fue sustituido por otro que añade a las agravantes anteriormente tipificadas —homicidio por placer, codicia, odio racial o religioso— la frase “de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión”. La agravante es consustancial con la ley de identidad de género³

En sentido análogo, se incorporaron dos nuevos incisos, 11º y 12º, que agravan el homicidio, respectivamente, “cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género”, o “con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º”.

Para rematar esa serie de reformas al artículo 80, en virtud de la misma ley 26791 se excluye de la posibilidad de trasladar la pena perpetua a una temporal de ocho a veinticinco años de prisión, prevista genéricamente para el caso de mediar circunstancias extraordinarias de atenuación, “a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima”.

Se echa de menos, ante una intervención integral del tópico y refiriéndose a una terminología técnica, que el legislador haya obviado aclarar el concepto “violencia de género” en el art. 77 del CP, que define algunos de los vocablos que integran los tipos penales vigentes. Lo propio podría haber sucedido con “relación de pareja”, objeto de serios estudios científicos de reciente data⁴. Por otra parte, el reformador parece haber incurrido en el error de equiparar violencia de género con violencia contra la mujer, al modificar el último párrafo del artículo 80, excluyendo de la atenuante sólo a quien hubiere realizado actos violentos contra la mujer víctima. Valga apuntar, en tal sentido, que la ya referida ley de identidad de género brinda un espectro mucho más amplio que el aparentemente escogido por aquél; y —por otra parte— que la doctrina que fluye de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tales como el de “Suárez Rosero vs. Ecuador” (12/11/97), y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como los recaídos en “Nápoli, Erika E. y otros s/excarcelación” (Fallos: 321:3630) y “Veliz, Linda Cristina” (recurso de hecho del 15/6/2010), desautoriza la creación legislativa de categorías de seres humanos despojadas de derechos reconocidos a la generalidad.

A través de la ley 26813 (B.O. 16/1/13) se introdujeron modificaciones al texto de la registrada bajo el número 24660 (BO. 16/7/96), de ejecución de la pena privativa de libertad. Destaca en ellos el tratamiento diferencial otorgado a los condenados por delitos contra la integridad sexual, tanto en punto a su tratamiento en prisión como en lo relativo a los distintos beneficios derivados del régimen de progresividad, con recaudos

específicos al respecto, que incluyen el derecho de la víctima a ser escuchada por sí o por medio de su representante⁵.

La ley 26842 llamada “de trata de personas” (B.O. 27/12/12), al tiempo que extendió la pena accesoria de decomiso a bienes muebles o inmuebles en los que se hubiera mantenido a la víctima privada de libertad u objeto de explotación originada en diversos delitos, previstos en los artículos 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 del mismo Código, dispuso que tales bienes y las multas que se impongan en virtud de la condena por alguno de ellos sean afectados a programas de asistencia a la víctima.

En la Parte Especial, tal reforma elevó las penas asignadas a diversos ilícitos entre los ya apuntados —promoción o facilitación de la prostitución, rufianería, reducción a esclavitud o servidumbre, trata y explotación de personas—, agregó circunstancias agravantes y eliminó la diferencia preexistente relativa al consentimiento de la víctima en caso de mayores de edad⁶.

Esta última modificación resultó cuestionada por el colectivo que nuclea a quienes se reconocen como trabajadoras sexuales, alineado bajo la Central de Trabajadores de la Argentina⁷, aunque no reconocida por el Ministerio de Trabajo de la Nación. Pero más allá de esa oposición puntual y controvertida, es poco discutible que, también en este rubro, el universo de imputados e imputadas por trata no es ajeno a la selectividad que caracteriza al sistema penal; así como que no es sencillo definir quién es victimario y quién víctima, a poco que se bucee seria e interdisciplinariamente en cada caso concreto, al margen de estereotipos y prejuicios, perceptibles tanto en operadores del sistema judicial cuanto en los equipos profesionales específicos.

En el ámbito procesal penal, el mismo instrumento legal incluyó el artículo 250 quater, referido al modo especial de recepción de las declaraciones de las víctimas de los delitos de trata y explotación, así como a las particularidades que deben observarse en caso de efectuarse diligencias de reconocimientos de personas o lugares⁸.

Mediante la sanción de la ley 26847 (B.O. 12/4/13) se incorporó al Código Penal el artículo 148 bis, que prevé y reprime el trabajo infantil⁹. La iniciativa es plausible y, aunque no se indique en el texto del instrumento legal respectivo, se aviene a la manda genérica del artículo 4º de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y a la específica contenida en el artículo 32.2 de ese mismo tratado¹⁰.

Sin embargo, cuadra anotar una desatención significativa del legislador, al no advertir que la ley de migra-

ciones n° 25871 (B.O. 21/1/04) continúa previendo una simple pena de multa para quien proporcionare trabajo u ocupación remunerada, con o sin relación de dependencia, a los extranjeros que residen irregularmente (art. 55), la que ascenderá a cien salarios mínimo vital y móvil cuando se tratare de extranjeros no emancipados o menores de catorce años (art. 59, 3er. párrafo), monto que se elevará hasta en un cincuenta por ciento en caso de reincidencia (idem, 4° párrafo).

Cierto es que la ley 26390 (B.O. 25/6/2008) enfatiza en su artículo 2° que sus disposiciones alcanzan el trabajo de las personas menores de dieciocho años en todas sus formas, para —seguidamente— disponer que se eleva la edad mínima de admisión al empleo a los dieciséis años, y que se prohíbe el trabajo de las personas menores de esa edad, exista o no relación de empleo contractual, y sea éste remunerado o no. Mas resultaría oportuno corregir expresamente aquella consecuencia para evitar cuestiones de interpretación sistemática destinadas a superar la antinomia, toda vez que, de las tres reglas clásicas de prevalencia, el criterio cronológico se enfrenta al de especialidad, y es controvertible la operatividad del criterio jerárquico.

El llamado “ciberacoso sexual a menores”, más conocido por sus denominaciones en idioma inglés —*cibergrooming*, *childgrooming* o simplemente *grooming*— ha logrado plasmación en el Código Penal argentino a partir de la sanción de la ley 26904 (B.O. 4/12/13), que introduce en ese plexo normativo un nuevo artículo 131 con la siguiente redacción: “será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

Entre los aspectos pasibles de reparo de dicho precepto, que ha recibido fundados cuestionamientos¹¹, se advierte que no requiere mayoría de edad en el sujeto activo ni distingue en el sujeto pasivo la edad de madurez sexual habilitada, y que no exige la verificación de algún acto material posterior enderezado a la concreción de un encuentro, lo que se traduce en la punición de un mero acto preparatorio a cuyo respecto, por lo demás, se prevé una pena igual a la que el mismo cuerpo de leyes establece para el abuso sexual simple consumado contra un menor de trece años¹².

Por fin, la ley 27079 (B.O. 19/12/14) sustituye el artículo 252 del Código Penal, que había recibido una primera reforma al derogarse el Código de Justicia Militar mediante ley 26394 (B.O. 29/8/08), oportuna-

mente reseñada en esta reconocida publicación, añadiendo en su flamante párrafo 2°, como sujetos activos del abandono de la función pública a los miembros de fuerzas de seguridad o agencia estatal armada¹³.

La iniciativa, valga aclararlo, surgió como respuesta a huelgas policiales producidas en el mes de Diciembre de 2013 en varias provincias argentinas, las que derivaron en una ola de saqueos.

Notas

1 La recopilación de datos y el primer borrador de esta labor estuvieron a cargo, como en numerosas ediciones anteriores, de la Abogada Mariana GRASSO, Magistrada del Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina.

2 Fragmentos del planteo de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa en el caso “F. A. C.” y resuelto por la Cámara 1ra. del Crimen de la Ciudad de Cipoletti (Pcia. de Rio Negro) el 4/6/2014. Dicho órgano colegiado, aunque admitió expresamente tal deficiencia, e —inclusive— añadió otros reparos al texto reformado, tales como la supresión de la frase final del mismo inciso —“sabiendo que lo son”— “que exigía así el denominado dolo específico”, lo que “puede llevar incluso a la idea que éste ha perdido relevancia para la configuración del tipo”, declinó hacer lugar al recurso. Abogó, en lugar de ello, por una recta labor hermenéutica de los tribunales, en tren de armonizar la norma impugnada con los preceptos constitucionales para evitar penas desmedidas, sin acceder a la declaración impetrada, que estaba a su alcance merced a la vigencia, en el sistema judicial argentino, del control difuso de constitucionalidad.

3 Ley 26743 (B.O. del 24/5/12)

4 V. por todos. MAUREIRA CID, Fernando “Los cuatro componentes de la relación de pareja”, en Revista Electrónica de Psicología Iztacala, Facultad de Estudios Superiores, UNAM, volumen 14, n° 1, Marzo de 2011.

5 Texto completo de la ley en el siguiente sitio: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/207403/norma.htm>

6 Los preceptos reformados rezan del siguiente modo: **ARTÍCULO 125 bis.** El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años de prisión, aunque mediere el consentimiento de la víctima. **ARTÍCULO 126.** En el caso del artículo anterior, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión. **ARTÍCULO 127.** Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediere el consentimiento de la víctima. La pena será de

cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriera alguna de las siguientes circunstancias: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión. **ARTÍCULO 140.** Serán reprimidos con reclusión o prisión de cuatro (4) a quince (15) años el que redujere a una persona a esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad, y el que la recibiere en tal condición para mantenerla en ella. En la misma pena incurrirá el que obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados o a contraer matrimonio servil. **ARTÍCULO 145 bis.** Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima. **ARTÍCULO 145 ter.** En los supuestos del artículo 145 bis la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, cuando: 1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

2. La víctima estuviere embarazada, o fuere mayor de setenta (70) años. 3. La víctima fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma. 4. Las víctimas fueren tres (3) o más. 5. En la comisión del delito participaren tres (3) o más personas. 6. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 7. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando se lograra consumar la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión.

Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión

7 Se trata de AMMAR (Asociación de Mujeres Meretrices de la Argentina). Sus integrantes abogan por el pleno reconocimiento de su actividad, denuncian el abuso y la corrupción institucional y —específicamente— policial, facilitados —según lo interpretan— por códigos contravencionales y disposiciones penales que redundan en situaciones de mayor explotación; y pugnan por diferenciar el trabajo sexual de los fenómenos de trata y tráfico de personas.

8 **ARTÍCULO 250 quater.** “Siempre que fuere posible, las declaraciones de las víctimas de los delitos de trata y explotación de personas serán entrevistadas por un psicólogo designado por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogadas en forma directa por las partes. Cuando se cuente con los recursos necesarios, las víctimas serán recibidas en una ‘Sala Gesell’, disponiéndose la grabación de la entrevista en soporte audiovisual, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales. Se deberá notificar

al imputado y a su defensa de la realización de dicho acto. En aquellos procesos en los que aún no exista un imputado identificado los actos serán desarrollados con control judicial, previa notificación al Defensor Público Oficial. Las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el Tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista el interrogatorio propuesto por las partes, así como las inquietudes que surgieren durante el transcurso de la misma, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional de la víctima. Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares u objetos, la víctima será acompañada por el profesional que designe el Tribunal, no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado”.

9 **ARTÍCULO 148 bis.** Será reprimido con prisión de 1 (uno) a (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave. Quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente. No será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriera en la conducta descripta.

10 Cabe recordar que, en virtud de la reforma introducida en 1994 al texto de la Constitución Nacional de 1853, dicha Convención, en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional y debe entenderse complementaria de los derechos y garantías por ella reconocidos (art. 75, inciso 22).

11 RIQUERT, Marcelo A.: “El ‘cibergrooming’: nuevo art. 131 del C.P. y sus correcciones en el ‘Anteproyecto’ argentino de 2014”, Sección Artículos del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo, Suiza: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140408_03.pdf

12 El Anteproyecto de reforma integral del Código Penal, injustamente postergado en su tratamiento por meras maniobras electoralistas, dispone sobre el particular, en el inciso 4° de su artículo 133, que “(s)erá penado con prisión de uno a cinco años, el mayor de edad que tomare contacto con un menor de trece años, mediante conversaciones o relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un delito de este Título”. Está a la vista la superioridad de tal enunciado, a salvo de reparos de orden constitucional.

13 El nuevo texto reza: Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$ 750) a pesos doce mil quinientos (\$ 12.500) e inhabilitación especial de un (1) mes a un (1) año, el funcionario público que, sin habersele admitido la renuncia de su destino, lo abandonare con daño del servicio público. El miembro de una fuerza de seguridad nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o agencia estatal armada que por su naturaleza tenga a cargo el cuidado de personas, que a sabiendas abandonare injustificadamente actos de servicio o maliciosamente omitiere la prestación regular de la función o misión a la que reglamentariamente se encuentra obligado, será reprimido con pena de prisión de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial para ejercer cargos públicos por el doble tiempo de la condena. Si, como consecuencia del abandono u omisión tipificada en el párrafo precedente, se produjeren daños a bienes de la fuerza, bienes de terceros, lesiones o muerte de sus camaradas o terceros, se aplicará una pena de prisión de dos (2) a ocho (8) años e inhabilitación absoluta para desempeñar cargos públicos. El militar que abandonare su servicio, su destino o que desertare

em tempo de conflito armado o zona de catástrofe, será penado con prisión de uno (1) a seis (6) años. Si como consecuencia de su conducta resultare la muerte de una o más personas, se sufrirén pérdidas militares o se impidiere, o dificultase la salvación de vidas en supuesto de catástrofe, el máximo de la pena se elevará a doce (12) años. En cualquier caso se impondrán las penas aquí previstas siempre que no resultare un delito con pena más grave.

Brasil

Prof. Dr. Alexis Couto de Brito

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Os dois principais textos penais brasileiros têm sua origem na primeira metade do século passado, e foram construídos a mando e sob a ideologia de um Estado autoritário, à época, comandado por Getúlio Vargas. O Código penal data de 1940 (**decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**), embora tenha sofrido uma reforma da parte geral em 1984. E o Código de Processo penal data de 1941 (**decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**), e igualmente sofreu muitas alterações pontuais ao longo de todo o período posterior. Em um movimento de descodificação, muitas leis penais e processuais penais extravagantes foram editadas. Independentemente disto, tramitam no parlamento dois projetos de reforma total dos códigos penal e de processo penal. Diante desta avançada idade dos principais textos, no período de 2012 a 2015 já foram promovidas vinte e cinco leis que afetam diretamente o sistema penal e processual penal. A continuação, as principais alterações.

1. Alterações no Código Penal

O Código Penal Brasileiro não foi alvo de nenhum *abolitio criminis* no período. Houve somente a inclusão de delitos ainda não previstos ou a criação de circunstâncias legais para o aumento da pena. À evidência, nenhuma das alterações era justificada e prevaleceu o movimento de expansão penal e legislação simbólica.

Na parte geral, apenas uma alteração no tocante ao início do **prazo prescricional para os crimes contra a dignidade sexual** previstos no Código penal ou em legislação extravagante. O prazo prescricional terá início na data em que a vítima completar dezoito anos, salvo se a ação penal já houver sido proposta por seus representantes legais.

Em 2012, após um episódio no qual o telefone celular de uma atriz foi subtraído e suas fotos íntimas reveladas pela rede mundial de computadores, aprovou-se uma alteração do código penal para incluir um dos

primeiros **delitos informáticos** no sistema penal brasileiro. O artigo 154-A submete à pena de três meses a um ano aquele que “Invadir dispositivo informático alheio” “sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo”. A mesma lei alteradora (12.737/12) também criminalizou a interrupção de serviço telemático de utilidade pública (art. 266, §1º) e a falsificação de cartões de crédito o débito (art. 298, parágrafo único).

Outra inovação foi a criação do delito de **condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial** (art. 135-A), que procura abranger a situação na qual em casos de emergência médica alguns hospitais exigiam a entrega de uma caução para realizar o atendimento. A pena prevista é a de prisão de três meses a um ano.

Houve a separação, em 2014, dos delitos de contrabando (importação de produto proibido) e descaminho (importação sem recolhimento do tributo). Antes da alteração, os dois delitos constituíam um único artigo e, conseqüentemente, a mesma pena de um a quatro anos de prisão. Com a separação cria-se o artigo 334-A para o delito de contrabando, com pena de prisão de dois a cinco anos.

O delito de homicídio recebeu dois acréscimos. Um parágrafo 6º que estipula uma causa de aumento de pena se o delito for cometido por milícia privada (força paramilitar) ou grupo de extermínio; a propósito, cria-se o delito de constituição de milícia privada (art. 288-A) com previsão de pena de reclusão de 4 a 8 anos. E uma qualificadora (que eleva o marco penal de 6 a 20 anos para 12 a 30 anos) se o delito for praticado contra mulher “por razões da condição de sexo feminino”.

2. Alterações no Código de Processo Penal e demais institutos processuais

Uma importante e necessária alteração processual ocorreu em 2012. No Brasil a prisão preventiva é abusivamente utilizada pelos magistrados. Neste sentido, é comum que um acusado seja mantido preso por anos aguardando o julgamento. Na sentença que o condenava o juiz determinava o regime de cumprimento com base na pena imposta na sentença, sem considerar o prazo de prisão preventiva, e somente em sede de execução ocorreria a detração e conseqüente imissão em regime de cumprimento mais brando. Com a inclusão do parágrafo 2º no artigo 387, o magistrado é obrigado a considerar o tempo de prisão preventiva e já definir o regime de cumprimento mais brando na sentença.

Nos processos de julgamento relacionados ao crime organizado a lei 12.694/12 instituiu a possibilidade de um **julgamento colegiado**. O Juiz inicialmente competente poderá instaurar um colegiado com a participação de mais dois juizes para não adotar as decisões isoladamente.

No campo da extradição, após a constituição da república promulgada em 1988, era extremamente controversa a possibilidade de prisão com a finalidade exclusiva de garantir a extradição. O Código de Processo penal não tratava do assunto e a lei 6.815/80, denominada estatuto do estrangeiro, não era compatível. Com a alteração promovida pela lei 12.878/13 regulamentou-se a possibilidade de **prisão cautelar para fins de extradição**. O Estado interessado na extradição poderá, em caso de urgência e mesmo antes da formalização do pedido de extradição, requerer a prisão cautelar do extraditando.

Uma das alterações mais polêmicas e impactantes ocorreu como possibilidade de coleta de material genético. A lei 12.654/12 prevê a **coleta de perfil genético como forma de identificação criminal**. Por meio desta lei, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético, que serão armazenados em bancos de dados gerenciados por um órgão de perícia criminal. Tal identificação poderá ser obtida de qualquer acusado de qualquer delito, se “essencial às investigações policiais”, após autorização judicial espontânea ou provocada pela polícia ou Ministério Público. A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito. Além da previsão referente ao acusado de um delito, a mesma lei impõe a coleta obrigatória aos “condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990” (chamados crimes hediondos).

3. Leis extravagantes de regência

Em 2012 houve uma alteração significativa na lei de **lavagem de ativos** (9613/98). Adotava-se o sistema de rol de crimes antecedentes que poderiam derivar o crime de lavagem. Com a alteração extingui-se a lista, e o delito de lavagem de ativos poderá ser praticado tendo qualquer outro delito como antecedente.

Também se resolveu uma lacuna jurídico-penal que se arrastava há quase uma década. Editou-se a lei 12.850/13 que finalmente definiu o crime de participação em **organização criminosa**, algo que não existia

na antiga lei 9.034/95. Com a nova legislação, considera-se organização criminosa “a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”. Promover, constituir, financiar o integrar organização criminosa possui previsão de prisão de três a oito anos.

Uma curiosa tipificação foi a do crime de **discriminação aos portadores de HIV**. Submete-se a uma pena de prisão de um a quatro anos quem, em razão da condição de portador de vírus HIV, discriminar a outrem negando-lhe emprego ou demitindo-o do que ocupa, segregando-o em ambiente de trabalho, recusar atendimento médico ou simplesmente divulgar sua condição de portador do vírus (Lei 12.984/14).

No **Código de Trânsito Brasileiro** houve ocorreu uma das alterações mais conflitantes em 2104. Na sanha de criminalização foram acrescentados dois dispositivos que aparentemente são conflitantes. Aumenta-se a pena do delito de homicídio imprudente que resultar de disputa automobilística não autorizada para prisão de dois a quatro anos. E igualmente aumenta-se a pena de prisão para cinco a dez anos em caso de morte provocada por disputa automobilística não autorizada.

A última alteração em lei extravagante ocorreu neste ano de 2015, com a criação do crime de entrega de bebida alcoólica a adolescentes menores de 18 anos. Quem de qualquer forma “Vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou a adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica” estará sujeito a uma pena de prisão de dois a quatro anos.

China

By Yu Wang

Zhejiang University

In general, Chinese law can be classified as a continental law system, or as one closely related to the ideas and systems of continental law. For historical reasons, during the 1950s and 1960s, China’s legislation followed the example of the criminal law theories of the former Soviet Union. After the 1980s and in recent years, the criminal law theories of Germany, Japan, Great Britain and the United States influence China in succession.

Chinese legislation gradually improved after China's enactment of the 1979 Criminal Law. On October 1, 1997, a dramatically revised version of the Criminal Law took effect in China. The new law marked a significant departure from the previous version of the 1979 Criminal Law, enumerating 250 criminal offenses not included in the 1979 version. In addition, the 1997 Criminal Law reclassified "counterrevolution offenses" as "offenses endangering national security", abolished the analogy provisions in the 1979 Criminal Law, and gave explicit recognition to the principles of legality and equality. The 1997 Criminal Law not only improves the Chinese criminal justice system, but also helps China bring the country under the Rule of Law.

The 1997 Criminal Law has several key characteristics. First, it contains most of the former specific criminal laws and therefore retains typical Chinese characteristics. Second, the revision maintains the continuity and stability of the prior Criminal Law. Third, it tries to replace previous ambiguity with specificity and clarity.

I. THE SYSTEM OF THE CRIMINAL LAW

China's Criminal Law is very similar to that of Germany, France and Spain in terms of definition. In other words, it defines the crime, its corresponding criminal responsibility and ways to impose such responsibilities.

The system of Criminal Law is the organization and structure of the 1997 Criminal Law, which is divided into three parts: General Provisions, Specific Provisions, and Supplementary Provisions. The General Provisions and Specific Provisions are further organized into chapters, articles, paragraphs, items, and other substructures. The General Provisions apply not only to specific provisions, but also to criminal punishments imposed via other laws. The General Provisions consist of five chapters: the Aim, Basic Principles, and Scope of Application of the Criminal Law; Crime; Punishments; The Concrete Application of Punishments; and Other Provisions. The Specific Provisions consist of 10 chapters. The Supplementary Provisions provides only one article defining the effective date of the Criminal Law and its retroactive effect on other specific criminal laws and articles made prior to the effective date of the Criminal Law.

II. THE AMENDMENTS

Although the 1997 Criminal Law was heralded as "a major and significant measure to improve the criminal law and criminal justice"¹, it was disappointing in many respects, as will be shown in the following analyses.

It should also be pointed out that the revised Criminal Law of 1997, although supposed to systematize and stabilize the criminal law, has since been amended or supplemented by the SCNPC no fewer than nine times, not including the various interpretations issued by the SCNPC, the Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate. The following summary provides an overview of how extensively the 1997 Criminal Law has since been amended and supplemented:

- 1) Decision of the Standing Committee of the National People's Congress Decision on the Punishment of Crimes involving Fraudulent Purchasing, Evading, and Illegal Trading of Foreign Exchange, amending Article 190, but also supplementing the 1997 Criminal Law;
- 2) Amendment I, aiming at strengthening the economic order by way of imposing heavier punishments for economic crimes by amending Articles 162 (1), 168, 174, 180, 181, 185, 225 (3)
- 3) Amendment II, aiming at punishing the illegal occupation of and damage to forestland, by amending Article 342 only;
- 4) Amendment III, tightening provisions on terrorism and imposing more severe punishment on terrorist activities, by amending Articles 114, 115, 120, 125, 127, 191 and adding a new Article 291 (1);
- 5) Amendment IV, aiming at cracking down on the manufacture and sale of fake and shoddy medical apparatus and the smuggling of waste, punishing the use of child labour and the dereliction of duty of judicial officials, protecting valuable trees and plants and their products, by amending Articles 145, 155, 344, 345, 399 and adding a new Article 244 (1);
- 6) Amendment V, targeting credit card fraud, by amending Article 196 and adding a new Article 177 (1) and a new item to Article 369;
- 7) Amendment VI, being one of the more significant amendments since 1997. It mainly concerns crimes endangering public security, crimes against enterprise administration order, crimes undermining financial management order, crimes of harming the interests of listed companies and investors and commercial embezzlement. Heavier punishments are imposed on offenders and more severe criminal liabilities are incurred by persons in charge involved in such crimes. 19 articles were revised (134, 135, 139, 161, 162, 163, 164, 169, 175, 182, 185, 186, 187, 188, 191, 262, 303, 312, 399) and 8 sub-articles were added.

- 8) Amendment VII, amending eight Articles (151, 180, 201, 225, 312, 337, 375 and 395) and adding three new Articles and four sub-articles, targeting mainly fraud in security trading, tax evasion, illegal operation of financial businesses, corruption among state functionaries, computer crimes, etc.
- 9) Amendment VIII, being the most significant amendment since 1997: (a) it removes the death penalty for 13 economic crimes, representing a 19% reduction in death penalties in the Code (from 68 crimes to 55 crimes); (b) it strengthens the penalties for organized crime; (c) it improves the application of non-custodial penalties, including the introduction of a community correction system and more lenient penalties for minors and senior citizens.

Additionally, the Decision of the Standing Committee of the NPC on Revision of Certain Laws affects two Articles (381 and 410). Further, the SCNPC continues to adopt decisions that supplement the 1997 Criminal Law. Finally, the SCNPC has issued many interpretations of specific provisions of the Criminal Law. And, of course, there are many interpretations issued by the Supreme People's Court and Supreme People's Procuratorate on the enforcement and implementation of the Criminal Law.

III. ABUSE OF CRIMINAL PUNISHMENT

One of the major problems in the Chinese criminal justice system is its artificial and arbitrary distinction between administrative sanctions and criminal punishments. This distinction has caused many problems in human rights protection, as the imposition of administrative sanctions is out of the control of due process and beyond the supervision of the judiciary.

To be fair, it should be acknowledged that major efforts have been made to address this "abnormal" practice in the last two decades or so. First, in 1996 the NPC adopted the law on Administrative Penalties. Article 9 of the law provides specifically that all restraints of personal freedom must be prescribed by law. Article 10 then adds that administrative rules and regulations can only prescribe penalties other than the restraint of personal freedoms. Again, in 2000 the NPC promulgated the Law on Law-making which establishes a detailed list of exclusive legislative powers, to be exercised only the NPC and SCNPC. Under the law, administrative authorities are barred from enacting regulations on such matters as those relating to crimes and criminal penalties, the deprivation of the political rights of ci-

tizens, coercive measures, and penalties which restrict personal freedom. These legislative developments lay down a framework to limit the power of the administrative authorities in imposing sanctions against personal freedom and liberties.

Secondly, in 2005 the Law concerning Punishment in the Administration of Social Order was adopted by the SCNPC. The Law repealed the Regulations concerning Punishment in the Administration of Social Order. This Law then introduced into the national law framework a major form of administrative penalty and its administration for minor acts in violation of social order.

Thirdly, two most notorious forms of administrative sanctions were abolished. In reforming the Criminal Procedure Law in 1996 and after much debate, Shelter and Investigation (Shourong Shencha) (ostensibly a pre-trial measure but serving effectively as a punishment) was formally abolished when 1996 Criminal Procedure Law came into force on 1 January 1997. Then there was the Detention and Repatriation mechanism established by the State Council. In 2003 a university graduate named Sun Zhigang was detained in a Southern city in Guangdong Province under the measure and was apparently beaten to death. Several scholars then petitioned the Standing Committee of National People's Congress (SCNPC) to start a constitutional review of the measures. However, the measures were quickly repealed by the State Council.

Other efforts to curb the power of the administrative authorities in imposing penalties restricting personal freedom and liberties have so far been also successful, and this is particularly true in relation to Re-education through Labour (Laojiao). Laojiao, an administrative measure adopted in 1957, empowers the police to sentence a person guilty of such minor offenses as petty theft and prostitution, to a maximum of four years' incarceration.

The legality of such an institution was openly questioned in 1996 when the NPC adopted the law on Administrative Penalties. It clearly violates Articles 9 and 10 of the Law, as only the State Council is constitutionally empowered to issue administrative rules and regulations. Thus it was suggested that the Laojiao should either be abolished or be absorbed into the Criminal Law by stabling a new category of punishment, namely, police orders. In deed, during the revision of the Criminal Law suggestions were also made by scholars to have the Laojiao system reformed or abolished². These opinions were however ignored by the authorities, and the revision of the Criminal Law chose not to deal with the issue of Laojiao at all.

The legitimacy of Laojiao has been the subject of wide public speculation since several disputed cases came to public attention in the last years. Tang Hui, for example, was sentenced to 18 months' Laojiao by Yongzhou City in Hunan Province in August after she demanded death penalties for all seven men convicted of abducting, raping and forcing her 11-year-old daughter into prostitution. With pressures for reform, both from within and without, the SCNPC adopted a resolution on December 28, 2013 to abolish the system of Laojiao.

IV. REFORM OF CRIMINAL PROCEDURE LAW

China's current "Criminal Procedure Law" was enacted in 1979, and the law established the basic framework of criminal justice system with Chinese characteristics. The amendments in 1996 and 2012 to the CPL, involving the basic principles, procedures and rules emphasized balance on punishment of crime and protection of human rights, entity justice and procedure justice.

The 1996 year's revision became a milestone in the development history of China's criminal justice and human rights protection. The 2012 year's revision, which was participated by both of the scholars and judicial practitioners, amended on many aspects, including the compulsory measures, the evidence system, the criminal advocacy system, the investigation measures, the court trial procedures, etc.

The 2012 Amendment of CPL further implemented the idea of human rights protection in many aspects.

1. Protection of the criminal suspect or defendant's rights. Including: a) bring forward the criminal suspect's right of entrusting defender to the investigation stage (Art. 33, 96); b) extend the scope of legal aid (Art. 36); c) add the provision of not forcing anybody to incriminate himself (Art. 43); d) establish exclusionary rule. Statements and exculpations of criminal suspects or defendants that collected by extort confession by torture means and testimony of witness or statements of victims that collected by threat, enticement, deceit or other unlawful means shall be excluded (Art. 54); e) perfect compulsory measure system. Such as, to confirm application conditions of undertaking recognizance upon bail, residential surveillance and arrest; the judicial organs must send detained person to house of detention as soon as possible not more than 24 hours after detention, and must give notice custody reason and location to detainee's families not more than 24 hours after detention (Art. 83); f) establish community correction system (Art. 258), and so on.

2. Protection of the victim's rights. Including: a) add public prosecution case parties' reconciliation procedure. If the parties of certain types of public prosecution cases reach a settlement agreement, organs taking charge of the case may give a lighter punishment (Art. 277, 278, 279); b) stipulate the victim has the right to request protection from the court, procuratorate or public security authority (Art. 62).
3. Protection of the defense lawyer's rights. Including: a) lawyer can intervene in proceedings as defender at investigation stage (Art. 33); b) lawyer meet criminal suspect or defendant in custody should not be monitored (Art. 37); c) perfect the regulation of lawyer reading files (Art. 38); d) add confidentiality provisions of lawyer's practice (Art. 46).

V. CONCLUSION

Both criminal substantial and procedural laws have been amended several times in the last 30 years. The change shows China's dedication to improve its judicial system and human rights. The progress is continuing at great speed. On November 3, 2014, the Chinese National People's Congress released the Draft Amendment IX to the Criminal Law for public comment. Among other things, the Draft proposes amendments to provisions on bribery and unlawfully providing personal information in the Criminal Law and removes nine crimes from eligibility for the death penalty. After three readings the proposal will be adopted by SCNPC.

Notes

1 People's Daily Commentator, "A Major and Significant Measure to Improve the Criminal Law and Criminal Justice", People's Daily, 4 April 1997.

2 Chen Xingliang, "Dual Task for Criminal Revision: Change in Values and Adjustment of Structure", Peking University Law Journal, 1997.01, 56-60; Tao Jigang, "Sine Thoughts on the Law on Re-education through Labour", Journal of the China University of Police, 1995.03, 12.

Colombia

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Exmagistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia
Profesor Universitario.

En Colombia se produjeron en el 2012, 113 leyes; en el 2013, 93; en el 2014, 45; y en el 2015, a la fecha,

3. De esos grupos nos referimos a las relacionadas con derecho penal, ampliamente concebido, y hacemos un breve presentación de lo más importante de cada una de ellas.

Año 2012. Especialmente las siguientes leyes

1531. Creó la declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntarias. Se resalta que tal declaración no produce efectos de prescripción de la acción penal, ni impide la continuación de las investigaciones dirigidas a esclarecer la verdad, como tampoco obstaculiza la búsqueda de la víctima hasta cuando aparezca, viva o muerta, y sea plenamente identificada. Toma como “día del hecho” el que es consignado en la queja o denuncia correspondiente. Busca regular, preferentemente para efectos civiles, la situación jurídica de quienes “no se tiene noticia de su paradero” y no han sido hallados vivos ni muertos.

1542. Modificó el Código de Procedimiento en cuanto quitó el carácter de querellable y desistible a las acciones por los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria. Agregó que la violencia contra la mujer era perseguible de oficio, para adaptar la legislación patria a la Convención de Belém do Pará, y que en los delitos de violencia intrafamiliar la decisión del juez de ejecución de penas y medida de seguridad sobre sustitutos de la prisión (vigilancia electrónica) debe estar precedida de un concepto técnico favorable producido por un grupo interdisciplinario de Medicina Legal.

1548. Señaló los diversos grados de alcoholemia frente a conductores de automotores, así como las sanciones (multas y suspensiones de licencia) para los infractores y para quienes no permitan las pruebas físicas o clínicas orientadas a la detección de tales grados.

1568. Aprobó el Convenio entre Colombia y México y su Protocolo para evitar la doble imposición de tributos y para prevenir la evasión fiscal en relación con los impuestos sobre la renta y el patrimonio, hechos en Bogotá el 13 de agosto del 2009.

1573. Aprobó la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, adoptada por la Conferencia Negociadora en París el 21 de noviembre de 1997. Tras señalar su definición¹ se ocupó, entre otros fenómenos, de la complicidad, la ayuda, la instigación, incitación, tentativa, confabulación, responsabilidad de las personas jurídicas y extradición. Siguió de cerca la Recomendación Revisada para Combatir el cohecho

en las transacciones internacionales, aprobada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

1592. Modificó la Ley 975 del 2005, denominada “Ley de justicia y paz”, sobre todo en lo atinente los siguientes temas: definición y derechos de la víctima; causales de terminación del proceso de justicia y paz; exclusión de la lista de postulados a “justicia y paz”; renuncia expresa al proceso de “justicia y paz”; vocación reparadora de los bienes entregados, ofrecidos o denunciados; deber de los postulados de contribuir a la reparación integral de las víctimas; principios de celeridad, esclarecimiento de la verdad, “enfoque diferencial” y “priorización de casos”; bienes objeto de extinción de dominio; imposición de medidas cautelares sobre bienes; imputación; sustitución de medidas de aseguramiento; condena de ejecución condicional; contribución a la reparación integral; deber judicial de memoria; resocialización y reintegración de postulados, etc.

1594: Aprobó el minucioso y detallado Tratado entre Colombia y Suiza sobre asistencia legal mutua en asuntos penales, hecho en Davos (Suiza) el 28 de enero del 2011.

1596. Aprobó el Tratado entre Colombia y Rusia sobre asistencia legal recíproca en materia penal, suscrito en Moscú (Rusia) el 6 de abril del 2010.

Año 2013. Sobresalen las siguientes leyes

1620. Creó el Sistema Nacional de Convivencia escolar y formación para el ejercicio de los derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar. En lo esencial, se ocupa en el *bullying* o acoso escolar, y en el *ciberbullying*, o ciberacoso escolar. El primero lo estructura así: conducta negativa, intencional, metódica y sistemática, agresiva, intimidante, humillante, ridiculizante y difamatoria. Implica coacción, aislamiento deliberado, amenaza o incitación a la violencia. Equivale a cualquier forma de maltrato psicológico, verbal, físico o por medios electrónicos, contra un niño, una niña o un adolescente por parte de un estudiante o varios de sus pares con quienes mantiene una relación de poder asimétrica, que se presenta de forma reiterada o a lo largo de un tiempo determinado. También comprende los mismos comportamientos, desplegados por docentes contra estudiantes y de estudiantes contra docentes. Y el segundo es descrito como una forma de intimidación con uso deliberado de tecnologías de información para ejercer maltrato psicológico continuado (internet, redes sociales virtuales, telefonía móvil y videojuegos online).

1621. Larga ley estatutaria que fortaleció las actividades de los organismos que cumplen funciones de inteligencia y contrainteligencia.

1639. Reforzó las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con “ácido” y aumentó las penas para los delitos de lesiones personales que afectan el rostro (adición del artículo 113 del Código Penal). Reguló el control de venta de ácido, la atención integral de las víctimas de uso de ácidos y similares o elementos corrosivos, y concluyó diciendo que todos los procedimientos e intervenciones corrían por cuenta del Estado.

1652. Reglamentó las entrevistas y testimonios realizados en procesos penales que involucran niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

1662. Aprobó el acuerdo entre Colombia y la Corte Penal Internacional sobre ejecución de penas impuestas por ese Tribunal.

1696. Agregó una causal de agravación para el homicidio culposo: conducir vehículos con un grado o más de alcohol en la sangre, o bajo el efecto de drogas o sustancias que produzcan dependencia física, psíquica, siempre que ello haya sido determinante para la ocurrencia del suceso.

1698. Creó y organizó el sistema de defensa especializada de miembros de la fuerza pública, para asuntos penales ordinarios, especiales, disciplinarios, en el orden nacional e internacional, así como la defensa de esos miembros ante terceros Estados. Sustrajo de tal protección estatal a las personas que incurran en los siguientes delitos: contra la administración pública; sexuales; contra la familia; violencia intrafamiliar; inasistencia alimentaria; extorsión; estafa; lavado de capitales; tráfico de estupefacientes; enriquecimiento ilícito; contra la fe pública, la existencia y seguridad del Estado y el régimen constitucional y legal.

Año 2014. Principalmente estas leyes

1709. Ley que ampliamente cambió, en varios aspectos, el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993).

1704. Modificó los Códigos Penal y de Procedimiento Penal para garantizar aún más el acceso de las víctimas a la justicia en materia sexual, especialmente con ocasión de conflicto armado. Para ello creó tipos penales y, por supuesto, aumentó penas.

En el *año 2015* todavía no se han producido leyes penales trascendentes. Existen algunos proyectos en camino.

De esta breve reseña se puede concluir:

1. Colombia sigue con rigidez impresionante unas de las *modas* de algunos sectores del derecho penal actual, propias de unas de las aristas de la elasticidad *pos-moderna*: predilección exacerbada por la víctima, con casi olvido total del procesado; elevadísima protección formal de los “menores” (niños, niñas, adolescentes), cuando, en verdad, en muchos casos, siguen siendo objeto de uso, abuso, utilización, por parte de los “mayores”, con diversas finalidades; fortalecimiento de la represión, de las armas, cuando todos los días nos hablan y hablamos de búsqueda de la paz; alta defensa de la mujer con abandono del hombre; anhelo de ayuda a la integridad familiar, con escasas o precarias medidas evitativas de los males sociales; adopción de palabras interesantes como *bullying* y *ciberbullying*, en vez de proporcionar una seria educación, etc.

2. También conforme a la *moda*, pero más para dar gusto a los *populistas*, y de acuerdo con el *momento*, cada vez mayor severidad contra quienes ingieren bebidas alcohólicas y conducen vehículos, y contra quienes infringen la libertad sexual y el estado infantil o adolescente.

Como se puede observar, lo positivo de la *modernidad*, mucho o poco, nada interesa. Y, desde luego, menos, los pujantes esfuerzos de la *transmodernidad*.

Todo ello, naturalmente, para evitar la confección de una seria, clara, previsible y alcanzable política criminal.

Notas

1 Su definición es esta: Tal cohecho se presenta cuando una persona, deliberadamente, ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida, pecuniaria o de otra índole, a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero, para que el servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio, o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.

Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora

Defensor Público

1. Aspectos legales

Las principales reformas legales que en materia penal y procesal penal se han dictado en Costa Rica durante el período en estudio son las siguientes:

Ley 9048 de 10 de julio de 2012: introduce al Código Penal un disciplinamiento de los llamados Delitos Informáticos y Conexos creando la figura de la Estafa Informática, el Sabotaje Informático y el Daño Informático además de agregar un inciso al tipo penal ya existente de Daño Agravado.

De igual modo adiciona una Sección VIII al Título VII del Código Penal que será entonces conocida como “Delitos Informáticos y Conexos” que contiene las siguientes figuras penales: Suplantación de identidad (pena de prisión de uno a tres años); Espionaje informático (prisión de tres a seis años); Instalación o propagación de programas informáticos maliciosos (encierro de uno a seis años o de tres a nueve en casos calificados); Suplantación de páginas electrónicas (prisión de uno a tres años o de tres a seis en casos calificados); Facilitación del delito informático (pena de prisión de uno a cuatro años); Difusión de información falsa (encierro de tres a seis años).

Establece una disposición genérica duplicando la pena cuando cualquiera de los delitos cometidos por medio de un sistema o red informática o telemática, o los contenedores electrónicos, ópticos o magnéticos afecte la lucha contra el narcotráfico o el crimen organizado.

Ley 9078 de 4 de octubre de 2012: actualiza la tipificación del delito de conducción temeraria imponiendo una pena de 1 a 3 años de prisión en los siguientes supuestos: a) A quien conduzca un vehículo automotor en las vías públicas en carreras ilícitas; b) A quien conduzca un vehículo automotor a una velocidad superior a ciento cincuenta kilómetros por hora; c) A quien conduzca un vehículo automotor en las vías públicas bajo la influencia de bebidas alcohólicas, con una concentración de alcohol en sangre superior a 0,75 gramos por cada litro de sangre o con una concentración de alcohol en aire superior a 0,38 mg por litro en el caso de cualquier tipo de conductor; o con una concentración de alcohol en sangre superior a 0,50 g de alcohol por cada litro de sangre o con una concentración de alcohol en aire superior a 0,25 mg por litro si se trata de un conductor profesional o de un conductor al que se le ha expedido por primera vez la licencia de conducir en un plazo inferior a los tres años respecto del día en que se detectó la presencia del alcohol (esta pena se aplica también para quien conduzca bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sustancias que produzcan estados de alteración y efectos enervantes o depresivos).

En todas las circunstancias anteriores además se inhabilitará para conducir todo tipo de vehículos de dos a

cuatro años y al conductor reincidente se le aumentará la pena de prisión en un tercio.

De igual manera modifica el artículo 110 del Código Penal excluyendo de la aplicación de la medida del “Comiso” los vehículos involucrados en la comisión del hecho delictivo antes descrito.

Si la pena de prisión es de dos años o menos podrá ser conmutada por una multa cuyo parámetro será el salario correspondiente al “Auxiliar Administrativo Uno” de la Relación de Puestos del Poder Judicial de conformidad con la ley de presupuesto ordinario de la República aprobada en el mes de noviembre anterior a la fecha en que se cometa la infracción (no pudiendo ser menor de un salario base ni mayor de tres), o bien conmutada por la imposición de una medida alternativa de prestación de servicio de utilidad pública que podrá ir desde 100 hasta 300 horas de servicio en los lugares y la forma que se dispongan por la autoridad jurisdiccional competente.

Ley 9161 de 23 de setiembre de 2013: Reforma el artículo 77 de la llamada Ley de Psicotrópicos agregando el artículo 77 bis para sancionar la introducción de drogas a un centro penal con una pena disminuida de 3 a 8 años de prisión (siendo la pena para aquel tipo penal de 8 a 15 años de encierro) cuando una mujer sea autora o participe en la introducción de la droga y cumpla una o varias de las siguientes condiciones: a) Se encuentre en condición de pobreza; b) Sea jefa de hogar en condición de vulnerabilidad; c) Tenga bajo su cargo personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad que amerite la dependencia de la persona que la tiene a su cargo; d) Sea una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad.

Además de contener una pena atenuada como se acaba de describir también se dispone la posibilidad de que tanto el juez sentenciador competente o el juez de ejecución de la pena disponga el cumplimiento de la pena impuesta en las modalidades de detención domiciliaria, libertad asistida, régimen de centros de confianza, libertad restringida con dispositivos electrónicos no estigmatizantes o cualquier tipo de medida alternativa a la prisión.

Ley de 25 de setiembre de 2014: regula el uso de mecanismos electrónicos de vigilancia y supervisión como alternativas al cumplimiento de la medida de privación de libertad ya sea en su modalidad de localización permanente de las personas sujetas a una medida cautelar o para el control de personas sentenciadas otorgando al juez penal o al de ejecución de la pena, según corresponda, la capacidad legal para decidir acerca del ámbito de movilización de la persona que usará el

mecanismo y a la Dirección General de Adaptación Social la supervisión y el seguimiento del cumplimiento de la medida.

En su modalidad de alternativa al cumplimiento de la sanción de encierro procederá bajo la denominación de “Arresto domiciliario con monitoreo electrónico” y podrá ser aplicada por el juez al condenar bajo los siguientes supuestos: a) Que la pena impuesta no supere los seis años de prisión; b) Que no sea por delitos tramitados bajo el procedimiento especial de crimen organizado, ni delitos sexuales contra menores de edad, ni delitos en que se hayan utilizado armas de fuego; c) que se trate de un delincuente primario; y d) Que de acuerdo con las circunstancias personales del condenado se desprenda razonablemente que no constituya un peligro y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

Bajo esta misma modalidad pero tratándose de personas que ya han ingresado a un centro penal a descontar la pena impuesta podrá ser aplicada por el juez de ejecución de la pena bajo lo siguientes supuestos: a) Mujer condenada en estado avanzado de embarazo al momento del ingreso a prisión, madre —jefa de hogar— de hijo menor de edad hasta de doce años o que el mismo o algún familiar sufra algún tipo de discapacidad o enfermedad grave (en ausencia de ella, el padre que haya asumido esta responsabilidad tendrá el mismo beneficio); b) Persona condenada que sea mayor de sesenta y cinco años siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito justifiquen la sustitución de la prisión; c) Persona condenada a la que le sobrevenga alguna enfermedad física, adictiva o psiquiátrica cuyo tratamiento resulte pertinente hacerlo fuera de prisión para asegurar la recuperación; d) Persona condenada a la que le sobrevengan situaciones en la ejecución de la pena que ameriten el resguardo del principio de humanidad siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito justifiquen la sustitución de la prisión.

El transitorio único de la ley establece que durante el primer año desde la aprobación de esta ley se aplicará la modalidad de localización permanente con dispositivo electrónico únicamente como medida cautelar, salvo que el Ministerio de Justicia y Paz cuente con la infraestructura para desarrollarla en otras áreas.

2. Aspectos criminológicos

A propósito de las reformas legales del período estudiado que hemos reseñado anteriormente quisiéramos anotar algunas breves consideraciones de tipo criminológico.

I. El delito de conducción temeraria por ingesta de alcohol se introdujo en la legislación costarricense mediante ley 8696 de 17 de febrero de 2008, en medio de la consabida campaña de Ley y Orden que las empresas de trasiego masivo de la información han montado desde hace más de dos décadas (como lo hemos reseñado en este espacio de la Revista). En efecto, partiendo de un referente real de una cantidad lamentable de accidentes automovilísticos con resultado de lesiones o muerte en las carreteras nacionales las agencias que lucran con el fenómeno de la comunicación social diseñaron una agenda pública donde el tema de la conducción bajo el influjo de bebidas alcohólicas generó una indignación marcada entre la población que fue reconducida hacia una demanda por el recurso de la penalización de la conducta.

En medio de un frenesí punitivo el inicio de la aplicación de la mencionada ley supuso una política de persecución criminal del Ministerio Público según la cual a los conductores temerarios bajo la hipótesis en estudio debía someterseles indiscutiblemente a la aplicación de alguna medida cautelar, incluso la prisión preventiva, y al decomiso provisional del vehículo conducido a la espera definitiva de la resolución del caso una vez alcanzada la cual se solicitaba la pérdida definitiva del bien en favor del estado incluso en asuntos que se saldaban con el dictado de un sobreseimiento definitivo en favor del imputado.

Como es de suponer ese decomiso provisional generó un atasco inmanejable en los depósitos judiciales de vehículos y un deterioro en los bienes, al tiempo que el comiso definitivo puso sobre el tapete una problemática económica de ribetes inconmensurables toda vez que no sólo se trataba de la pérdida de un bien de gran valor económico en el contexto de una economía subdesarrollada sino que en no pocas ocasiones suponía una pena confiscatoria que se trasladaba al núcleo familiar del acusado e incluso a su entorno laboral.

Puede verse como apenas escasamente cuatro años después, la ley que retipifica la conducta que nos viene ocupando ha tenido que incluir una disposición expresa que excluye los vehículos conducidos por personas acusadas de hacerlo bajo la influencia del licor de la medida del comiso, haciéndose eco de una posición jurisprudencial proveniente de los antiguos tribunales de casación (hoy convertidos en tribunales de apelación de la sentencia penal) que afortunadamente puso freno a la confiscación que comentamos.

Desde el punto de vista de la reflexión criminológica lo que nos interesa destacar es como producto de lo que hemos llamado frenesí punitivo se diseña de parte del

órgano fiscal una medida que en la práctica rebasó las posibilidades reales de almacenamiento de objetos del sistema, pero que además nunca tuvo en mente principios tan caros a un sistema republicano como el de rechazar las penas confiscatorias y el de que las consecuencias de la sanción penal no deben trascender a la familia del condenado.

Tan solo cuatro años después lo que en su momento fue pensado por la agencia judicial encargada de la persecución penal y alabado prácticamente sin cuestionamiento por jueces penales e incluso jueces de juicio como una consecuencia deseable, propia e ineludible de la aplicación de la ley penal fue derogada expresamente producto de una reflexión más reposada y razonable.

Estas decisiones de política de persecución criminal estandarizadas y automáticas que tienden únicamente a una aplicación inquisitiva del poder punitivo las encontramos en ocasiones también en punto a la aplicación de medidas alternas como la suspensión del proceso a prueba o para la aplicación del procedimiento abreviado.

II. En la reforma legal a la ley de psicotrópicos que permite la aplicación de una pena disminuida cuando se trata de mujeres que en condiciones de vulnerabilidad introducen droga a los centros penales debe destacarse el papel protagónico de la Dirección de la Defensa Pública que participó activamente en la redacción e impulso legislativo del texto legal (la Defensa Pública es la institución perteneciente al Poder Judicial que tiene en encargo legal de defender a las personas de escasos recursos que se enfrentadas a la persecución penal).

Este protagonismo refleja un desenvolvimiento que se viene tejiendo desde hace varios años donde dicha estructura jerárquica ha logrado un posicionamiento relativo en el escenario político penal logrando alguna cobertura mediática, participando en instancias públicas donde se toman decisiones relacionadas con políticas de género y alcanzando una cierta capacidad de palabra.

Esta situación nos presenta un escenario bastante complejo —por llamarlo de algún modo— en el tanto aquellas instancias de determinación de políticas públicas de género suelen tomar partido en favor de posiciones de corte punitivo como ha sucedido alrededor de la tipificación penal de hechos relacionados con la violencia de género, o como cuando se ha propugnado la creación de un estándar para el desempeño de cargos públicos con criterios de selección relacionados con la existencia de antecedentes —oficiales o no— por conductas de este tipo.

En el caso que nos ocupa la vinculación de la Dirección de la Defensa Pública con las instancias mencionadas produjo más bien una medida en favor de una aplicación reducida de la legislación punitiva aprovechando que las beneficiarias son mujeres, algo que viene a demostrar —como ya decíamos— la complejidad del entramado sociopolítico en el que se construye el derecho penal.

Sin embargo valdría la pena reflexionar si el desenvolvimiento en esferas de ese tipo no podría comprometer la beligerancia que la Defensa Pública podría tener en favor de la población masculina sometida a persecución penal. En este sentido la reflexión puede tener como base la inexistencia de pensamiento teórico (cursos de capacitación, publicaciones académicas, etc.) en favor de estrategias de defensa institucionalizadas para el caso de hombres sometidos a la persecución penal.

Sin ir más allá nótese que la reforma legal que comentamos no pensó en la situación de cierto tipo de población masculina que también podría estar sometida a condiciones de vulnerabilidad similares a las de las mujeres que introducen droga a los centros penales como padres (varones) de privados de libertad o parejas homosexuales de aquellos.

III. Una situación similar a la anterior se presenta en punto a la promulgación de la ley de mecanismos electrónicos de vigilancia, similar en cuanto al papel que en el diseño de la misma y en su impulso tuvo la Dirección de la Defensa Pública. En referencia a este caso viene a resultar todavía más evidente el aspecto criminológico que hemos querido resaltar en las líneas inmediatamente precedentes referido a las consecuencias que en el papel técnico jurídico en el ejercicio de la defensa de los casos concretos puede tener la vinculación de la institución en cuestión al escenario de la política nacional de penalización y persecución criminal.

A raíz precisamente de la promulgación del texto en cuestión la mencionada Dirección hizo circular entre el personal técnico de la Defensa Pública de Costa Rica el siguiente comunicado:

“...Se asumió un compromiso en el sentido de que una vez que el Ministerio de Justicia cuente con la infraestructura para implementar la ley; presentaremos casos ante los jueces(as) y fiscales(as) que realmente cumplan con las condiciones que los señores y señoras diputados(as) introdujeron en esta ley. Visualizando en los casos, los aspectos humanitarios, de género y enfermedades crónicas, y sobre todo motivando a nuestros usuarios a cambiar sus vidas con proyectos de vida que estén alejados del delito.

La Dirección de la Defensa Pública informa que la implementación de esta ley va acompañada de un proceso de adecuación de la estructura institucional para implementar

los mecanismos electrónicos, que depende del Ministerio de Justicia, y es necesaria para la entrada en vigencia de la ley.

Por tal, razón en esta primera etapa nos avocamos a definir a lo interno de la institución, las directrices para el manejo de los casos tanto en penal como en ejecución del a pena, identificar las áreas de capacitación y la coordinación con el Ministerio de Justicia para que pueda entrar en vigencia la nueva normativa. Una vez que hayamos agotados estas etapas previas para la implementación de la ley, se estará informando para que los defensores y defensoras puedan comenzar a promover los casos bajo la ley...” (comunicado de la Dirección de la Defensa Pública circulado en fecha 10 de noviembre de 2014 por la vía de las direcciones de correo electrónicas institucionales del personal de la Defensa Pública).

Puede verse que se da cuenta de un compromiso interinstitucional con autoridades del Poder Ejecutivo según el cual se ha transado el ejercicio concreto de estrategias de defensa en casos específicos; si bien es cierto no podríamos sostener que en la práctica se produjera algún cercenamiento específico de la independencia de criterio técnico de algún defensor en el ejercicio de la defensa de alguno de sus usuarios no menos cierto es que la comunicación en cuestión está revestida de la autoridad formal y efectiva que puede tener cualquier comunicado emanado de la más alta instancia jerárquica de la institución.

Mientras este comunicado hace ver a los defensores —a quienes por disposición de ley se les ha encargado la defensa efectiva y actual de los intereses de ciudadanos sometidos a persecución penal— que deberán esperar una especie de instructivo para empezar a propiciar la ejecución de los mecanismos electrónicos de supervisión como alternativa a la pena de prisión y a la prisión preventiva, un tribunal de apelación ante el reclamo por la vía de un Recurso de Apelación contra la Sentencia Penal (presentado por una defensora pública) sostuvo más bien la aplicación inmediata de la legislación en comentario.

Es así como la sentencia 292-2015 de las 8:05 a.m. del 26 de febrero de 2015 del Tribunal de Apelación de la Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José teorizó sobre el mecanismo en cuestión y sobre la base de las siguientes consideraciones ordenó un reenvío de la causa para que se conociera sobre la aplicación en sustitución de la pena de encierro del mecanismo de vigilancia electrónica:

– se trata de una pena sustitutiva cuya aplicación requiere la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos para cuya verificación se requiere la realización de una audiencia acorde con las reglas de la intermediación, la oralidad y el contradictorio para que la decisión sobre estos extremos —que

debe ser motivada— sea susceptible de recurrirse por cualquiera de los interesados;

- si bien es cierto la disposición legal se publicó con posterioridad a la emisión de la sentencia en cuestión —razón por la cual ni la parte pudo hacer oportunamente alegatos al respecto ni tampoco el Tribunal de instancia tuvo ocasión de motivar nada sobre el particular— nada obsta para que se haga la argumentación correspondiente en sede de impugnación la cual tiene el deber no solo de aplicar la ley vigente sino de efectuar un análisis integral de lo resuelto conforme al debido proceso, que comprende la aplicación correcta de la ley sustantiva;
- esta omisión genera un reenvío sin nulidad alguna partiendo de que la citada normativa rige a partir de su publicación produciéndose el fenómeno conocido como extraactividad de la ley penal que excepciona el principio de que ley aplicable para el juzgamiento de los hechos es la vigente al momento de estos, a partir del principio de que debe aplicarse la ley más favorable al ciudadano.

España

Prof^a Dra. Elena Núñez Castaño

Universidad de Sevilla

El 30 de Marzo de 2015, y tras sucesivos proyectos y anteproyectos de reforma del Código penal, se aprueba la Ley Orgánica 1/2015, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código penal, cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de Julio de 2015. La reforma efectuada es de tal calado que afecta a 252 de sus artículos, y se suprimen 32. Pero la característica fundamental de la misma es el cambio de estructura en el sistema de delitos que hasta ahora conocíamos al hacerse desaparecer las faltas, pasando alguna de ellas a constituir lo que por primera vez se denomina “delitos leves”. La amplitud de los aspectos reformados durante este período es de tal entidad que un análisis pormenorizado de la misma excedería enormemente el enfoque de este trabajo; por ello, consideramos que lo mas adecuado sería centrarse en la enumeración y breve análisis de las reformas más importantes en esta materia. Para ello distinguiremos tres epígrafes principales, el primero dedicado a la exposición del nuevo sistema introducido que determina la desaparición de las faltas del nuestro Código penal, el segundo a las reformas de la Parte General del Derecho Penal y el tercero a la Parte Especial.

1. Supresión de las faltas (Libro III del Código penal) y creación de nuevos delitos leves

Se trata de una de las reformas de más calado de las contenidas en la LO 1/2015 que determina la desaparición del Libro III del Código penal que estaba dedicado a las “Faltas”, lo que determina que una parte de las conductas previstas en el mismo se deriven a la vía administrativa dentro de la Ley de Seguridad Ciudadana, o a la vía civil, mientras que otros comportamientos pasan a ser considerados delitos leves. La Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015 justifica la supresión de las mismas en que *“introduce coherencia en el sistema sancionador en su conjunto, pues una buena parte de ellas describen conductas sancionadas de forma más grave en el ámbito administrativo; en otras ocasiones, se trata de infracciones que son corregidas de forma más adecuada en otros ámbitos, como las faltas contra las relaciones familiares que tienen una respuesta más apropiada en el Derecho de Familia; y, en algunos casos, regulan conductas que, en realidad, son constitutivas de delito o deberían ser reguladas de forma expresa como delito”*.

De este modo, sobre la base de estas afirmaciones altamente cuestionables pero que por razones de espacio no podemos desarrollar aquí, el legislador de 2015 realiza la siguiente modificación en relación con las conductas consideradas hasta el momento como faltas:

A. Faltas contra las personas

Son las que sufren una mayor modificación y alteraciones en su regulación. Se reconducen de la siguiente forma:

- *Faltas de lesiones y maltrato de obra*, se configuran como tipo atenuado del art. 147.2 y 3, que sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal (art. 147.4).
- *Faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve*, se destipifican y se derivan hacia la vía civil en su modalidad de responsabilidad extracontractual de los arts. 1902 y siguientes del Código civil.
- *Homicidio y lesiones por imprudencia menos grave*, pasan a formar parte del catálogo de delitos leves (arts. 142.2 y 152.2), que se introduce por primera vez en nuestro Código penal, creando una nueva modalidad en la imprudencia hasta ahora no regulada en nuestro ordenamiento jurídico penal (imprudencia grave del art. 142.1, imprudencia menos grave del art. 142.2 y la imprudencia leve del art. 621 que desaparece del ámbito penal)¹.

- *Amenazas y Coacciones leves* se transforman en delitos leves como subtipos atenuados de los correspondientes delitos. Sin embargo, se despenalizan las injurias leves y las vejaciones injustas, salvo las que se realicen en el ámbito de la violencia doméstica.
- *Faltas de abandono* del art. 618 del Código penal se suprimen, de manera que, al tratarse de conductas omisivas en las que no se presta el auxilio necesario, las conductas más graves de abandono de un menor desamparado o de un incapaz, podrían subsumirse en el delito de omisión del deber de socorro. Los supuestos leves quedarían al margen de la intervención penal pudiendo reclamarse los derechos de las víctimas en la jurisdicción civil.
- *Incumplimiento leve de los deberes familiares o del régimen de custodia* regulados en los arts. 618.2 y 622, pasarían a la jurisdicción civil, de manera que las conductas más graves se subsumirán en los delitos recogidos en los arts. 226 y ss.

B. Faltas contra el patrimonio

En el caso de la falta de deslucimiento de bienes muebles o inmuebles recogida en el actual art. 626, los supuestos más graves se reconducirán al delito de daños, mientras que los supuestos leves se remitirán a la jurisdicción civil si los bienes afectados son privados, o a la administrativa si se trata de bienes de dominio público.

En el resto de los supuestos de faltas contra el patrimonio, se reconducen a delitos leves, o incluso en delitos menos graves². Sobre esta base, el criterio diferenciador entre los delitos menos graves y los delitos leves lo constituye el límite cuantitativo (400 euros), excluyendo la posibilidad de calificar como leves aquellos supuestos en los que concurra alguna circunstancia de agravación.

C. Faltas contra los intereses generales

Algunos supuestos pasan a ser considerados como delitos leves, es el caso de la expención o uso de moneda falsa (art. 386 Cp), la distribución o utilización de sellos de correos o efectos timbrados falsos (art. 389 Cp), o el abandono o maltrato de animales domésticos recogido en el art. 631.2, que pasan a incorporarse al delito de maltrato de animales como tipo atenuado del art. 337 bis.

El resto de comportamientos típicos, como abandono de jeringuillas u objetos peligrosos que puedan causar daños o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores (art. 630), dejar sueltos a animales

feroces o dañinos (art. 631.1), y cortar, talar, quemar, arrancar o recolectar especie o subespecie de flora amenazada o sus propágulos, sin grave perjuicio para el medio ambiente (art. 632.1), se redireccionan a la jurisdicción administrativa.

D. Faltas contra el orden público

reguladas en los actuales arts. 633 a 637 del Código penal se descriminalizan, con excepción de la recogida en el art. 635, consistente en mantenerse contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despecho profesional u oficina o establecimiento mercantil o local abierto al público que pasa a constituir una modalidad atenuada del delito de allanamiento de morada en el art. 203.2, y de la contenida en el primer inciso del art. 637, consistente en el uso público indebido de uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, que se incorporan al art. 402 bis.

El principal bloque de las faltas contra el orden público descriminalizadas, junto con una importante ampliación de los supuestos considerados, se incorporan como infracciones administrativas en la nueva Ley de Seguridad Ciudadana.

2. Reformas de la Parte General del Derecho Penal

Son numerosas y diversas las reformas que la LO 1/2015 incorpora a la Parte General del Código penal: se revisa el régimen de penas y su aplicación, se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, se produce una revisión técnica y amplia reforma del decomiso, se concreta y especifica la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se producen reformas puntuales en materia de libertad condicional, de prescripción y de antecedentes penales, pero la principal novedad en esta materia la constituye la introducción de la *prisión permanente revisable* para los supuestos de excepcional gravedad.

A. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Tal como establece la Exposición de Motivos de la Ley 1/2015, se produce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “*debido control*” cuyo quebrantamiento constituye el núcleo fundamentador de la mencionada responsabilidad. De este modo, al fundamentarse la responsabilidad penal de la persona jurídica en el *incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vi-*

gilancia y control, la reforma incorpora en el apartado segundo del art. 31 bis del Código penal, la delimitación de los que debe entenderse por cumplimiento de los deberes de vigilancia, estableciendo la existencia de una programa de prevención, cuyos requisitos regula en el apartado 5 del referido artículo.

Por otro lado, se extiende el régimen de responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (art. 31 *quinquies*, apartado segundo).

B. Modificación del régimen de penas y su aplicación

Son varias las reformas y novedades que la Ley 1/2015 incorpora en relación con el régimen de penas y la aplicación del mismo. La principal novedad la constituye la introducción de la figura de la *prisión permanente revisable* para el supuesto de conductas excepcionalmente graves, lo que determina ya *per se*, una necesaria reforma del régimen de establecimiento y aplicación de las penas.

1. Prisión permanente revisable (arts. 33,35,36,76, 78 bis y 92 del Código penal)

podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad como pueden ser: asesinatos de menores de 16 años o de persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, los subsiguientes a un delito contra la libertad sexual, los cometidos en el seno de una organización criminal o los asesinatos reiterados o cometido en serie (art. 140), los cometidos contra el Rey o la Reina o el Príncipe o la Princesa de Asturias, o contra jefes de Estado extranjeros (art. 485), el genocidio con homicidio o agresión sexual, y los crímenes de lesa humanidad con homicidio (art. 607).

De este modo, se establece para estos supuestos una pena de prisión del *duración indeterminada*, si bien sujeta a un régimen de revisión; de esta manera, se determina que tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad y naturaleza de los delitos cometidos, y acreditada la reinserción del penado, se aplicará el sistema de revisión que permitirá la libertad condicional o la suspensión de la pena si cumple los requisitos previstos en el art. 92 del Código penal, y en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos.

Una vez cumplida esa parte de la condena, que oscilará entre veinticinco y treinta y cinco años, un tribunal colegiado deberá valorar las circunstancias del penado

y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. Tras esa primer valoración y si en la misma no se cumplieran los requisitos necesarios, el Tribunal revisará de oficio cada dos años, y siempre que el penado lo solicite y haya transcurrido, al menos un año de la anterior solicitud.

2. Suspensión y sustitución de la pena (arts. 80 a 88, 90 a 94 del Código penal)

Se produce una revisión de la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena con la que se pone fin a la situación actual de existencia de una triple regulación de la suspensión (suspensión ordinaria, suspensión en el caso de drogodependientes y sustitución de la pena). Así, se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como *alternativas* u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión, de manera que la sustitución de la pena pasa a ser una modalidad de suspensión en la que el Juez puede acordar la imposición (como pena sustitutiva) de una pena multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Al mismo tiempo, se introduce como posible condición de la suspensión el cumplimiento de lo acordado entre las partes tras un proceso de mediación en aquellos casos en los que sea legalmente posible.

En relación con este tema se modifica el régimen de valoración del cumplimiento de la responsabilidad civil, de manera que el pago de la responsabilidad civil continua siendo un presupuesto de la suspensión de la ejecución, pero sería la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o de no facilitar el decomiso acordado lo que determina la revocación de la suspensión ya acordada.

3. Libertad condicional

Se introducen tres modificaciones de extraordinaria relevancia:

- Se incluye un nuevo supuesto privilegiado de acceso a la libertad condicional para los condenados por primera vez a penas de hasta tres años y con conducta irreprochable, respecto a los cuales se adelanta la posibilidad de obtener la libertad condicional a la mitad de la condena, frente a los 2/3 actuales.
- La libertad condicional pasa a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena. Así, a diferencia de lo que sucede hasta el momento, la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado perio-

do de tiempo, y si durante ese tiempo el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento.

- Se introduce la regulación del régimen de revisión de la prisión permanente revisable como supuesto de libertad condicional o de suspensión de la pena.

C. Reforma del decomiso

La amplitud y profundidad de la reforma que realiza la Ley 1/2015 en materia de decomiso (arts. 127 a 127 *octies* del Código penal) nos obliga a dedicarle un apartado en exclusiva. En primer lugar se pone fin al doble régimen de decomiso, según se tratara de delitos contra la salud pública u otros de diferente naturaleza, tal como existía hasta el momento. Por otra parte, las novedades en esta materia afectan, esencialmente a tres cuestiones: decomiso sin sentencia, decomiso ampliado, decomiso por sustitución y decomiso de bienes de terceros.

1. Decomiso sin sentencia

ya se encontraba regulado en el apartado 4 del art. 127, pero se realizan reformas para introducir modificaciones técnicas en su regulación e incorporar las normas procesales necesarias para hacer posible su aplicación.

2. Decomiso ampliado

ya fue introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de terrorismo y los cometidos por organizaciones criminales, pero tras la reforma de 2015 se extiende a supuestos de blanqueo y receptación, trata de seres humanos, prostitución, explotación y abuso de menores, falsificación de moneda, insolvencias punibles, delitos contra la hacienda pública y la seguridad social, corrupción en el sector privado, delitos informáticos, cohecho, malversación o delitos patrimoniales en casos de continuidad delictiva o multirreincidencia³.

3. Decomiso por sustitución

se recoge expresamente la posibilidad de que, en todos aquellos supuestos en los que el decomiso de los bienes o efectos procedentes del delito no resulta posible en todo o en parte, el juez o tribunal puedan, mediante la estimación y valoración de la actividad desarrollada, determinar una cantidad hasta cuyo importe quedará autorizado el decomiso de bienes.

4. Decomiso de bienes de terceros

ya estaba prevista en nuestra legislación el decomiso de bienes de tercero a fin de evitar que pueda eludirse el mismo mediante transferencia de los bienes y efectos a terceras personas, la reforma de 2015 introduce modificaciones técnicas orientadas a mejorar la eficacia en esta materia.

2. Reformas de la Parte Especial del Derecho Penal

Las reformas realizadas en relación con la Parte Especial del derecho Penal por parte de la Ley orgánica 1/2015, de 31 de marzo, son innumerables y profundas. Por un lado es de resaltar un incremento generalizado de las penas previstas para la mayor parte de los tipos delictivos contenidos en el Código penal, pero por otra parte es preciso diferenciar dos aspectos: por un lado, la modificación de figuras delictivas ya existentes, y por otro, la introducción de nuevos delitos. De forma muy breve haremos referencia a las principales reformas en este ámbito.

A. Modificación de figuras delictivas ya existentes

1. Delitos de homicidio y asesinato

En relación con el delito de homicidio se introducen dos tipos cualificados (art. 138.2) respecto de los cuales se impondrá la pena superior en grado a la del tipo básico (art. 138.1). La primera cualificación hace referencia a los supuestos en los que concurra alguna de las circunstancias mencionadas en el art. 140.1 del Código penal, y la segunda, cuando los hechos realizados (esto es, la muerte) sea, además, constitutivo de un delito de atentado del art. 550 del Código penal.

En relación con el delito de asesinato, la modificaciones son aún mayores y con mayor trascendencia. Por una parte, se incorporan una nueva circunstancias cualificadora que transforman la muerte en asesinato (junto con las ya existentes de alevosía, precio, recompensa o promesa y ensañamiento), que es “facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra”. En este supuesto, si concurren más de una de las circunstancias previstas en el apartado primero del art. 139, se impondrá la pena en su mitad superior.

Pero, por otra parte, en el art. 140, se incorpora un tipo agravado de asesinato, respecto del cual se establece una pena de prisión permanente revisable, para los casos en los que concurriendo una o más de las circunstancias previstas en el art. 139.1 del Código penal (circunstancias cualificadoras del asesinato), además estén

presentes alguna de las siguientes: que la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de sus edad, enfermedad o discapacidad; que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a una organización criminal⁴.

Por último, también se prevé la aplicación de la pena de prisión permanente revisable, respecto del tipo agravado de asesinato contenido en el art. 140.2, cuando el sujeto hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas en referencia a los supuestos de asesinatos reiterados, en serie o que afecten a más de dos personas.

2. Delito de Detenciones ilegales

Se modifica este delito introduciendo un tipo cualificado respecto del delito de detención ilegal o del de secuestro sin dar razón del paradero de la víctima, regulado en el art. 166, mediante la incorporación de un nuevo apartado, el segundo, en el cual se agrava la pena prevista en el apartado primero cuando la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o bien el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o el secuestro con la intención de atentar contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad.

3. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

Se introducen modificaciones en los delitos contra la libertad sexual justificados en la necesidad de llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, mediante la cual se obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en estos supuestos.

Entre las principales novedades en esta materia se encuentra la elevación de la “edad del consentimiento sexual” desde los 13 de la actual regulación a los 16 años; ello implica que la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo. De esta calificación quedarían excluidos los supuestos en los que el menor dieciséis años otorgue libremente su consentimiento, cuando el autor de los hechos sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez (art. 183 *quater* del Código penal), exención introducida por la reforma de 2015.

Se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos o abusos sexuales sobre otras personas con penas de hasta tres años de prisión en la nueva redacción del art. 183 *bis*.

Se sanciona de manera expresa y separada el lucro en la prostitución cuando concurran determinadas conductas que evidencien una situación de explotación. A estos efectos se entiende que existe explotación cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado primero, inciso segundo del art. 187 (que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica, o que se le impongan condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas).

Se introduce una definición de “pornografía infantil” en el art. 189. 1b) inciso segundo que recoge diversas situaciones enumeradas en el referido precepto, y que abarcan no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menos participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida.

Se castigan expresamente la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas discapacitadas, el que a sabiendas acceda a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y comunicación.

Se incluye un nuevo apartado en el art. 183 *ter* en el que se regula los supuestos en los que a través de medios tecnológicos se contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas.

4. Delitos relativos a la intimidad (arts. 197 a 197 *quinques* del Código penal)

Se modifican las conductas existentes de manera que se separan los supuestos de revelación de datos que afectan directamente a la intimidad personal, y el acceso a otros datos o informaciones que pueden afectar a la privacidad pero que no están referidos directamente a la intimidad personal. Junto a ello, se opta por la tipificación separada del mero acceso a los sistemas informáticos.

Se tipifica la interceptación de transmisiones automáticas entre equipos, que no sean transmisiones personales, que ya se encontraban recogidas en el Código penal.

También se modifica el precepto incluyendo como conducta típica la facilitación o producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados para la comisión de estos delitos.

5. Delitos contra la propiedad y el patrimonio

Se introducen diversas modificaciones encaminadas, esencialmente a una agravación de las penas y de los comportamientos típicos.

5.1. HURTO

En primer lugar, la novedad más importante al respecto es que, tal como señalábamos en el primer epígrafe, se suprime la falta de hurto que pasa a configurarse como delito leve siempre que la cuantía de lo sustraído sea inferior a 400 euros. Del mismo modo, se excluye la consideración como delito leve todos aquellos supuestos en los que, independientemente de la cuantía, concurra alguna agravación.

Se modifican los supuestos cualificados del delito de hurto, recogidos en el art. 235, incluyendo nuevas circunstancias de agravación específica. Así, por ejemplo, las siguientes:

- Se modifica el apartado 3º del art. 235 donde se cualifican los supuestos en los que el objeto material del delito sean “conducciones, cableado, equipos o componentes de infraestructuras de suministro eléctrico, de hidrocarburos o de los servicios de telecomunicaciones, o de otras cosas destinadas a la prestación de servicios de interés general, y se cause un grave quebranto a los mismos”.
- Se introduce un nuevo supuesto en el apartado 4º relativo a “productos agrarios o ganaderos, o de los instrumentos o medios que se utilizan para su obtención, siempre que el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas y se cause un grave perjuicio a las mismas”.
- Se modifica el supuesto relativo a la situación económica de la víctima, ahora incluido en el apartado 6º, en el que se incorporan nuevas situaciones como que se abuse de la “situación de desamparo, o aprovechando la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito”.
- Se introduce en el apartado 7º el supuesto de la “multirreincidencia”, cuando el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres

delitos de los comprendidos en el mismo Título, siempre que sean de la misma naturaleza.

- Se modifica la agravación relativa a la utilización de menores, incluida en el apartado 8º, elevando el límite de edad a 16 años.
- Se incluye una nueva cualificación, en el apartado 9º, para el supuesto en el que el “culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza”.

5.2. ROBO

La principal novedad que incorpora la Ley Orgánica 1/2015 es la relativa a la definición del propio delito de robo contenida en el art. 237 del Código penal. De este modo, respecto del delito de robo con fuerza en las cosas se considera que concurre la misma, si se emplea tanto para acceder como para abandonar el lugar donde se encuentran los objetos; de la misma manera, se establece que en el robo con violencia o intimidación se incluye tanto la utilizada para cometer el delito, como la empleada para proteger la huida o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren.

Se introduce un nuevo tipo agravado en el delito de robo con fuerza en las cosas determinado por el hecho de que revistan una especial gravedad atendiendo al modo de comisión (parece referirse el legislador a los supuestos de butrones y alimuzajes) o a los perjuicios causados. Y un nuevo supuesto agravado en el delito de robo con violencia cuando se cometa en local o establecimientos abierto al público.

5.3. ESTAFA

En primer lugar, de modo similar a como sucede con el delito de hurto, la falta de estafa pasa a configurar un delito leve recogido en el segundo inciso del artículo 249 del Código penal.

Se produce una modificación del catálogo de tipos cualificados recogidos en el art. 250. Así, en el número 5 del apartado 1º se incorpora una nueva circunstancia de agravación que se trataría de los supuestos en los que “afecte a un elevado número de personas”. Se introduce un número 8 en este mismo apartado relativo a los supuestos de multirreincidencia. Y se incluye una nueva circunstancia que configura el tipo hipercualificado del apartado 2 del art. 250, cual es que el valor de la defraudación supere los 250.000 euros.

5.4. ADMINISTRACION DESLEAL Y APROPIACION INDEBIDA

Se produce una reforma en esta materia dado que la regulación de la “administración desleal” se modifica y se traslada desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales dado que se trata de un delito contra el patrimonio, no solo societario en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera y no sólo una sociedad⁵. Así, la Sección Segunda del Capítulo VI del Título XIII (antes dedicada a la apropiación indebida) pasa a denominarse “De la administración desleal” configurada por el art. 252 del Código penal, que incorpora un nuevo tipo penal que analizaremos en el siguiente epígrafe.

Al mismo tiempo, se introduce una nueva Sección, la 2ª bis, que pasa a integrar los delitos de apropiación indebida bajo la rúbrica “De la apropiación indebida”. Esta nueva regulación diferencia entre las conductas constitutivas de administración desleal, que como veremos se fundamenta en la existencia de facultades de disposición, y la apropiación indebida, tratando de evitar con la regulación realizada en la reforma de 2015 la superposición de comportamientos que se producía en relación con la regulación anterior.

Así, el delito de Apropiación indebida es ampliamente modificado. En primer lugar se excluye de su ámbito típico los supuestos de distracción de bienes que pasan a incorporarse dentro del delito de administración desleal. En segundo lugar, se refunden los comportamientos constitutivos de apropiación indebida en dos modalidades:

- Apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza y deberes de custodia que se encuentra regulada en el art. 253, y que, a excepción de la modalidad de distracción, se corresponde en esencia con el actual delito de apropiación indebida del art. 252.
- Apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento de los deberes de custodia en el art. 254 que pasa a incorporar los supuestos de apropiación de cosa pérdida o de dueño desconocido, apropiación de bienes de valor artístico, histórico, cultural o científico (regulados en el actual 253) y apropiación de cosa recibida por error (recogido en el actual art. 254).

En ambas modalidades la apropiación indebida por valor inferior a 400 euros se configura como delito leve.

5.5. INSOLVENCIAS PUNIBLES Y FRUSTACION DE LA EJECUCION

Según la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 1/2015 la revisión y reformulación que se realiza res-

pecto de los delitos de insolvencia punible parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución que se correspondería con el tradicional delito de alzamiento de bienes, de los supuestos de insolvencia o bancarrota. Ello determina al legislador del 2015 a crear dos Capítulos diferenciados, el Capítulo VII respecto del cual se modifica su rúbrica pasando a denominarse “Frustración de la ejecución”, arts. 257 a 258 *ter* del Código penal, y el Capítulo VII *bis* (arts. 259 a 261 *bis*) con la rúbrica “De las insolvencias punibles”. Ello determina una reconfiguración completa de las modalidades típicas previstas en cada uno de los Capítulos respecto de las que realizaremos una breve exposición:

5.5.1. De la Frustración de la ejecución

Se configura por el tradicional delito de alzamiento de bienes, recogido en el art. 257, si bien en su apartado 2 se recoge el supuesto relativo a la elusión de la responsabilidad civil derivada de delito, que antes de la reforma configuraba el art. 258 del Código penal. Esta modalidad concreta se ha visto parcialmente modificada con la introducción de una nueva conducta típica relativa a la ocultación “por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva”, así como una nueva delimitación de la finalidad con la que actúa incorporando junto la expresión de un “delito que hubiere cometido”, la referencia “o del que debiera responder”.

De este modo, el art. 258 pasa a regular dos nuevas modalidades típicas: la ocultación de bienes en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo mediante la presentación incompleta o mendaz de una relación de bienes o patrimonio, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor (apartado 1), no facilite la mencionada declaración habiendo sido requerido para ello (apartado 2). A este respecto, el inciso segundo del art. 258.1 establece los supuestos en los cuales la relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta, es decir, cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación del delito que ampara dicho disfrute y de las condiciones a las que está sujeto.

En nuevo art. 258 *bis* incorpora otra modalidad típica de nuevo cuño tras la reforma de 2015, cual es la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad.

El art. 258 *ter* regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

5.5.2. De las Insolvencias Punibles

La Ley Orgánica 1/2015 realiza una completa y profunda reformulación de los delitos contenidos en el

nuevo Capítulo VII *bis*. Así en el art. 259 se incorpora una nueva regulación de los delitos de concurso punibles que se configura como una delicto de peligro, si bien vinculado a la situación de insolvencia actual o inminente del deudor y perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones (art. 259. 4). Para ello, el precepto incorpora un catálogo de conductas prohibidas para quien se encuentra en esta situación, contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio o se dificulta o imposibilita el conocimiento por el acreedor de la verdadera situación económica del deudor (art. 259. 1º a 8º)

De igual modo, se mantiene la tipificación expresa de la causación de la insolvencia por parte del deudor (art. 259.2), y se incorpora la modalidad imprudente en el apartado 3 del art. 259.

Se introducen varios tipos cualificados en el nuevo art. 259 *bis*, consistentes en: que se produzca o pueda producirse un perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en grave situación económica; que se cause a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros; y cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titular a la Hacienda Pública, estatal, autonómica, local o foral o a la Seguridad Social.

Se amplía la protección de los acreedores mediante la tipificación de acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores determinados llevadas a cabo antes de la declaración de concurso, pero cuando el deudor se encontraba ya en una situación de insolvencia actual o inminente (art. 260.1 Cp), y se mantiene el tradicional tipo de favorecimiento de acreedores, antes regulado en el art. 259, en el apartado 2 del art. 260.

5.6. DELITO DE DAÑOS

La falta de daños se configura como delito leve cuando el importe no excediere de 400 euros. Así mismo, se incorpora un nuevo tipo cualificado en el apartado 2 del art. 263, relativo a los supuestos en los que se hayan ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales.

En el ámbito de los delitos de daños (sabotaje informático) consistentes en borrar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos (art. 264), se produce una importante elevación de penas y se castigan con mayor gravedad, entre otros supuestos, cuando el hecho hubiera perjudicado gravemente

el funcionamiento de servicios públicos esenciales y cuando haya afectado al sistema informático de una infraestructura crítica o se hubiera creado una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea.

En relación a los daños que afecten a una infraestructura crítica, y al objeto de solventar los problemas de tipicidad que pudieran plantearse, toda vez que el catálogo de las mismas, según el art. 4.3 del Reglamento para su protección, aprobado por Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo, es secreto, se optó por incorporar en el texto del precepto un concepto de infraestructura crítica. La definición que se ha acogido para permitir la aplicación del tipo penal es la de considerar infraestructura crítica “un elemento, sistema o parte de este que sea esencial para el mantenimiento de funciones vitales de la sociedad, la salud, la seguridad, la protección y el bienestar económico y social de la población cuya perturbación o destrucción tendría un impacto significativo al no poder mantener sus funciones” (art. 264.2.4ª).

El art. 264 *bis* mantiene la modalidad típica referida a la interrupción de sistema informático ajeno, incorporando como tipos agravados los casos en los que se hubiera perjudicado de forma relevante la actividad normal de una empresa, negocio o de una Administración pública (art. 264 *bis* 1, inciso segundo), y cuando los hechos se hubieran cometido mediante la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitar el acceso al sistema o ganar la confianza de un tercero (art. 264 *bis* 3).

El art. 264 *ter* recoge el comportamiento de quienes, sin la debida autorización, produzca, adquiera para su uso, importe o facilite a terceros programas informáticos concebidos para la realización de los delitos de este capítulo, o la contraseña de ordenador o código de acceso o datos para acceder a un sistema de información.

6. Delitos contra el orden socioeconómico

6.1. PROPIEDAD INTELECTUAL

La reforma de 2015 incorpora una modificación de los delitos contra la propiedad intelectual en parte relativa a las penas y en parte a la configuración de las conductas típicas. De forma general se produce un aumento de penas de las distintas modalidades delictivas, fijando al mismo tiempo un marco penal amplio que permite al juez adecuarse a la gravedad de la conducta.

Se establece la imposición de una menor penalidad en los supuestos de distribución ambulante o meramente ocasional (art. 270. 4, inciso primero), y se excluye

la imposición de penas de prisión en los supuestos de escasa gravedad, en atención a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio (art. 270.4 inciso segundo).

Se sustituye en todas las modalidades típicas el elemento subjetivo del injusto de “ánimo de lucro”, por el de “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”.

En relación con la conducta típica prevista en el art. 270.1 se incorpora una nueva modalidad, consistente en explotar económicamente de cualquier otro modo una obra o prestación protegida sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Así mismo, se tipifica expresamente en el apartado 2 de este artículo facilitar de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin autorización, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras (clara referencia a las páginas de descargas). El apartado 5 c) y d) de este precepto castiga las conductas consistentes en eliminar o modificar las medidas tecnológicas eficaces para impedir las infracciones contra la propiedad intelectual, y eludir o facilitar la elusión, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a las obras, de las medidas tecnológicas utilizadas para evitarlo.

6.2. CORRUPCION EN LOS NEGOCIOS

Se modifica la rúbrica de la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII, que pasa a denominarse “Delitos de corrupción en los negocios”, y que comprenderá los arts. 286 *bis* a 286 *quater*. Se incluyen los delitos de pagos de sobornos para obtener ventajas competitivas cuando se trate de corrupción en el sector privado o de corrupción de un agente público extranjero.

Así mismo, se incluye un tipo agravado para los casos de corrupción e los negocios de especial trascendencia (art. 286 *quater*); se ofrece una definición de lo que deba considerarse “competición deportiva de especial relevancia económica” (art. 268 *bis* 4, segundo inciso), y en el delito de cohecho relativo a operaciones económicas internacionales recogido en el art. 286 *ter*, se remite la definición de funcionario a la realizada en los arts. 24 y 497 del Código penal.

7. Ordenación del territorio, protección patrimonio histórico-artístico y del medio ambiente y delitos de incendio

En relación con los delitos contra la ordenación del territorio se modifica el apartado 3 del art. 319 en el

sentido de permitir la paralización de los derribos de viviendas ilegales en las zonas costeras hasta que los propietarios tengan asegurado el cobro de las indemnizaciones.

Respecto de los delitos relativos a la protección del patrimonio histórico artístico, se castigan expresamente los actos de expolio en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos (art. 323.1)

En relación con los delitos contra el medioambiente se enumeran más detalladamente las conductas prohibidas de destrucción de especies protegidas de flora silvestre, de caza y pesca, y el tráfico de especies protegidas de fauna silvestres. En todos estos supuestos, se prevé la posibilidad de comisión imprudente. Se tipifica expresamente los casos de furtivismo en el marisqueo en el apartado 2 del art. 335.

Se refuerza la protección de los animales mediante una enumeración de los que pueden ser objeto material del delito, incluyendo la explotación sexual de los mismos en el art. 337.1.

En relación con los delitos de incendios forestales se introducen nuevas agravaciones del tipo básico en los casos especialmente lesivos para el medio ambiente o generadores de un peligro elevado o bien que afecten a espacios naturales protegidos (art. 353)

8. Delitos contra la administración pública

Se introducen modificaciones para reforzar el castigo de los delitos contra la corrupción en el ámbito de la Administración pública. Así, se establece una previsión especial en el régimen de libertad condicional que podrá denegarse en estos supuestos cuando el penado hubiera eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño.

Se revisan las penas previstas para todos los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública, con el fin de elevar las condenas, en concreto se incrementan las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público (delitos de prevaricación administrativa, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, apropiación indebida y administración desleal cometida por funcionario público, entre otros). Por otra parte, en los delitos más graves se añade la imposición adicional, que no alternativa, de otra pena de inhabilitación especial para el ejercicio de sufragio pasivo (cohecho, prevaricación o tráfico de influencias)

Se realiza una importante reforma del delito de malversación de caudales públicos, remitiendo la delimitación de la conducta típica del art. 432 del Código penal,

a la prevista en el nuevo art. 252 (administración desleal de patrimonio ajeno), entendiendo que la malversación en realidad es una administración desleal de fondos públicos permitiéndose así que, en adelante, como se explica claramente en la Exposición de Motivos, que este tipo penal se pueda aplicar no sólo a supuestos de sustracción y desviación de esos fondos, sino también a los de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público, protegiéndose éste, por tanto, más eficazmente. Así, tras la reforma de 2015, el art. 432 contempla en el apartado primero la administración desleal de fondos públicos, con perjuicio para el patrimonio público, en el apartado segundo la apropiación indebida de bienes por parte de autoridad o funcionario público, equivalente a la acción prevista para los particulares en el art. 253, aunque con una pena mayor (de dos a seis años de prisión e inhabilitación especial), y en el apartado tercero se prevé un supuesto agravado que es aplicable en todos los casos de causación de un perjuicio al patrimonio público superior a 50.000 euros, y se prevé una agravación mayor de la pena (que permite alcanzar penas de hasta doce años de prisión), en los casos de especial gravedad, concretamente cuando el perjuicio causado o de los bienes o efectos sustraídos excede de 250.000 euros. Para los casos de menor gravedad, en los que la entidad del perjuicio patrimonial no exceda de 4.000 euros, se mantiene un tipo atenuado para el que está previsto un marco penal amplio que permita a los Tribunales ajustar la pena a las circunstancias del caso y, en cualquier caso, la imposición de penas superiores a las actualmente previstas.

9. Delitos contra el orden público

Se introduce una nueva definición de “atentado” en el art. 550 que incluye todos los supuestos de acometimiento, agresión, resistencia grave mediante violencia o intimidación, sobre el agente⁶. Los supuestos de desobediencia leve pasan a configurar infracciones administrativas.

Se incluyen expresamente como supuestos de atentado en el inciso segundo del apartado 1 del art. 550, las acciones descritas realizadas contra los funcionarios de sanidad y de educación en el ejercicio de sus funciones.

Se incluyen como sujetos protegidos junto con los ciudadanos que acuden en auxilio de los agentes de la autoridad, los miembros de los equipos de asistencia y rescate que acuden a prestar auxilio a otro en un accidente o en una calamidad pública, y al personal de seguridad privada que actúe bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 554.3).

En relación con el delito de desórdenes públicos se produce una nueva definición de la “alteración del orden público” a partir de la referencia al sujeto plural (“actuando en grupo o amparándose en el”) y a la realización de actos de violencia sobre cosas o personas (art. 557.1). En el apartado 2 de este precepto, se tipifica expresamente las conductas de quienes no participan directamente en los actos de violencia pero incitan a los otros o refuerzan su disposición de llevarlos a cabo. En el art. 557 *bis* se regulan los supuestos agravados de porte de armas, exhibición de armas de fuego simuladas, realización de acciones violentas especialmente peligrosas para la vida o integridad física de las personas o comisión de actos de pillaje. Mientras que en art. 557 *ter* se prevé un tipo atenuado en los casos de entrada en locales y establecimientos de un modo que altere su normal actividad pero que no hubieran llegado a producirse actos de violencia o amenazas.

Por último, se introduce una nueva modalidad típica en el art. 559 en la que se sancionan la difusión de mensajes que inciten a la comisión de alguno de los delitos agravados de alteración del orden público.

10. Delitos de incitación al odio y a la violencia

La primera novedad al respecto es que el delito de “negación del genocidio” se traslada del apartado 2 del art. 607 al apartado 1 c) del art. 510. Así, este último precepto pasa a contener una nueva regulación típica en la que se diferencian dos grupos de conductas:

- las acciones de incitación al odio o a la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas y otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como los actos de negación o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad, o contra las personas o bienes protegidos en caso de conflicto armado, que hubieran sido cometidos contra esos grupos, cuando ello promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad u odio contra los mismos (art. 510.1)
- los actos de humillación o menosprecio contra ellos y el enaltecimiento o justificación de los delitos cometidos contra los mismo o sus integrantes con una motivación discriminatoria (art. 510.2)

Se prevé un tipo agravado de estas conductas en el apartado 3 del art. 510, cuando se hayan cometido a través de internet u otros medios de comunicación social, y en el apartado 4, cuando las conductas por sus circunstancias o contexto, resulten idóneas para alterar

la paz pública o menoscabar gravemente el sentimiento de seguridad de los integrantes de los grupos.

B. Introducción de nuevos tipos penales

1. Matrimonio forzado

Se incluye dentro de los delitos contra la Libertad en el Título VI, Capítulo III “De las coacciones”, el art. 172 *bis*, al considerar que se trata de un comportamiento coactivo que lesiona la libertad de las personas. Así, se regulan dos modalidades típicas:

- Compeler a otra persona a contraer matrimonio (apartado 1) y,
- Forzar a otra persona a abandonar el territorio español o no regresar al mismo, con la finalidad de obligarle a contraer matrimonio (apartado 2).

Ambas conductas tienen en común que deben realizarse con violencia o intimidación grave, y además en relación con el comportamiento previsto en el apartado 2, también puede realizarse mediante la concurrencia de engaño. Se prevé un tipo cualificado en los supuestos en que la víctima sea menor de edad (apartado 3)

2. Nuevas conductas de acoso

También dentro de los delitos de coacciones, se introduce un nuevo tipo penal referido a las conductas de acoso, acecho u hostigamiento, conocido como *stalking*, en el art. 172 *ter*. Se pretende con ello castigar conductas que no podrían ser calificadas como amenazas o coacciones dado que no llega a producirse el anuncio de la intención de causar un mal o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima, pero se realizan conductas reiteradas por medio de las cuales se atente gravemente contra el sentimiento de seguridad de la víctima y consecuentemente contra su libertad, mediante llamadas telefónicas continuas, seguimientos, persecuciones, vigilancias constantes, o cualquier otro acto continuo de hostigamiento, como uso indebido de datos personales para la adquisición de bienes y servicios, etc..

3. Nuevas conductas en los delitos contra la intimidad

Se introduce una nueva figura típica dentro de los delitos contra la intimidad, concretamente en el art. 197. 7 del Código penal en el que se sanciona la divulgación no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima, pero divulgadas sin que ésta lo sepa, cuando afecten gravemente a la intimidad, es el conocido como *sexting*. Se establecen varios supuestos agravados cuando

se trate de cónyuge o persona que esté o haya estado unida al autor por análoga relación de afectividad, la víctima sea un menor de edad o persona discapacitada necesitada de especial protección, o se haya realizado con fines lucrativos.

4. Delito de administración desleal de patrimonio ajeno

La reforma de 2015 introduce de nuevo cuño el delito de “administración desleal de patrimonio ajeno”, que pasa a constituir la Sección 2ª del Capítulo VI del Título XIII, integrado por el art. 252 del Código penal. De este modo, el legislador elimina el delito de administración desleal societaria, recogido en el art. 295 del Código penal que es suprimido, y reconfigura el delito de apropiación indebida a fin de otorgar una mejor delimitación en relación con el de administración desleal. Así, el delito de administración desleal se traslada desde los delitos societarios a los delitos patrimoniales dado que se trata de un delito contra el patrimonio, no solo societario en el que, por tanto, puede ser víctima cualquiera y no sólo una sociedad.

De este modo, quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores y otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas (como ocurre ahora en relación con el delito de apropiación indebida), sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para gestionarlos y administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de esta manera el patrimonio del administrado, comete la conducta típica del delito de administración desleal. Por consiguiente, tanto las facultades de gestión del sujeto respecto de los bienes, como la fungibilidad de los mismo, determina la concurrencia o no de esta conducta típica. Ello lleva a la conclusión que la “apropiación” de dinero se trate siempre de un delito de administración desleal de patrimonio ajeno y no de un supuesto de apropiación indebida. Por otro lado, la descripción típica realizada en el art. 252 abarca la modalidad de “distracción”, que por ello desaparece del elenco de conductas típicas del delito de apropiación indebida.

En relación con los posibles sujetos pasivos puede serlo cualquier persona física o jurídica dado que se constituye como delito contra el patrimonio ajeno, no está limitado al ámbito societario.

Se le aplicarían los mismos tipos cualificados que en el delito de estafa regulados en el art. 250. Y si la cuantía no excede de 400 euros, se trataría como delito leve en el apartado 2 del art. 252.

5. Delito de Financiación ilegal de partidos políticos

La ley orgánica 1/2015 prevé la incorporación del delito de financiación ilegal de partidos políticos. La reforma introduce un nuevo Título XIII bis, en el Libro II, con la rúbrica “De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos” integrado por dos artículos, 304 bis y 304 ter, a fin de incorporar un tipo penal específico que incrimine dichas conductas.

De este modo, el art. 304 bis, utilizando para ello una estructura similar a la establecida en el delito de cohecho (pasivo y activo) diferencia los comportamientos en dos bloques:

- Quienes reciban donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores con infracción de lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2007 de 4 de julio, sobre financiación de partidos políticos ilegales (art. 304 bis 1).
- Quienes entreguen donaciones o aportaciones destinadas a un partido político, federación, coalición o agrupación de electores, por sí o por persona interpuesta, con infracción de la normativa administrativa prevista al respecto (art. 304 bis 4)

Se establece un escalonamiento de penas en función de la cuantía de lo aceptado, recibido o entregado, llegando a poder imponerse penas de hasta cuatro años de prisión y multas que pueden llegar al quintuplo del valor de lo donado o recibido, cuando los hechos revistan especial gravedad. También se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Asimismo, van a ser perseguidas penalmente aquellas personas que participen en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores (art. 304 ter).

Obviamente, las reformas que se han realizado por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, son muchas más que las aquí reflejadas, pero por razones de extensión no podemos hacer referencia a todas y cada una de ellas (así reformas en materia de antecedentes penales, de prescripción, concurso de delitos, receptación, intrusismo, violencia doméstica y de género, etc). Las mismas razones nos impiden, en esta ocasión analizar la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de delitos de terrorismo. Es lo que se conoció como el “Pacto Antiyihadista”, y aunque no podemos realizar el análisis pormenorizado de la misma, sin em-

bargo no podemos resistirnos a mencionar alguna de las reformas mas relevantes y discutibles:

- En primer lugar se produce una reordenación y reformulación de los tipos delictivos, y preceptos incluidos en el correspondiente capítulo.
- Se incluyen entre las finalidades de los delitos de terrorismo, junto a las tradicionales de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, varias nuevas cuales son: 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, y provocar un estado de terror en una población o en una parte de ella (art. 573)
- Se incluye como conducta típica la de quienes, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo algún delito de terrorismo, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines (art. 575.2)

Notas

1 Este es una de los aspectos más criticados en relación con la destipificación de las falta y de la supresión del Libro III del Código penal, dado que deja desprotegidos bienes jurídicos esenciales como son la vida humana y la salud, remitiéndolo al ámbito civil donde la protección de los mismos no es directamente asegurada por el Estado sino que dependerá de las posibilidades de reclamación que puedan tener las víctimas. Recordemos que la mayor parte de los accidentes de tráfico venían configurándose como faltas de homicidio o lesiones por imprudencia leve y que, a partir de la entrada en vigor de la reforma de 2015, se remitirán automáticamente a la vía civil.

2 Así, por ejemplo, la falta recogida en el art. 625.2 del Código penal consistente en daños intencionados cuyo importe no excede de 400 euros en bienes o lugares de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, pasan al delito contenido en el art. 323.1.

3 La razón alegada en la Exposición de Motivos de la ley orgánica 1/2015 para esta ampliación de supuestos radica en que en los casos mencionados “es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que se pueden derivar importantes beneficios económicos”. De esta manera, permitirá a los jueces y tribunales en los supuestos de condenas por delitos que normalmente generan una fuente permanente de ingresos, ordenar el decomiso de bienes y efectos del condenado procedentes de otras actividades delictivas, siempre que existan

indicios objetivos fundados de la procedencia ilícita de los bienes decomisados.

4 De este modo, las circunstancias previstas en el art. 140.1 del Código penal, tras la reforma de 2015, son aplicables tanto al delito de homicidio como al de asesinato para configurar sendos tipos agravados. La diferencia entre ambos radica en que en la muerte concurran o no, una o varias circunstancias de las previstas en el art. 139.1 del Código penal.

5 De este modo el legislador de 2015 parece acercar el modelo de administración desleal al tipo genérico recogido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y largamente reclamado por la doctrina. Se trata de entender que nos encontramos ante una administración desleal de patrimonio ajeno, donde se trata de proteger el patrimonio de todo aquel, sea una persona individual o una sociedad, que confiere a otro la administración de su patrimonio, o de aquel cuyo patrimonio ha sido puesto bajo la administración de otro, por decisión legal o de la autoridad, implicando que el administrador debe desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un representante, en interés del administrado.

6 Ello implica que la acción de resistencia meramente pasiva queda excluida de este ámbito, sancionándose como supuesto de desobediencia grave.

Honduras

Dra. Angie A. Arce Acuña

Doctora en Derecho Penal.

Presidenta Instituto de Victimología de C.R.

Introducción

Honduras se coloca en el puesto número 120 de la lista de Desarrollo Humano mundial. Es uno de los países que cuentan con la mayor desigualdad, tiene una escasa industrialización, y una convulsa situación política. De igual modo tiene una larga lista de dominio de castas militares. Honduras además fue utilizada como base de operaciones para la intervención norteamericana en la región donde se entrenaba y armaba a grupos armados ilegales, escuadrones de la muerte y ejércitos regulares en el territorio nacional. Este país llegó a encontrarse ocupada por los ejércitos de cuatro países: Estados Unidos, El Salvador, Guatemala y la contra nicaragüense, esto para evitar las guerras civiles de Guatemala, Nicaragua y el Salvador. La extrema fragilidad del proceso democrático nacional, ha sido constante en las últimas décadas, como ejemplo de eso el 28 de junio de 2009, se produjo un Golpe de Estado contra el entonces presidente Manuel Zelaya Rosales, hecho que fue condenado por la comunidad internacional, y que provoco que la situación económica y política de Honduras se agravara.

Todo esto ha llevado a la existencia de índices de asesinatos muy elevados, una violencia sin precedentes en

las calles, corrupción, en si una serie de circunstancias que inciden en la tutela necesaria de delitos. Otro Grave problema que afecta Honduras son las Maras, que traen con ellos Narcotráfico, asaltos, secuestros, robos, asesinatos. Todos estos fenómenos vienen a marcar la pauta de las últimas reformas que ha implementado este país a nivel penal.

Reformas Legislación Hondureña

En virtud de la violencia por las maras que se vive en Honduras, se había promulgado la Ley antimaras, que fue declarada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como violatoria. A pesar que la sentencia en el caso Pacheco Teruel vs el Estado de Honduras, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2012, recomienda la derogación del artículo 332 del Código Procesal Penal, llamado “Ley Antimaras”, el actual gobierno busca reformarlo una vez más y endurecer las penas ampliando el rango de acción más allá de las maras y pandillas.

Artículo 332 del Código Penal fue reformado durante el gobierno de Ricardo Maduro y a esto se le llamó Ley Antimaras. El artículo actualmente establece: “*Se sancionará con la pena de veinte (20) a treinta (30) años de reclusión y multa de cien mil (L. 100, 000.00) a trescientos mil (L. 300, 000.00) lempiras, a los Jefes o cabecillas de maras, pandillas y demás grupos que se asocien con el propósito permanente de ejecutar cualquier acto constitutivo de delito. Con la misma pena de reclusión establecida en el párrafo, rebajada en un tercio se sancionará a los demás miembros de las referidas asociaciones ilícitas. Son Jefes o Cabecillas aquellos que se destaquen o identifiquen como tales y cuyas decisiones influyan en el ánimo y acciones del grupo*”.

Mismo que se propone reformas con la finalidad de concretar, tipificar y endurecer la pena. El caso del incendio en el Centro Penal de San Pedro Sula donde murieron calcinados 117 privados de libertad el año 2003 ha traído nuevas propuestas por parte de los Tribunales de Justicia donde como parte de estas medidas, mediante el Decreto No. 117-2003 adoptado en agosto de 2003, se reformó el tipo penal de asociación ilícita contemplado en el artículo 332 del Código Penal, aumentando las penas para este delito e incluyendo en su redacción una mención explícita a las maras como forma de asociación ilícita, esto para evitar la sobrepoblación carcelaria, ya que se indicó que ese incendio es resultado de la gran cantidad de población carcelaria.

A partir de esa reforma, la policía inició una práctica común de detenciones por sospecha y arrestos masivos

con base en la apariencia de las personas y sin orden previa de autoridad competente.

En relación con los artículos 7, 9 y 2 de la Convención Americana, el Estado reconoció que el Decreto Legislativo 117-2003, que reformó el artículo 332 del Código Penal de Honduras, relativo a la llamada “Ley Antimaras”, no precisó los elementos de la acción que se considerarían punibles, lo que condujo a que éstos fueran usados de manera arbitraria y discrecional por las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. Esta norma abrió un amplio margen de discrecionalidad que permitió la detención arbitraria de personas sobre la base de percepciones acerca de su pertenencia a una mara. En ese sentido, la inexistencia de mecanismos legales o criterios de verificación de la efectiva existencia de una conducta ilícita implicó que el aludido Decreto no cumpliera la exigencia de extremar precauciones para que el poder punitivo del Estado se administrara con respeto de los derechos fundamentales.

Por tanto, dicha reforma incumplió el principio de legalidad contenido en el artículo 9 de la El Estado se comprometió a adoptar dentro del plazo de un año, las siguientes medidas legislativas: a) revisar, modificar o derogar el artículo 332 del Código Penal y otras disposiciones legislativas o reglamentarias afines, “con el propósito de adecuarlo a los estándares establecidos en los artículos 7, 9 y 24 de la Convención Americana”, y como ha sido recomendado por el Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Humanos, el Comité de los Derechos del Niño y el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria. Debido a que desde hace 30 años la normativa penal ha sido la misma en Honduras, mientras el delito crece en diferentes formas. Se propone en el año 2014, una reforma.

El Congreso Nacional ha reformado el Código Penal en reiteradas ocasiones y, de la misma manera, ha creado leyes penales especiales que lejos de auto integrar el derecho penal, genera conflicto de choque de leyes, desproporcionalidad de las penas y bienes jurídicos, según un estudio elaborado por congresistas. **Es por eso que** una de las novedades e reforma del Código Penal, es la incorporación de un capítulo para los delitos contra la humanidad que no están en el actual Código, como el genocidio, exterminio, deportación o desplazamiento forzoso, tortura, prostitución y esterilización forzada, persecución por motivos políticos, religiosos, ideológicos, raciales y étnicos, desaparición forzada, entre otros.

Se hace énfasis en la necesaria punición ejemplar en delitos contra la vida y crea un novedoso apartado en delitos contra la humanidad. Queremos que este nuevo

Código Penal de Honduras responda a la realidad del país, donde la vida humana debe protegerse como bien jurídicamente protegido, esto es sostenido por Tomás Zambrano, el prosecretario del Congreso Nacional y presidente de la Comisión de Seguridad. Dentro de ese cambio se establece por ejemplo, en materia de concursos el Código establece que las penas no deben pasar de 30 años; pero hay ciertos delitos en los que ya se establece la prisión a perpetuidad, como en los delitos de extorsión y secuestro.

Se propone por parte del Congreso Hondureño entrara en vigor de un nuevo Código Penal se dará hasta en 2017. Dentro de las reformas que se proponen es la tutela del delito de corrupción. Se da además una prórroga a la vigencia de lo dispuesto en el Decreto No. 184-2013 de fecha 1 de septiembre de 2013, el cual establece un período de veda por un (1) año, para que toda persona que tenga en su poder cualquier tipo de arma de fuego comercial y que no posea factura de venta de la Armería, proceda con la documentación respectiva a excepción de dicha factura, realizar los trámites correspondientes para dicho registro, por un período de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de vencimiento del Decreto referido, mismo que entro en vigencia desde el año pasado.

Dentro de las reformas que se dan a la Legislación Penal, se fortalece el papel de la víctima de violencia Domestica, donde se le da una participación verdadera en el proceso, así como protección y un proceso de des- victimación. En Octubre de 2014, se da una reforma al código penal donde se establece como Homicidio Calificado donde la pena se incrementa en un tercio, cuando el asesinato sea contra alguna persona que labore en el sistema judicial, esto es un esfuerzo contra la lucha del crimen organizado, artículo 117 A. De igual manera se agrava la pena en delitos de extorción y conspiración, cuya finalidad es fortalecer el sistema.

Otra de las reformas es el fortalecimiento de la Ley en contra del Lavado de dinero y otros, con la finalidad de luchar contra el Narcotráfico, con penas privativas de libertad y comisos.

Conclusión

La situación actual de Honduras es delicado es por esta razón, que las reformas a la Legislación Penal van dirigidos a disminuir los altos niveles de conidios, la corrupción, el abuso policial y militar, la matanza indiscriminada de niños por formar para de las pandillas.

De igual forma los derechos humanos en muchas ocasiones han sido dejados de lado. El narcotráfico y el

crimen organizado trata de ser apaleado por legislación contra el lavado de activos, y conspiración.

Es necesario en virtud del cambio social de este país adaptar el Código Penal y Procesal Penal a las nuevas necesidades.

Italia

Ludovico Bin, Francesco Diamanti¹

1. Dos Códigos a la espera de ser reformados. Líneas generales

El Código penal italiano no ha sido aun reformado de forma completa y sistemática. Desde su nacimiento con el histórico Real Decreto de 19 de octubre de 1930, n.º 1938, las numerosas comisiones de reforma —Pagliaro (1988), Riz (1994), Grosso (1998), Nordio (2001) y Pisapia (2006)— no han tenido nunca el honor de ver sus proyectos transformados en ley, debido a la inestabilidad política y a la heterogeneidad cultural. Este dato de hecho, aunque sea desalentador, no debe llevar al observador extranjero a caer en error: nuestro Código, pese a no haber experimentado nunca relevantes reformas orgánicas, resulta ser profundamente distinto del que imaginó el legislador fascista de 1930. De hecho, a partir del inicio del presente siglo ha tenido lugar una larga serie de reformas “quirúrgicas”, sectoriales y específicas, sobre varias instituciones tanto de parte general como de parte especial, las cuales han logrado *turbar* y a veces *complicar* todo el sistema proyectado en las primeras décadas del siglo XX. La Constitución de 1948, al menos desde 1956², ha contribuido enormemente a la transformación del código Rocco durante el periodo republicano: la enunciación de los derechos básicos, unida a la cristalización de los principios fundamentales en materia penal y a su control por parte de la Corte Constitucional, han modificado todo el sistema en penal en su conjunto (sustancial y procesal). Esto no elimina la necesidad de una verdadera reforma del Código, o de los Códigos, también del Código procesal penal, de 1988; pero actualmente no se dan las condiciones políticas y culturales para una tarea así. Hoy en día, los penalistas siguen trabajando de forma profunda en las lógicas y los límites de un nuevo sistema más coherente, pero no toman en serio su posible concreción. Al menos no a corto plazo.

En los últimos años, la actividad del legislador se ha concretado, por un lado, en disposiciones de parte general o de naturaleza procesal de naturaleza urgente, dirigidas a reducir el número de reclusos, más que

a aligerar el sistema penal en su conjunto, y por otro lado, en la creación de nuevos tipos penales en la parte especial, muy a menudo “sugeridos” por Europa³.

2. Las principales reformas del Derecho penal sustancial del 2012 al 2015

Permaneciendo por ahora en el Derecho penal sustancial y limitando nuestra exposición al último trienio, es posible descubrir un relevante número de pequeñas operaciones legislativas de tipo “quirúrgico” (más de una docena). Sin embargo, antes de proceder al análisis de dichas reformas, es necesario tener muy en cuenta un dato fundamental: del 2012 a hoy, en dos legislaturas (la XVI y la XVII), se han sucedido tres gobiernos diferentes. El gobierno Monti, un producto del gobierno Berlusconi, no llegó al año y seis meses, dejando paso al gobierno Letta (del 28 de abril de 2013 al 21 de febrero de 2014) y luego al gobierno de Renzi (a partir del 22 de febrero de 2014). A esto hay que añadir una larga lista de escándalos políticos vinculados a la comisión de variopintos delitos, sobre todo de delitos contra la Administración Pública, y una intervención del Ministerio Público de tal entidad que ha inducido a parte de la doctrina a hablar del nacimiento del *derecho penal como ética pública*⁴. Es este el panorama (político) inestable y desnortado en que han tomado forma las reformas siguientes.

Además, es necesario tener en cuenta el innato *espíritu de la desobediencia* que caracteriza Italia, que detenta de hecho, al menos a fecha de 31 de diciembre de 2013, el primer puesto en infracciones: 104 en total (80 por violaciones de normas y 24 por ausencia de transposición de nuevas normas) y sumando (119 en marzo de 2014).

El año 2012 se inicia con la Ley de 27 de enero de 2012, n.º 3, la cual, entre otras normas, modificó los artículos 16, apdo. 9, y 17 de la Ley 108/1996, art. 629 del Código penal, en materia de usura y extorsión. Poco tiempo después, con la Ley de 15 de febrero de 2012, n.º 12, se tomaron medidas para hacer frente a los fenómenos de criminalidad informática (reforma del artículo 240 del Código penal): los bienes utilizados para la comisión de los delitos introducidos por las leyes 547/1993 y 48/2008 son objeto de confisca para evitar que su disponibilidad (aparatos informáticos, etc.) pueda inducir al reo a reincidir en el delito.

En la segunda mitad de del año, con el Decreto ley de 22 de junio de 2012, n.º 82 (convertido en Ley 134/2012), que modificó el artículo 236 bis, letra ele, en materia de falsedad en atestados e informes, el Cód-

go penal ha experimentado una reforma muy importante con el objetivo de prevenir y reprimir la corrupción y la ilegalidad en la Administración Pública. De hecho, la Ley de 6 de noviembre de 2012, n.º 190, ha introducido el artículo 346 bis en materia de tráfico de influencias, ha reformado el artículo 318 del Código penal añadiendo una figura de corrupción *en consideración del ejercicio de la función* (“*per l’esercizio della funzione*”) capaz de afrontar el peligro de que la función pública sirva a intereses privados sin necesidad de condicionar la punibilidad a la identificación de una conducta específica e implicando a todas las partes del *pactum sceleris*, y ha exacerbado las penas para dicho tipo específico de delitos. Como no hablar, por otra parte, de las modificaciones realizadas con respecto a los artículos 317 y 319 quater del Código penal. El primero se circunscribe al supuesto de concusión *por constricción* y solo al funcionario público, con penas aumentadas sensiblemente. Al artículo 319 quater, por el contrario, se le denomina “*inducción indebida a dar o prometer una utilidad*” y se dirige al funcionario público o al encargado de un servicio público que inducen a dar o prometer de forma indebida dinero u otra utilidad y, en el segundo apartado, también al particular que cae efectivamente en la dación o en la promesa. Han sido numerosas las críticas dirigidas contra esta reforma y muy rico el debate originado en la doctrina.

Otra modificación en materia penal con efectos despenalizadores y al mismo tiempo resocializadores, quizá la más importante tras la de la corrupción en 2012, es la Ley de 28 de abril de 2014, n.º 190. Con esta ley el Parlamento delegó en el Gobierno la regulación en cuatro temas distintos: introducción de la no punibilidad por especial tenuidad del hecho; revisión de las penas principales, introduciendo el arresto domiciliario; despenalización de algunos delitos; derogación de otro ilícitos penales (leves) y su transformación en ilícitos civiles sancionados también con penas pecuniarias civiles.

La primera de estas delegaciones ha sido ya implementada con el Decreto legislativo de 16 de marzo de 2015, n.º 28, que ha introducido en el artículo 131 bis del Código penal el nuevo instituto de “exclusión de la punibilidad por particular tenuidad del hecho” para los delitos, consumados o intentados, que se castiguen con pena pecuniaria, bien en exclusiva o bien en alternativa con una pena privativa de la libertad y también para los delitos castigados con pena de prisión de hasta cinco años. Con el objetivo de determinar estos límites máximos no se tienen en cuenta las circunstancias del delito, ni comunes ni específicas, con excepción de las que

tienen efectos especiales y de aquellas a las que la ley asocia una pena distinta a la pena ordinaria del delito de referencia. Son numerosos los ilícitos que podrían quedar exentos de acuerdo con el mencionado artículo: del hurto a la apropiación indebida, de la estafa a los daños, de las lesiones personales simples al allanamiento de morada, hasta la malversación, la prevaricación, la desobediencia, la bancarrota simple, el recurso abusivo al crédito, etc.

No obstante, la aplicabilidad de esta figura, que ha entrado en vigor el 2 de abril de 2015, está subordinada a la concurrencia de dos condiciones específicas: 1) la *particular tenuidad de la ofensa* (deducida de la *modalidad de la conducta* y de la *exigüedad del daño o del peligro*); y 2) la *no habitualidad del comportamiento*.

La habitualidad de la que se habla en el nuevo artículo no coincide perfectamente con la de los artículos 102 y ss. del Código penal (el conocido como “delincuente habitual”); en efecto, aunque en la mayor parte de los casos la declaración regulada en el art. 102 CP implicará de hecho la exclusión del art. 131 bis CP, no será así en otros casos, por ejemplo, en presencia de un hecho ocasional cometido por un reo declarado “delincuente habitual” muchos años antes por conductas heterogéneas.

En general, la regulación otorga mucho espacio a la discrecionalidad del juez ordinario. La doctrina sabrá seguramente, al menos en algunos aspectos, señalar límites más precisos dentro de este amplio campo de juego. Con las reformas realizadas en los artículos 129, 411.1 y 469 del Código procesal penal, esta causa de no punibilidad podrá ser aplicada durante todo el juicio o en sede de diligencias preliminares con la solicitud de archivo.

Por otra parte, el decreto legislativo confió al Gobierno la tarea de añadir al catálogo de penas principales el arresto domiciliario de forma prescriptiva para los delitos castigados con penas privativas de libertad con límite máximo de hasta tres años y, de forma potestativa, utilizando los parámetros señalados en el art. 133 CP, para los delitos castigados con pena de prisión de tres a cinco años. Finalmente, se prevé que el juez, oídos el imputado y el Ministerio Público, pueda añadir a dichas penas también la sanción de trabajos de utilidad pública.

Algunos meses más tarde fue aprobado el Decreto ley de 14 de agosto de 2013, n.º 93, convalidado con Ley 119/2013, de medidas urgentes en materia de seguridad y para la *lucha contra la violencia de género*. Esta ley ordinaria modificó toda una serie de normas sustanciales (reforma de los artículos 61, 572, 609 ter,

609 decies y 612 bis CP) y procesales (arts. 101, 266, 282 bis CPP, etc.) con el objetivo de hacer frente al aumento de sucesos de violencia contra las mujeres. Las líneas generales de la reforma fueron: exasperación de las penas para los autores de delitos contra las mujeres (arts. 1, 3 y 4); introducción de medidas de prevención dirigidas a la tutela anticipada de las mujeres y de toda víctima de la violencia doméstica (art. 2); implementación de los instrumentos sociales y culturales para la solución del problema (art. 5). Entre las reformas más relevantes del Código penal se pueden señalar: a) la introducción de una agravante común en el artículo 61, número 11 quinquies (haber cometido el hecho, en los delitos no imprudentes contra la vida y la incolumidad individual, contra la libertad personal y en el delito del art. 572, contra un menor de dieciocho años o bien una persona en estado de embarazo); b) reforma de los arts. 609 bis, 609 ter y 609 decies CP; c) reforma de los arts. 612 bis y 628.3 CP.

Pasando al año siguiente encontramos el Decreto ley de 20 de marzo de 2014, n.º 36, convalidado en Ley 79/2014, de medias urgentes en materia de regulación de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y prevención, cura y rehabilitación de los relativos estados de drogodependencia, el cual ha modificado el Decreto del Presidente de la República de 9 de octubre de 1990, n.º 309. Esta intervención legislativa, entre otras modificaciones, ha reducido las sanciones en el espacio “de leve entidad” (prisión de seis meses a cuatro años y multa de mil a quince mil euros) impidiendo así la aplicación de la custodia cautelar en prisión y convirtiendo en facultativo el arresto solo en caso de flagrancia.

Siempre en orden cronológico, encontramos la Ley de 16 de abril de 2014, n.º 62, relativa a la reforma del artículo 416 ter del Código penal, en materia de intercambio electoral político-mafioso. El nuevo tipo prevé dos conductas castigadas con pena de prisión de cuatro a diez años: *aceptar la promesa de procurar votos mediante las modalidades propias de la asociación mafiosa a cambio de la erogación o la promesa de erogación de dinero o de otra utilidad* (primer apartado); *prometer procurar votos con las mismas modalidades intimidatorias* (segundo apartado).

Otra modificación legislativa en materia penal digna de mención es el Decreto ley de 22 de agosto de 2014, n.º 119, convalidado en la Ley 146/2014, de medidas urgentes en materia de lucha contra fenómenos de ilegalidad y violencia con ocasión de manifestaciones deportivas, que ha modificado la Ley de 13 de diciembre de 1989, n.º 401. Entre otras reformas: ha ampliado la prohibición de acceder a manifestaciones deportivas o

“daspo” (por sus siglas en italiano, *divieto di accedere alle manifestazioni sportive*) para cualquier sujeto condenado por delitos contra el orden público y por delitos de peligro cometidos con violencia: ha modificado los términos del mismo, creando el llamado “daspo grupal” y aumentando las penas para los fraudes en competiciones deportivas (pena de prisión de hasta nueve años, posibilidad de usar interceptaciones, arresto facultativo en caso de flagrancia y medidas cautelares personales). Para terminar de perfilar las reformas está la dotación del tásar a la policía, la parcial privatización de los gastos para la seguridad de las manifestaciones deportivas (del 1% al 3% de los ingresos derivados de la venta de los billetes) y la posibilidad de ser castigados con el “daspo” también por la introducción en los estadios de cualquier imagen que incite a la violencia.

En otro orden de cosas, a comienzos de 2015 fue aprobado, tras la última alarma terrorista, el Decreto ley de 18 de febrero de 2015, n.º 7, que prevé la introducción de algunos nuevos tipos dirigidos sobre todo a luchar contra (o mejor dicho, a castigar) el fenómeno del *enrolamiento* de los *combatientes extranjeros*, castigados con penas de prisión de cinco a ocho años. Se prevé la misma pena también para el que organice, financie o realice propaganda de viajes al extranjero dirigidos a la comisión de conductas con finalidad terrorista, mientras que se aplicará una pena de prisión de hasta dos años a quien lleve a cabo las conductas mencionadas de forma *autodidacta*, es decir, a quien realice actos de violencia con finalidad terrorista tras haber adquirido de forma autónoma la instrucción relativa a las técnicas sobre el uso de armas de fuego o explosivos. Se prevén además medidas preventivas de carácter sustancialmente penal. Finalmente, se ha introducido una agravante para el delito de adiestramiento de actividad con finalidad terrorista *on line*, y se ha establecido que en la condena por asociación terrorista, asistencia a sus miembros, enrolamiento y organización de explotación con finalidad terrorista, se prevea la aplicación prescriptiva de la pérdida de la patria potestad, como pena accesoria, “cuando esté implicado un menor”.

Por último y en línea con la política de aliviar la superpoblación penitenciaria, el 31 de marzo de 2015 se ha cumplido el plazo inicialmente previsto por el Decreto ley de 22 de diciembre de 2011, n.º 211, y prorrogado por el Decreto ley de 29 de mayo de 2014, n.º 52, que impone el cierre de seis “hospitales psiquiátricos judiciales” y prevé el traslado de los internos todavía peligrosos a estructuras dependientes exclusivamente del Ministerio de Sanidad, las “residencias para la ejecución de medidas de seguridad sanitaria”.

3. Otras reformas “quirúrgicas” de Derecho procesal penal

Las reformas en el plano sustancial y los intentos de respuesta a las distintas alarmas sociales que se han sucedido en los últimos años han tenido inevitables repercusiones también sobre el sistema procesal entendido en sentido laxo, sobre todo con pequeñas intervenciones de coordinación, además de otras de naturaleza masiva que no fueron realizadas en la reforma integral del Código de 1988. Es obvio que es la situación de las cárceles la que ha inspirado la mayor parte de las medidas, dando origen en primer lugar al Decreto ley de 1 de julio de 2013, conocido como “decreto vaciacárceles”, convalidado en Ley de 9 de agosto de 2013, n.º 94, dirigido entre otras cosas a limitar el ingreso en prisión mediante la elevación del límite de pena para la aplicabilidad de la prisión preventiva: del máximo de cuatro años al máximo de cinco años de prisión de acuerdo con el nuevo art. 280.2 del Código procesal penal. Sin detenernos demasiado sobre las otras reformas en materia de ejecución⁵, parece oportuno analizar con detenimiento el Decreto ley de 23 de diciembre de 2013, n.º 146, convalidado en Ley de 21 de febrero de 2014, n.º 10, principalmente (pero no solo⁶) en materia de potenciación de los derechos de los detenidos y de reducción controlada de la población reclusa. Así, se ha establecido el “Garante nacional de los derechos de las personas reclusas o privadas de libertad personal” con la posibilidad de que los reclusos insten un proceso ante el juez de vigilancia penitenciaria para la tutela de sus derechos fundamentales y han sido modificados los requisitos para el empleo del “brazalete electrónico” (art. 257 bis CPP), introducido con el artículo 16.2 del Decreto ley de 24 de noviembre de 2000, n.º 341, convalidado en Ley de 19 de enero de 2001, n.º 4, con el fin de incentivar el uso de los arrestos domiciliarios.

La reforma fue posteriormente ampliada con la intervención del Decreto ley de 26 de junio de 2014, n.º 92, convalidado por la Ley de 11 de agosto de 2014, n.º 217, en materia de reparación del perjuicio causado por una privación de libertad que viole plenamente el artículo 3 del CEDH: a cada diez días de perjuicio sufrido les corresponde la reducción de un día de pena o, si ello no es posible, la liquidación de 8 euros al día.

Finalmente, la Ley de 28 de abril de 2014, n.º 67, además de las delegaciones mencionadas anteriormente, ha introducido en el Código procesal la suspensión del procedimiento con puesta a prueba (capítulo II) y ha sustituido la anterior regulación del juicio *in absen-*

tia con una nueva normativa sobre los acusados en paradero desconocido (capítulo III).

La primera figura, que se identifica plenamente con las ya expuestas políticas de reducción procesal y penitenciaria, permite que el imputado solicite la suspensión del juicio en los casos en los que se proceda por delitos castigados con pena pecuniaria o de prisión de hasta cuatro años (como pena única o adicional o alternativa a la pecuniaria), o por uno de los delitos en relación con los cuales se prevé la citación directa a juicio. La suspensión implicaría la extinción del delito si se desarrollan con éxito (valoración que compete obviamente al juez) ciertas conductas reparatorias dirigidas a la eliminación de las consecuencias lesivas o peligrosas del delito (en forma de resarcimiento, si es posible), un periodo de prueba en los servicios sociales o bien la prestación de trabajo de utilidad pública. Durante todo el tiempo de la puesta a prueba se suspenderá también el curso de la prescripción, mientras que las eventuales sanciones administrativas accesorias seguirán siendo aplicables, incluso en caso de prognosis favorable y consecuente extinción del delito.

La segunda, por el contrario, adecua el ordenamiento a las indicaciones provenientes de Estrasburgo, modificando radicalmente el régimen de los procesos en rebeldía, que antes de dicha reforma podían desarrollarse incluso sin que el imputado tuviese un conocimiento *efectivo* del procedimiento, situación que había generado ciertamente numerosas condenas por parte del TEDH. La reforma prevé la obligación, en caso de imposibilidad de localizar al imputado, de suspender el procedimiento contra el ausente al que no se le pueda imputar la ausencia. El procedimiento puede por lo tanto continuar únicamente si se demuestra que este último ha recibido la citación o bien en presencia de una expresa renuncia a comparecer, o si el imputado evita voluntariamente el conocimiento de tal o cual acto o cuando resulte “con certeza” que el mismo conoce dicho procedimiento (lo cual es deducible también de la declaración o elección de domicilio, de haber sufrido un arresto o una medida cautelar o del nombramiento de un abogado defensor); en resumen, en los casos en los que la ausencia le sea imputable. Si esto no puede ser verificado, el proceso debe ser suspendido (art. 420 quater CPP) y los intentos de localización deben repetirse periódicamente.

Se ha introducido además un instrumento a posta que permite la revocación de la sentencia y la posibilidad de celebrar un nuevo juicio (art. 625 ter CPP) en los casos en los que el contumaz hubiera sido ya condenado sin haber tenido conocimiento efectivo del procedimiento en su contra.

4. Consideraciones finales

El sistema penal ha sufrido en los últimos años diversas reformas, principalmente con respecto a lo sustancial, aunque con reflejos también en el sistema procesal, cómplices sobre todo de las oscilaciones de una política cada vez más sujeta al estado de ánimo de la calle. De hecho, todas las reformas que hemos expuesto han germinado en un ambiente casi siempre de emergencia, en un clima de respuesta obligada a un escándalo público o por la urgencia de última hora.

La emergencia en las cárceles, subrayada con decisión por el TEDH en su sentencia *Torreggiani c. Italia* ha obligado al legislador, por un lado, a tomar medidas instantáneas que dieran aire a un sistema congestionado y que corriera el riesgo de asfixia y, por otro lado, a proyectar y llevar a cabo estrategias más profundas, desde la despenalización de algunos delitos menores a la introducción de la no punibilidad del hecho particularmente tenue, la regulación de la suspensión condicional, la reducción de los ámbitos de aplicación de la prisión provisional, que representan algunas de las medidas más satisfactorias de entre aquellas que hemos analizado.

Ha sido también el TEDH el que ha estimulado la reforma de los procesos *in absentia*, tras la declaración, basada en varias condenas, de que la regulación anterior violaba de forma *sistemática* los derechos fundamentales.

Desde un punto de vista interno, la regulación dirigida a hacer frente a la violencia en los estadios y la relativa a la llamada violencia de género demuestran una instrumentalización mediática y política del Derecho penal en perjuicio del principio de *ultima ratio*; lo mismo ocurre con el Decreto ley 7/2015, que ha introducido varias y discutibles novedades en materia de prevención y lucha contra el terrorismo y parece dirigido más a dar una señal a la opinión pública que a satisfacer exigencias concretas.

También los numerosos trabajos actualmente en trámite en el Parlamento parecen seguir esta misma corriente. Por ejemplo, está en fase de discusión la introducción de supuestos específicos de delitos medioambientales y la reforma de la prescripción, que ha vuelto al candilero tras el *clamoroso* epílogo del caso Eternit. Por otra parte, el proyecto de reforma de los delitos contra la Administración Pública ha experimentado una notable aceleración después de yacer inerte en el Senado desde hace dos años, volviendo finalmente a la Cámara de Diputados tras numerosos episodios de corrupción a alto nivel; dicho proyecto prevé además una modificación de la falsedad en las cuentas sociales,

cuya reforma de 2005 había sido interpretada mayoritariamente como una inaceptable *despenalización* y que ahora sufrirá un aumento del marco penal. Finalmente, téngase en cuenta la introducción del delito de tortura, del que se hablaba en vano desde hace décadas y que ha vuelto a ser debatido solo tras la reciente sentencia del TEDH sobre los conocidos hechos de la escuela Diaz (sentencia *Cestaro c. Italia* de 7 de abril de 2015).

Emerge, por lo tanto, la imagen de un sistema que por un lado parece haber dejado atrás años de inmovilismo e indiferencia, debidos en buena parte a la inestabilidad política que ha caracterizado las últimas legislaturas y que parece haber reencontrado aquel dinamismo necesario cuanto menos para responder a las situaciones que suponen una emergencia real; por otro lado, el Derecho penal parece cada vez más expuesto a ser utilizado para calmar las emociones de la opinión pública, para dar soluciones tajantes sobre temas que quizá merecen una reflexión más profunda y sobre a quedar vinculado a finalidades mediáticas a menudo incompatibles con las exigencias de la ciencia.

Notas

1 La redacción del presente informe responde a la siguiente división: epígrafes 1 y 2, Francesco Diamanti, epígrafes 3 y 4, Ludovico Bin. La traducción ha corrido a cargo de Víctor Manuel Macías Caro. El traductor no comparte necesariamente las opiniones de los autores.

2 Año en el que la Corte Constitucional ha iniciado oficialmente la actividad de "depuración" del Código de 1930.

3 Describe muy bien este fenómeno PALAZZO, "Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)", en *Rivista italiana di diritto e processo penale*, 2014, f. 4, §1, pp. 1694 y ss.

4 Sobre ello, v. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi ed., 2014.

5 Posibilidad para el condenado de disponer de la liberación anticipada incluso antes de la ejecución de la pena y ampliación de la operatividad de la suspensión de la orden de ejecución de las condenas de acuerdo con el artículo 656, apartados 4 bis y 5 del Código procesal penal.

6 Dignas de mención son también las reformas en materia de aplicación de las medidas alternativas a prisión y de los beneficios penitenciarios.

México

Manuel Vidaurri Aréchiga

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Guanajuato*

En julio del 2008 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CM) experimentó una im-

portante reforma a diez artículos de la que derivó la incorporación del sistema procesal acusatorio y oral en el sistema de justicia penal nacional. Se trata, ni que decir, de la más trascendente modificación al texto constitucional mediante la cual se revoluciona totalmente el funcionamiento de los órganos de procurar y administrar justicia. A la fecha, están vigentes en cada entidad federativa diversos ordenamientos procesales que habrán de concluir su ésta con la entrada del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). Con base en la mencionada reforma constitucional se promulga luego el CNPP el 5 de marzo de 2014. Conforme a su inicial artículo 1º las disposiciones de este Código son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales en el marco de los principios y derechos consagrados en la CM y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Y tiene por objeto (artículo 2), establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Expresamente indica el Artículo 4º que el proceso penal será acusatorio y oral, y asume los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y aquellos previstos en la Constitución, Tratados y demás leyes. El mismo Código y la legislación aplicable, por otra parte, establecen las excepciones a los principios antes señalados, de conformidad con lo previsto en la Constitución. Y afirma que, en todo momento, las autoridades deberán respetar y proteger tanto la dignidad de la víctima como la dignidad del imputado. Son considerados como derechos genéricos los siguientes: a la intimidad y a la privacidad (art. 15), a la justicia pronta (art. 16), a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata (art. 17), a que tanto el imputado como la víctima sean informado de sus derechos (art. 18), a ser respetado en su libertad personal (art. 19).

Muy significativa es la declaración que se contiene en el artículo artículo 44, relacionada con la oralidad de las actuaciones procesales, al tenor de indicar que "Las audiencias se desarrollarán de forma oral, pudiendo auxiliarse las partes con documentos o con cualquier

otro medio. En la práctica de las actuaciones procesales se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan darle mayor agilidad, exactitud y autenticidad a las mismas, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido”, e imponiéndole al órgano jurisdiccional la tarea de propiciar: “que las partes se abstengan de leer documentos completos o apuntes de sus actuaciones que demuestren falta de argumentación y desconocimiento del asunto. Sólo se podrán leer registros de la investigación para apoyo de memoria, así como para demostrar o superar contradicciones; la parte interesada en dar lectura a algún documento o registro, solicitará al juzgador que presida la audiencia, autorización para proceder a ello indicando específicamente el motivo de su solicitud conforme lo establece este artículo, sin que ello sea motivo de que se reemplace la argumentación oral”.

En cuanto a los derechos de las víctimas, el legislador estableció en el artículo 109 un extenso listado, del que con afán meramente ilustrativo pueden señalarse sólo algunos: ser informado de los derechos que en su favor le reconoce la Constitución; a que el Ministerio Público y sus auxiliares así como el Órgano jurisdiccional les faciliten el acceso a la justicia y les presten los servicios que constitucionalmente tienen encomendados con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, profesionalismo, eficiencia y eficacia y con la debida diligencia; a contar con información sobre los derechos que en su beneficio existan, como ser atendidos por personal del mismo sexo, o del sexo que la víctima elija, cuando así lo requieran y recibir desde la comisión del delito atención médica y psicológica de urgencia, así como asistencia jurídica a través de un asesor jurídico; a comunicarse, inmediatamente después de haberse cometido el delito con un familiar, e incluso con su asesor jurídico; recibir información, cuando así lo solicite, del desarrollo del procedimiento penal por su asesor jurídico, el Ministerio Público y/o, en su caso, por el Juez o Tribunal; tiene derecho a contar con un asesor jurídico gratuito en cualquier etapa del procedimiento, en los términos de la legislación aplicable; a participar en los mecanismos alternativos de solución de controversias; a recibir gratuitamente la asistencia de un intérprete o traductor desde la denuncia hasta la conclusión del procedimiento penal, cuando la víctima u ofendido pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena o no conozca o no comprenda el idioma español; En caso de tener alguna discapacidad, a que se realicen los ajustes al procedimiento penal que sean necesarios para salvaguardar sus derechos; a que se le proporcione asistencia migratoria cuando tenga otra nacionali-

dad; a que se le provea protección cuando exista riesgo para su vida o integridad personal; a solicitar el traslado de la autoridad al lugar en donde se encuentre, para ser interrogada o participar en el acto para el cual fue citada, cuando por su edad, enfermedad grave o por alguna otra imposibilidad física o psicológica se dificulte su comparecencia, a cuyo fin deberá requerir la dispensa, por sí o por un tercero, con anticipación; a que se le repare el daño causado por la comisión del delito, pudiendo solicitarlo directamente al Órgano jurisdiccional, sin perjuicio de que el Ministerio Público lo solicite; al resguardo de su identidad y demás datos personales cuando sean menores de edad, se trate de delitos de violación contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual, violencia familiar, secuestro, trata de personas o cuando a juicio del Órgano jurisdiccional sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa;

Por razones lógicas, se determina que en el caso de que las víctimas sean personas menores de dieciocho años, el Órgano jurisdiccional o el Ministerio Público tendrán en cuenta los principios del interés superior de los niños o adolescentes, la prevalencia de sus derechos, su protección integral y los derechos consagrados en la Constitución, en los Tratados, así como los previstos en el presente Código. Y tratándose de los delitos que impliquen violencia contra las mujeres, se deberán observar todos los derechos que en su favor establece la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y demás disposiciones aplicables.

Indica el artículo 113 que el imputado tendrá derecho a: ser considerado y tratado como inocente hasta que se demuestre su responsabilidad; comunicarse con un familiar y con su Defensor cuando sea detenido, debiendo brindarle el Ministerio Público todas las facilidades para lograrlo; declarar o a guardar silencio, en el entendido que su silencio no podrá ser utilizado en su perjuicio; estar asistido de su Defensor al momento de rendir su declaración, así como en cualquier otra actuación y a entrevistarse en privado previamente con él; que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el Juez de control, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten, así como, en su caso, el motivo de la privación de su libertad y el servidor público que la ordenó, exhibiéndosele, según corresponda, la orden emitida en su contra; no ser sometido en ningún momento del procedimiento a técnicas ni métodos que atenten contra su dignidad, induzcan o alteren su libre voluntad; tener acceso él y su defensa a los registros de

la investigación, así como a obtener copia gratuita de los mismos; que se le reciban los medios pertinentes de prueba que ofrezca, concediéndosele el tiempo necesario para tal efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite y que no pueda presentar directamente, en términos de lo establecido por este Código; ser juzgado en audiencia por un Tribunal de enjuiciamiento, antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa; tener una defensa adecuada por parte de un licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención y, a falta de éste, por el Defensor público que le corresponda, así como a reunirse o entrevistarse con él en estricta confidencialidad; ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete en el caso de que no comprenda o hable el idioma español; cuando el imputado perteneciere a un pueblo o comunidad indígena, el Defensor deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de que no fuere posible, deberá actuar asistido de un intérprete de la cultura y lengua de que se trate; ser presentado ante el Ministerio Público o ante el Juez de control, según el caso, inmediatamente después de ser detenido o aprehendido; no ser expuesto a los medios de comunicación; no ser presentado ante la comunidad como culpable; solicitar desde el momento de su detención, asistencia social para los menores de edad o personas con discapacidad cuyo cuidado personal tenga a su cargo; obtener su libertad en el caso de que haya sido detenido, cuando no se ordene la prisión preventiva, u otra medida cautelar restrictiva de su libertad; que se informe a la embajada o consulado que corresponda cuando sea detenido, y se le proporcione asistencia migratoria cuando tenga nacionalidad extranjera.

Compete al Ministerio Público conducir la investigación, coordinar a las Policías y a los servicios periciales durante la investigación, resolver sobre el ejercicio de la acción penal en la forma establecida por la ley y, en su caso, ordenar las diligencias pertinentes y útiles para demostrar, o no, la existencia del delito y la responsabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión (art. 127). Y en su actuación deberá observar el deber de lealtad (art. 128), consistente en actuar durante todas las etapas del procedimiento en las que intervenga con absoluto apego a lo previsto en la Constitución, en este Código y en la demás legislación aplicable. Debiendo, igualmente, proporcionar información veraz sobre los hechos, sobre los hallazgos en la investigación y ten-

drá el deber de no ocultar a los intervinientes elemento alguno que pudiera resultar favorable para la posición que ellos asumen, sobre todo cuando resuelva no incorporar alguno de esos elementos al procedimiento, salvo la reserva que en determinados casos la ley autorice en las investigaciones. Otro deber que incumbe al Ministerio Público es el de objetividad y debida diligencia: la investigación debe ser objetiva y referirse tanto a los elementos de cargo como de descargo y conducida con la debida diligencia, a efecto de garantizar el respeto de los derechos de las partes y el debido proceso (art. 129).

Obligaciones de la policía (art. 132) serán, entre otras las de actuar bajo la conducción y mando del Ministerio Público en la investigación de los delitos en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución. Además deberá: recibir las denuncias sobre hechos que puedan ser constitutivos de delito e informar al Ministerio Público por cualquier medio y de forma inmediata de las diligencias practicadas; y también las denuncias anónimas e inmediatamente hacerlo del conocimiento del Ministerio Público a efecto de que éste coordine la investigación; realizar detenciones en los casos que autoriza la Constitución, haciendo saber a la persona detenida los derechos que ésta le otorga; impedir que se consumen los delitos o que los hechos produzcan consecuencias ulteriores. Especialmente estará obligada a realizar todos los actos necesarios para evitar una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos de los gobernados a quienes tiene la obligación de proteger; informar sin dilación por cualquier medio al Ministerio Público sobre la detención de cualquier persona, e inscribir inmediatamente las detenciones en el registro que al efecto establezcan las disposiciones aplicables; practicar las inspecciones y otros actos de investigación, así como reportar sus resultados al Ministerio Público. En aquellos que se requiera autorización judicial, deberá solicitarla a través del Ministerio Público; preservar el lugar de los hechos o del hallazgo y en general, realizar todos los actos necesarios para garantizar la integridad de los indicios. En su caso deberá dar aviso a la Policía con capacidades para procesar la escena del hecho y al Ministerio Público conforme a las disposiciones previstas en este Código y en la legislación aplicable; proporcionar atención a víctimas u ofendidos o testigos del delito. Para tal efecto, deberá:

- a) Prestar protección y auxilio inmediato, de conformidad con las disposiciones aplicables;

- b) Informar a la víctima u ofendido sobre los derechos que en su favor se establecen;
- c) Procurar que reciban atención médica y psicológica cuando sea necesaria, y
- d) Adoptar las medidas que se consideren necesarias, en el ámbito de su competencia, tendientes a evitar que se ponga en peligro su integridad física y psicológica;

A los jueces y magistrados se les determinan (art. 134) como deberes comunes los siguientes: resolver los asuntos sometidos a su consideración con la debida diligencia, dentro de los términos previstos en la ley y con sujeción a los principios que deben regir el ejercicio de la función jurisdiccional; respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el procedimiento; guardar reserva sobre los asuntos relacionados con su función, aun después de haber cesado en el ejercicio del cargo; atender oportuna y debidamente las peticiones dirigidas por los sujetos que intervienen dentro del procedimiento penal; abstenerse de presentar en público al imputado o acusado como culpable si no existiera condena; mantener el orden en las salas de audiencias.

La prisión preventiva se considera una excepción. Sin embargo, se señalan los siguientes como delitos en donde es aplicable (art. 167): Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323; Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis; Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis; Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126; Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128; Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quater; Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero; Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de perso-

nas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis; Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter; Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad.

Son consideradas las soluciones alternas (art. 184), siendo tales: el acuerdo reparatorio, y la suspensión condicional del proceso. Y una forma de terminación anticipada del proceso es el procedimiento abreviado será considerado una forma de terminación anticipada del proceso (185).

De acuerdo al artículo 211, el procedimiento penal comprende las siguientes etapas:

I. La de investigación, que comprende las siguientes fases:

- a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, e
- b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;

II. La intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y

III. La de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento.

La investigación no se interrumpe ni se suspende durante el tiempo en que se lleve a cabo la audiencia inicial hasta su conclusión o durante la víspera de la ejecución de una orden de aprehensión. El ejercicio de la acción inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia, con lo cual el Ministerio Público no perderá la dirección de la investigación. El proceso dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme.

Finaliza esta presentación brevísima del CNPP con la transcripción del Artículo segundo transitorio, relacionado con la vigencia del referido Código:

“Este Código entrará en vigor a nivel federal gradualmente en los términos previstos en la Declaratoria que al efecto emita el Congreso de la Unión previa solicitud conjunta del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016.

En el caso de las Entidades federativas y del Distrito Federal, el presente Código entrará en vigor en cada una de ellas en los términos que establezca la Declaratoria que al efecto emita el órgano legislativo correspondiente, previa solicitud de la autoridad encargada de la implementación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio en cada una de ellas.

En todos los casos, entre la Declaratoria a que se hace referencia en los párrafos anteriores y la entrada en vigor del presente Código deberán mediar sesenta días naturales”.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán

Profesor de Derecho Penal

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ),

Nicaragua

www.sergiocuarezma.com

Las reformas que materia penal que se han realizado en Nicaragua después de la aprobación del Código penal de 2007, que entró en vigencia el 2008, son:

Ley 745/2010: Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal. Esta ley tiene por objeto regular el control jurisdiccional de la ejecución de las sanciones penales, la vigilancia penitenciaria, el seguimiento de las medidas de seguridad y establecer el procedimiento para la tramitación y resolución de los incidentes correspondientes, garantizando la finalidad reeducativa de la imposición de la pena y la reinserción en la sociedad de la persona condenada. Esta ley, regula el principio de legalidad y garantía penal ejecutiva. “Nadie podrá ser sometido a la ejecución de una pena o medida de seguridad que no esté establecida por sentencia firme dictada por autoridad competente. El control de legalidad de los actos de la autoridad administrativa, será ejercido por el Juez de Ejecución y Vigilancia Penitenciaria. No podrán aplicarse sanciones o medidas administrativas, si no es mediante resoluciones debidamente motivadas y firmes.

La sanción penal se ejecutará en la forma establecida por la Constitución Política de la República de Nicaragua, los instrumentos internacionales ratificados por la República de Nicaragua, las leyes y sus reglamentos, de conformidad con el principio de legalidad” (art. 2).

Decreto No. 70-2010: Reglamento de la Ley de prevención, investigación y persecución del crimen organizado y de la administración de los bienes incautados, decomisados y abandonados. El presente Decreto tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias para la aplicación de la Ley No. 735 Ley de Prevención, Investigación y Persecución del Crimen Organizado y de la Administración de los Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados.

Ley 735/ 2010: Ley de prevención, investigación y persecución del crimen organizado y de la administración de los bienes incautados, decomisados y abandonados. El objeto de esta Ley, regular las funciones del Estado para prevenir, detectar, investigar, perseguir y procesar los delitos relacionados con el crimen organizado y la administración y disposición de los bienes, objetos, productos, equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en esta Ley. De igual forma esta ley coordina las políticas, planes y acciones de lucha en contra de estas actividades ilícitas por medio de los órganos competentes del Estado, encargados de preservar el orden interno, la seguridad ciudadana y la soberanía nacional.

Ley No. 793/2012: Ley creadora de la unidad de análisis financiero. La finalidad de esta ley es crear la Unidad de Análisis Financiero, que en lo sucesivo se denominará “UAF”, la cual tendrá la naturaleza, característica, funciones, atribuciones y límites que se establecen en la Constitución Política de la República de Nicaragua, la presente ley, su reglamento, normativas y demás disposiciones legales vigentes y cuya finalidad es la prevención del lavado de dinero, bienes y activos, provenientes de actividades ilícitas y financiamiento al terrorismo. En el ejercicio de sus funciones y atribuciones, la UAF deberá regirse y observar total apego a los principios, derechos y garantías establecidas en la Constitución Política de la República de Nicaragua, en el ordenamiento jurídico y en los instrumentos internacionales vigentes en nuestro país en materia de Derechos Humanos y aquellos relacionados con el lavado de dinero, bienes y activos provenientes de actividades ilícitas y financiamiento al terrorismo. Para ello, la ley crea Unidad de Análisis Financiero (UAF) como un Ente descentralizado con autonomía funcional, técnica, administrativa y operativa, con personalidad jurídica, patrimonio propio, especializada en el análisis de información de carácter jurídico, financiera o contable dentro del sistema de lucha contra el lavado de dinero.

Ley 779/ 2012: Ley integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la Ley No. 641, “Código penal”. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que se ejerce hacia las mujeres, con el propósito de proteger los derechos humanos de las mujeres y garantizarle una vida libre de violencia, que favorezca su desarrollo y bienestar conforme a los principios de igualdad y no discriminación; establecer medidas de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia y prestar asistencia a las mujeres víctimas de violencia, impulsando cambios en los patrones socioculturales y patriarcales que sostienen las relaciones de poder.

Decreto No. 42-2014: Reglamento a la Ley 779 Ley integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la Ley No. 641, “Código Penal”. Este Reglamento, elaborado por el Poder Ejecutivo, tiene por objeto establecer las disposiciones para la aplicación de la ley 779/2012. Hay que destacar que la Constitución Política, establece que solo la ley puede calificar un hecho como punible y determinarle una sanción (art. 34, inc. 11), prohíbe que los mismos se lleven a cabo o se apliquen, por Reglamento, como consecuencia del principio elemental de seguridad jurídica, el principio de legalidad penal sustantivo. Este fenómeno (político) es consecuencia de la concentración de poder que el Poder Ejecutivo tiene en el país, y, en consecuencia, una fractura del Derecho penal democrático nicaragüense.

Ley 896/2015: Ley contra la trata de personas. Esta 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.

“El Estado nicaragüense, por medio de la ley, reafirma 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)

Normas complementarias (art. 4). Para los efectos de la aplicación de la presente Ley, se establecen como normas complementarias los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos suscritos, ratificados y aprobados por el Estado de la República de Nicaragua, dirigidos a la prevención, atención y persecución del delito de trata de personas que restablezcan los derechos y garantías de las víctimas y su entorno familiar, particularmente los siguientes:

1) Convención Americana Sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969; aprobada mediante Decreto N°. 174 de la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N°. 67 del 26 de noviembre de 1979;

2) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por Resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 15 de noviembre de 2000, aprobada por Decreto A. N. N°. 3246, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N°. 38 del 25 de febrero de 2002;

3) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, adoptada en Belem do Para, Brasil el 9 de junio de 1994; aprobada por Decreto A. N. N°. 1015, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N°. 26 de septiembre de 1995;

4) Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en Montevideo, Uruguay el 15 de julio de 1989, aprobada por Decreto A. N. N°. 3509, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N°. 118 del 25 de junio de 2002;

5) Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por Resolución 45/158 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 18 de diciembre de 1990, aprobada por Decreto A. N. N°. 4336 del 14 de julio de 2005, publicado en La Gaceta N°. 136 del 14 de julio de 2005;

6) Convención Internacional Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por Decreto

A. N. N.º. 5223, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N.º. 207 del 29 de octubre de 2007;

7) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, a la que Nicaragua se adhirió por Decreto N.º. 297, Adhesión a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional de la República de Nicaragua, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N.º. 39 del 15 de febrero de 1980;

8) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 18 de diciembre de 1979, aprobada por Decreto de la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional N.º. 789, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N.º. 191 de 25 de agosto de 1981;

9) Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por Resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 20 de noviembre de 1989, aprobada por Decreto A. N. N.º. 324, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N.º. 180 del 20 de septiembre de 1990;

10) Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su Resolución 608 (XXI), del 30 de abril de 1956, aprobada por Decreto A. N. N.º. 134, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N.º. 218 del 13 de noviembre de 1985;

11) Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso, Número 105, adoptado en la 40ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, del 25 de junio de 1957, depositada el 17 de octubre de 1967, mediante Acta de Depósito de Instrumentos de Ratificación de Convenios Internacionales, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N.º. 264 de 20 de noviembre de 1967;

12) Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, adoptado por Resolución 54/263 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobado por Decreto A. N. N.º. 3510, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N.º. 62 del 28 de marzo de 2003;

13) Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptado por la Resolución 55/255 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 31 de mayo de 2001,

aprobado por Decreto A. N. N.º. 3925, publicado en La Gaceta, Diario Oficial N.º. 134 del 9 de julio de 2004;

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 2012 y 2015 se han producido en el período presidencial del señor Ricardo Martinelli Berrocal, lo que nos ha permitido evaluar su proceder en esta materia.

La mayoría de las nuevas normas se limitan a aumentar penas a delitos ya existentes y en menor medida a crear nuevos tipos en atención a criterios muy discutibles, siendo que la mayoría de las normas creadas en este período hayan sido innecesarias, pues muchas no responden a criterios válidos algunos casos las mismas están mal concebidas y muy mal redactadas.

Algunas de estas leyes, sin embargo, eran necesarias pues llenaban vacíos existentes desde hace mucho tiempo, como ocurre con la normativa que incrimina como delito el tráfico ilícito de personas, ya que una Convención de las Naciones Unidas era desconocida por el legislador panameño.

Entre las reformas penales más importantes, están las que incriminan el tráfico ilícito de inmigrantes, la que adiciona la normativa penal en materia de terrorismo, las que adicionan la regulación del delito de hurto, la regulación de la figura del femicidio y la que dicta algunas normas en materia de crimen organizado. Respecto de las normas procesales, se modifican el régimen de delitos que no son excarcelables, se modifica el régimen de custodia de bienes aprehendidos en materias de delitos relacionados con drogas y una importante modificación en materia de detención preventiva para el traslado de sujetos a los Centros Penitenciarios.

Es evidente que algunas de las leyes reseñadas de forma nominal eran necesarias, al tiempo que otras reformas eran innecesarias como hemos venido advirtiendo en nuestro país.

II. LAS REFORMAS EL ORDENAMIENTO PENAL

A pesar de la diversidad de reformas al Código Penal de 2007, la mayoría de las nuevas normas son innece-

sarias, inconvenientes y no pocas están mal elaboradas. En los últimos años asistimos a este mismo escenario que se repite desde 2009 con la llegada al poder del Presidente que inició su mandato en 2009 y terminó en 2014.

1. Femicidio

La más importante de las leyes ya reseñada anteriormente es la Ley 82 de 2013, de 24 de octubre de ese año, por medio de la cual se tipificó como delito el “femicidio” y se dictaron otras disposiciones en torno al mismo.

Fuera de la normativa penal, que es realmente mínima en esta ley, que se desarrolla a través de 78 artículos, se castiga con pena de prisión de 25 a 30 años de prisión a quien cause la muerte a una mujer en algunas de las 10 situaciones que se describen en el nuevo artículo 132-A del Código Penal.

Ahora el homicidio simple tiene pena de 10 a 20 años de prisión (art. 131, el homicidio agravado tiene pena de 20 a 30 años de prisión (art. 132) y el femicidio tiene pena de 25 a 30 años de prisión (art. 132-A). A todas luces, distinguir entre el homicidio del varón con pena de 10 a 20 años de prisión y el homicidio de una mujer, con pena de 25 a 30 años de prisión, es insostenible pues crea una distinción en atención al sexo. Sale más barato que la mujer cause la muerte de un varón que si le causa la muerte a una mujer por razón de su condición. Este es un tema polémico y sin duda será motivo de una demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia.

En esta regulación, llama la atención que considere como femicidio la muerte de una mujer gravida cuando ese evento ya configura como una agravante en el homicidio agravado del art. 132, lo que no ha sido advertido por el legislador.

2. Crimen Organizado

En materia de “crimen organizado” la nueva ley 121 de 2013, de 31 de diciembre de ese año, que consta de 53 artículos, introduce una amplia regulación a fin de adecuar nuestra legislación a los Convenios Internacionales en la materia.

No obstante lo anterior, al delito relacionado con el crimen organizado solo se le dedican un artículo: el nuevo 328-A que incrimina el pertenecer a una organización dedicada a cometer delitos relacionados con el crimen organizado, lo que conlleva pena de 25 a 30 años de prisión. Se introdujo una agravante, para castigar con un aumento de hasta la mitad la pena anterior,

cuando se trate de los jefes de la organización, cuando los sujetos sean servidores públicos y cuando se utilicen menores de edad en estos delitos cometidos por medio de crimen organizado. Es lamentable esta última agravante, pues la pena máxima por los delitos no puede exceder de 30 años y sólo en caso de concursos puede llegar hasta 50 años de prisión (art. 52 del Código Penal).

Es importante destacar, que en el texto de esta ley se incorpora como delito a nuestra legislación la “obstrucción a la justicia”, lo que es muy significativo pues hemos abogado por esta figura delictiva en los últimos años. Es lamentable, sin embargo, que la figura se reduzca a los casos vinculados al crimen organizado ya que, en todo caso, la norma debió quedar abierta a la realización de actos que involucren cualquier delito.

3. Terrorismo

Por medio de la ley 62 de 2013, del 17 de septiembre de ese año, se adicionó al Código Penal una nueva figura delictiva relacionado con el terrorismo y se adicionó una nueva agravante común al art. 88 del mismo Código.

En efecto, el nuevo art. 295-A dispone que se castigará con pena de 6 meses a 1 año de prisión a quien “suministre, proporcione o facilite información falsa sobre la existencia de material radiactivo, armas, incendio, explosivo, sustancia biológica o tóxica o de cualquier otro medio de destrucción masiva o elemento que tenga esa potencialidad contra los seres vivos, los servicios públicos, los bienes o las cosas, que perturbe la paz pública o cause pánico, terror o miedo en la población o un sector de ella”.

Por razón de la pena prevista por el delito antes descrito, es evidente la poca importancia que el mismo merece para el legislador. Quizás hubiera sido más importante redactar esta norma en otro capítulo, fuera del terrorismo en atención a la creación de alarma en los delitos que implican un peligro común con una redacción que recurrir a la difusa expresión “que perturbe la paz pública o cause pánico, terror o miedo en la población”.

La nueva agravante común incorporada al Código Penal es totalmente innecesaria, al tiempo que es una prueba evidente de la incapacidad de las autoridades del Sistema Penitenciario de impedir que los internos planifiquen, coordinen u ordenen la comisión de delitos desde los centros penitenciarios. La incapacidad de las autoridades, que no controlan el ingreso de celulares o armas de fuego a las cárceles es inaceptable y raya en la connivencia de ellas con los propios internos. Incluso se habla del “negociado” que representa la venta de ce-

lulares y armas a los reclusos por los custodios civiles y la propia Policía Nacional.

4. Hurto

En esta materia, el legislador adoptó dos leyes distintas vinculadas al delito de hurto. Por una parte, la ley 70 de 2013, de 14 de octubre de ese año y la ley 108 de 2013, de 21 de noviembre.

En la primera, se modifican las agravantes del hurto simple, ahora convertido en hurto agravado castiga con pena de 5 a 10 años de prisión si la cosa hurtada guarda relación con la prestación de un servicio público o privado de energía eléctrica, agua, telecomunicaciones o televisión y se agrava la pena si el sujeto es empleado de la Empresa afectada o de un contratista de ésta. Con la segunda, se modifica el régimen de hurto pecuario y se adoptan normas procesales de trascendencia. Es especial, impedir la fianza de excarcelación a sujetos involucrados en delitos de hurto pecuario.

En relación con éste último tema, es lamentable que el legislador no se haya percatado que ya en el Código Judicial y en el Código Procesal Penal, que tienen distintos ámbitos de aplicación, el juez tiene facultad para conceder fianzas de excarcelación pues todos los delitos son excarcelables.

5. Invasión de tierras

La ley 44 de 2013, de 19 de junio de ese año, incorporó como delito al Código Penal la figura (art. 229-A) de “ocupar arbitrariamente terrenos ajenos”, lo que se sancionaba con pena de 3 a 6 años de prisión.

Esta misma ley, de forma absurda, castigaba con una agravante a los que “promuevan, patrocinen, induzcan, financien, facilite, colabore o incite a ocupación” sin advertir que algunos de esos verbos eran innecesarios. Afortunadamente la Corte Suprema de Justicia, en fallo reciente declaró esa ley como inconstitucional.

6. Tráfico de personas

La ley 36 de 2013, de 24 de marzo de ese año, adoptó disposiciones sobre el tráfico ilícito de personas. En esta ley se adopta un Plan nacional contra el tráfico de personas y se dictan numerosas disposiciones, es especial para la protección de los migrantes.

En esta ley, que consta de 53 artículos, se incluyen tres nuevos artículos al Código Penal, En particular los artículos 456-F, 456-G y 456-H.

La primera de las normas antes indicadas, consagra la figura básica del tráfico ilícito de migrantes, lo que

permite castigar con pena de 15 a 20 años de prisión a quien dirija, promueva, financie, colabore, facilite o de cualquier forma participe en la entrada o salida del territorio nacional de personas con fines de tráfico ilícito de migrantes aun con el consentimiento de ellos. Como vemos, se utilizan verbos innecesarios pues la expresión final es abarcadora de todo lo que se quiere y puede castigar. Esta norma, además, tiene 6 agravantes específicas que permiten aumentar la pena hasta 30 años de prisión.

La segunda norma incrimina al facilitar, suministrar, elaborar, ofrecer, distribuir o poseer un documento falso para fines de tráfico ilícito de personas y castiga tales conductas con pena de 8 a 12 años de prisión, aunque exime de pena al propio migrante de tráfico ilícito.

La última de las normas antes indicadas, incrimina a quien colabore facilitando un bien mueble o inmueble para ocultar o albergar a las personas objeto de tráfico ilícito. Es obvio, que esta norma es innecesaria, pues estos sujetos realiza actos para favorecer el tráfico ilícito de personas y quedan incriminados en el primero de los artículos reseñados.

7. Otras reformas

Lay ley 40 de 2012, de 4 de julio de ese año, modificó 18 artículos del Código Penal, referidos en su gran mayoría al Libro Segundo del Código Penal de 3007.

En dos casos, se crean delitos nuevos y en el resto de supuestos, se aumentan penas a delitos ya existentes. Estos nuevos delitos son innecesarios, pues pueden castigarse esas conductas como formas de falsedad de documentos, corrupción de servidores públicos o de tráfico de drogas (art. 317-A y 375-A).

III. LAS REFORMAS AL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL

En Panamá existen dos ordenamientos procesales distintos, que se rigen por principios y postulados diversos. Uno es el viejo Código Judicial, que rige desde 1987, de corte inquisitivo, que rige a la mayoría de la población del país, y el otro es el nuevo Código Procesal Penal, de corte acusatorio, que rige en una parte del país con menos habitantes en el territorio donde no rige el Código Judicial.

En materia de reformas procesales, se han introducido normas que desconocen los principios procesales del nuevo ordenamiento de corte acusatorio, que si rigen en todo el territorio nacional,

En el nuevo Código Procesal Penal todos los delitos son excarcelables y ahora se pretende modificar ambos

ordenamientos para eliminar la facultad discrecional del juzgador de conceder fianza de excarcelación. Esto es totalmente inaceptable y contradice la letra y el espíritu de la nueva codificación procesal penal de corte acusatorio.

Como un resabio de la antigua ley procesal penal, se modifican y actualizan normas del viejo Código Judicial para ratificar o ampliar facultades del Ministerio Público (fiscales) al afectar bienes de terceros sin autorización judicial, de modo que se puedan vender a precios irrisorios en detrimento de un sujeto no condenado todavía.

La experiencia de los últimos 20 años exige investigar en manos de quien están los bienes sometidos a comiso, pues los amigos y familiares de algún fiscal de drogas se han quedado con tales bienes por un precio ínfimo.

Si lo anterior no fuera suficiente, por medio de la Ley 55 de 2012, de 21 de septiembre de ese año, los Diputados de la mayoría oficialista en la Asamblea Nacional adoptaron una normativa que regula la investigación y juzgamiento de los miembros de nuestro Parlamento.

Esta ley restringe las facultades que tiene la Corte Suprema para investigar a los Diputados y limita las posibilidades de tal investigación, pues exige que la denuncia lleve prueba sumaria del delito investigado lo que no es fácil obtener por los particulares al tiempo que exige que la denuncia sea interpuesta por abogado y que la investigación no exceda el término no exceda de dos meses.

Los Diputados se “blindaron” y dificultaron la investigación y juzgamiento de los eventuales delitos que hayan podido cometer, lo que les proporciona en estos momentos un escudo que lo torna casi intocables, a pesar de los desafueros cometidos en el período electoral que terminó con las elecciones del 4 de mayo de 2014, donde usaron más de 400 millones de balboas (equivalentes al dólar americano) para sus campañas de reelección. Afortunadamente no todos lo lograron, pero usaron fondos públicos en sus campañas lo que configura un delito electoral, que tarde o temprano, en este período o cuando dejen el escaño, deberán responder ante la justicia panameña.

IV. CONCLUSIONES

Las reformas penales antes reseñadas ponen de manifiesto que seguimos modificando el ordenamiento penal sin tener idea de que se está haciendo al tiempo que las reformas procesales desmejoran los derechos de los imputados sin asco, pues estamos en manos de

algunos jueces y fiscales que ni siquiera conocen la teoría del delito ni la distinción entre hurto y apropiación indebida aunque da gusto ver actuaciones de algunos fiscales, jueces y magistrados que le hacen honor al cargo que desempeñan.

No puedo terminar este trabajo, sin destacar la mora en adoptar una normativa penal contra la discriminación. La raza, creencia religiosa o la orientación sexual no pueden servir de base para la discriminación de las personas. Pertenezco a una generación donde la homosexualidad no era tolerada, pero el mundo cambió y si estas personas mantienen su conducta externa dentro un clima de respeto y tolerancia hacia los demás, sin afectar derechos de terceros, yo no soy quien para castigarlos o excluirlos.

Perú

Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal

Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia del Perú

EL PREDOMINIO DEL GIRO PUNITIVO

Las recientes reformas producidas en la legislación penal peruana se adscriben plenamente a un modelo de **giro punitivo** (*punitive turn*). El cual, por lo demás, encuentra un importante respaldo social como consecuencia del incremento de la inseguridad ciudadana promovida por el repentino ascenso de la criminalidad violenta y organizada en el país. En este contexto, pues, el problema de la delincuencia y del control penal vuelven a ser reinterpretados como un conflicto de seguridad interna y externa, en el cual se enfrentan “*violencia contra violencia*” y donde los medios de “*neutralizar al enemigo*” parecen no quedar sujetos a ningún estándar mínimo de racionalidad sino exclusivamente de eficiencia cuando menos aparente. Al respecto resulta pertinente lo sostenido por VAN SWAANINGEN: “*La mayoría de los políticos actuales adopta la postura populista de que ‘el ciudadano siempre tiene la razón’, presupone que el público quiere penas más duras e ignora cualquier cuestionamiento a esta conjetura..... Peor aún, este giro punitivo cuenta con escasos contrapesos*” (Cfr. René Van Swaaningen .Revirtiendo el giro punitivo. Revista Derecho Penal. Año I. N° 1. 2012, p. 270). A continuación, pues, haremos una breve descripción de los principales cambios promovidos en el derecho penal y procesal penal en el periodo 2012-2015.

UN NUEVO MARCO LEGAL CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS

El 2012 fue el año de las reformas en la legislación peruana contra el lavado de activos. Repentinamente las disposiciones legales nacionales vinculadas a la prevención, control y represión penal de este delito, fueron modificadas de modo substancial o reemplazadas por otras normas. Los tres componentes de esta renovada compilación legislativa son los siguientes:

1. **El Decreto Legislativo 1106** o De Lucha Eficaz Contra el Lavado de Activos y Otros Delitos Relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado, que describe los tipos penales, precisa las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y señala las consecuencias jurídicas aplicables a los involucrados en este delito. GARCÍA CAVERO sostiene que la *“impronta de esta nueva normativa es abiertamente represiva”* (Percy García Caverro. Dos Cuestiones Problemáticas del delito de Lavado de Activos. El Delito Previo y la Cláusula de Aislamiento. Manuel Abanto Vásquez y otros-Coordinadores. Imputación y Sistema Penal. ARA Editores. Lima. 2012, p. 418)
2. **La Ley 27693**, modificada por la Ley 28306, que regula el Sistema de Prevención del Lavado de Activos y las Funciones de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. Varias disposiciones de esta Ley han sido ampliadas o modificadas también por las Disposiciones Finales y Complementarias del Decreto Legislativo 1106.
3. **El Decreto Legislativo 1104** que rige el Proceso de Pérdida de Dominio y que ha reemplazado con notorios cambios las reglas que al respecto se encontraban definidas en el Decreto Legislativo 992.

El Decreto Legislativo 1106 conservó una estructura normativa de carácter integrador similar a la que tuvo la Ley 27765. Esto es, su sistemática interna incluyó de manera conjunta disposiciones penales, procesales y de ejecución penal. En efecto, la morfología de su articulado permite identificar la concurrencia de estas tres clases de normas:

- **Normas Penales.** Estas disposiciones están dedicadas a la tipificación y sanción de los actos criminalizados. Ese es el caso de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º y 9º.
- **Normas Procesales.** Son aquellas que se refieren a la investigación o juzgamiento del delito, así como a la actividad probatoria. Tienen tal condición los artículos 7º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º y 17º.

- **Normas de Ejecución Penal.** Se trata de disposiciones que aluden al régimen de cumplimiento de penas o a la aplicación de beneficios penitenciarios. El artículo 11º contempla una regla de tales características.

La ubicación, el contenido y la función específica de las normas incorporadas por el Decreto Legislativo 1106 los podemos sintetizar con las siguientes sumillas:

- Actos de Conversión y Transferencia (Artículo 1º).
- Actos de Ocultamiento y Tenencia (Artículo 2º).
- Actos de Transporte y Traslado de Dinero o Títulos Valores de Origen Ilícito (Artículo 3º).
- Circunstancias Agravantes y Atenuantes (Artículo 4º).
- Omisión de Comunicación de Operaciones o Transacciones Sospechosas (Artículo 5º).
- Rehusamiento, Retardo y Falsedad en el Suministro de Información (Artículo 6º).
- Consecuencias Accesorias Aplicables a Personas Jurídicas (Artículo 8º).
- Decomiso (Artículo 9º).
- Autonomía del Delito de Lavado de Activos y Punibilidad del Autolavado (Artículo 10º)
- Prohibición de Beneficios Penitenciarios (Artículo 11º).
- Disposiciones Procesales (Artículos 7º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º y 17º).

UN NUEVO MARCO LEGAL DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

La ley 30076 o contra la inseguridad ciudadana, promulgada el 18 de agosto de 2013, realizó una verdadera reforma de la normatividad referente a la determinación judicial de la pena contenida en el Código Penal de 1991. Como se declaraba en su extenso título la finalidad político criminal de sus modificaciones e innovaciones legales no era otra que *“combatir la inseguridad ciudadana”*. Esto es, el legislador nacional consideraba que una estrategia instrumental importante, para realizar dicho objetivo, radicaba en mejorar los procedimientos técnicos y la práctica judicial de aplicación las penas. En ese sentido también se expresaba la Exposición de Motivos del Proyecto Judicial de 2012: *“La realidad criminal nacional nos muestra un panorama cada vez más violento. Los índices de la delincuencia se incrementan notablemente. Ello determina que se instalen o reformulen políticas públicas precisas en la agenda de los diferentes poderes del Estado, entre ellas, la del Poder judicial, con el fin de hacer frente de una manera más eficaz a este problema social”* (ob. cit., p. 5, parágrafo 1).

Por lo demás, en el plano psicosocial, la colectividad nacional calificaba como un factor determinante de la inseguridad ciudadana y del incremento de la criminalidad violenta y organizada en el país, la deficiente práctica que habían exhibido reiteradamente los órganos jurisdiccionales al momento de tomar decisiones punitivas y que rara vez compatibilizaba con los principios rectores de legalidad y de pena justa. En consecuencia, pues, esta clase de reformas fueron recepcionadas favorablemente por su incuestionable pertinencia y oportunidad.

El nuevo marco legal que aportó la ley 30076 para la determinación judicial de la pena tenía la siguiente estructura y composición morfológica:

1. El **artículo 45°**. **I** incorporaba como un presupuesto adicional para fundamentar y determinar la pena, que el agente al cometer el delito haya hecho *“abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad”*.
2. El **artículo 45°**. **A** que diseñaba un procedimiento esquemático para construir la pena aplicable al autor o partícipe culpable del delito al cual el legislador denominó *“individualización de la pena”*.
3. Finalmente en el **artículo 46°** se incluyeron las *“circunstancias de atenuación y agravación”*, las cuales fueron integradas en dos catálogos. El correspondiente al inciso 1 reunía ocho atenuantes genéricas y en el inciso 2 se agruparon 13 agravantes genéricas.

Este registro numérico de los cambios introducidos fue complementado con ligeras modificaciones ocurridas en los **artículos 46° B** y **46° C** que regulaban las circunstancias agravantes cualificadas de *Reincidencia* y *Habitualidad*. Otros cambios conexos a las reglas de determinación de la pena, que también se aplicaron con la Ley 30076, afectaron los alcances de las disposiciones sobre disminución punitiva por *Responsabilidad restringida por la edad* del **artículo 22°**; la extensión cualitativa y cuantitativa de la pena de *Inhabilitación* configurada en los **artículos 36° y 38°**; y los requisitos y reglas de conducta estipulados en las medidas alternativas a las penas privativas de libertad de régimen de prueba; esto es, de la *suspensión de la ejecución de la pena* normada en los **artículos 57° y 58°** y de la *reserva del fallo condenatorio* prevista en los **artículos 62° y 64°**. En torno a estas últimas normas legales, cabe resaltar que ellas integraron como innovadora regla de conducta, aplicable al régimen de prueba de ambas medidas, la *“Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol”*

(Cfr. Artículos 58°.6 y 64°.6 C.P.) dando así posibilidad legal para ensayar en nuestro país programas de **Justicia Penal Terapéutica**, similares a los que viene auspiciando desde hace algunos años la CICAD-OEA en varios países de la región como Chile, México o República Dominicana.

UN NUEVO MARCO LEGAL CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

Hoy más que en cualquier otro momento de nuestra historia reciente, podemos afirmar y demostrar que en el Perú la delincuencia constituye ya un problema socializado y trascendente. Al respecto diferentes estudios empíricos, de mayor o menor cobertura, validan tal afirmación. Por ejemplo, según una encuesta realizada el año 2012 por Proética e Ipsos-Apoyo, la delincuencia para un 61% de los encuestados era el principal problema que padece nuestro país, *“seguido de la corrupción (47%), el desempleo (31%), las drogas 30% y por último la pobreza (27%)”*. Pero, además, se trata de modalidades delictivas violentas y muy sensibles a la población, la cual las internaliza tanto en sus efectos dañosos como en su manifiesta y reiterada impunidad. Efectivamente, la Cámara de Comercio de Lima en un estudio individualizado sobre una muestra de 130 de sus asociados, *“reveló que un 57.9% ha sido víctima del denominado robo al paso, un 20% por robo a mano armada y un 14.6% sufrió asalto en su domicilio u oficina. Un dato relevante del sondeo es que el 65.38% de las familias que fueron víctimas de actos delincuenciales no realizó ninguna denuncia contrariamente a los 34.62% que si la realizaron. Esto se explica ya que el 57.69% consideró que presentar una denuncia era una pérdida de tiempo”* (Aguda Inseguridad Ciudadana Impactará en el Crecimiento. Informe Especial publicado en Empresas & Negocios. Revista de la Cámara de Comercio N° 577. Año 12. Edición del 27 de mayo de 2013, p. 7 y ss.). En ese contexto podemos reconocer también que en nuestra sociedad coexisten dos modalidades muy definidas y diferentes de criminalidad organizada. Esto es, de manifestaciones paralelas de delincuencia que se realizan y reproducen a partir de estructuras organizacionales de diseño convencional o complejo. En efecto, es innegable desde un enfoque sociológico, político, económico o psicosocial, que al interior de la sociedad peruana y de la interacción cotidiana de sus actores confluyen de manera aleatoria y transversal manifestaciones activas o latentes de criminalidad organizada violenta dedicada, sobre todo, a delitos tradicionales como el robo, el secuestro o la

extorsión; con la silenciosa y encubierta presencia operativa de modalidades de criminalidad organizada no convencional y sofisticada como el lavado de activos, la minería ilegal o la trata de personas. Por lo demás, el desarrollo cuantitativo de los indicadores de frecuencia de una criminalidad organizada fracasada o de los pobres y desplazados, se integra con imágenes predominantes y constantes, que hacen poco visible el verdadero y gravitante poder material que van asumiendo las organizaciones criminales exitosas que construyen o expanden sus mercados y productos ilícitos en un contexto favorable y gris de economía emergente. La situación, pues, de la criminalidad organizada en el Perú del tercer milenio es, si bien aún nebulosa en sus contornos etiológicos y empíricos, sensible y estresante en un espectro de mensajes e imágenes que sobre ella insertan e internalizan en la ciudadanía, de modo continuo y estereotipado, los medios de comunicación social. Se asienta, pues, en línea paralela a lo real del problema, un sinnúmero de enfoques direccionados a infundir temor e inseguridad y a hacer de nuestra población un espacio más de lo que con tino ideográfico ZAFFARONI denomina la **criminología mediática** o “visión de la cuestión criminal que construyen los medios de comunicación” (Eugenio Raúl Zaffaroni. La Cuestión Criminal. Grupo Editorial Planeta. Buenos Aires. 2012, p. 216). Es así que sucesivos sondeos de opinión han coincidido en reconocer que la criminalidad organizada y la inseguridad ciudadana, son ya una constante psicosocial en la percepción de los problemas nacionales que identifica mayoritariamente los miembros de la comunidad nacional. Por ejemplo, en una encuesta publicada por uno de los principales diarios capitalinos, se señalaba que el 36% de las 1210 personas encuestadas, mayores de 18 años y residentes en 17 ciudades de la costa, sierra y selva del país, consideraba que el principal tipo de violencia que existe en el Perú proviene de la delincuencia organizada representada por secuestros y asaltos con armas de fuego (Cfr. Lourdes Fernández. Peruanos en su mayoría se sienten inseguros en la calle y en sus casas. Reseña de encuesta publicada en el diario El Comercio. Edición del 30 de marzo de 2013, p.A14). Con registros más altos otra encuesta radicada en Lima Metropolitana y el Callao, ha señalado que el 87% de los 411 entrevistados se siente inseguro en las calles de su ciudad (Datum. Pulso Perú. Seguridad Ciudadana. Reseña de encuesta publicada en el diario Perú 21. Edición del 8 de julio de 2013, p. 4).

Ahora bien, este mismo proceso de asimilación angustiante y de presencia dual de la criminalidad organizada se reproduce en otras sociedades de nuestro mun-

do globalizado con mayor o menor intensidad de poder o de influencia. Lo que acontece en el Perú no es, pues, la excepción sino parte de la regla (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Criminalidad Organizada. IDEM-SA. Lima. 2006, p. 66 y ss.). Comenzaremos por señalar que la última década se ha caracterizado por el crecimiento cualitativo y cuantitativo de las organizaciones criminales dedicadas a la comisión de delitos violentos. Es decir, se ha incrementado la cuota de delitos de despojo de bienes y cuyos actores se inscriben en el amplio registro estadístico de la criminalidad organizada fracasada y proveniente de los sectores pobres y vulnerables del país. Al respecto son ilustrativas las cifras y el análisis que aporta el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público al revisar la problemática concreta de Lima Metropolitana y el Callao: “El Ministerio Público ha registrado un total de 58,704 presuntos delitos de robo en los 49 distritos de Lima Metropolitana y Callao entre enero de 2000 y agosto de 2011, los cuales equivalen a un promedio anual de 4,920 delitos. 410 delitos por mes, 14 delitos por día y aproximadamente 4 delitos cada 7 horas. Se debe considerar que existen delitos que no se denuncian, los cuales integran la denominada cifra negra. Según investigaciones desarrolladas por el Observatorio de Criminalidad y reportes oficiales sobre victimización desarrolladas en nuestro país, aproximadamente 4 de cada 10 delitos se denuncian” (Boletín Semanal del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público. N°9. Octubre 2011, p. 2). A esta modalidad de delincuencia tradicional y agresiva se le coloca como la imagen de la inseguridad ciudadana y hacia ella convergen de modo espontáneo, disperso y confuso un siempre inagotable conjunto de medidas sobrecriminalizadoras que hacen de las penas de cadena perpetua o de 35 años de privación de la libertad, o de las agravantes cualificadas de reincidencia y habitualidad, las únicas vías transitables para el control simbólico del espectro criminal que aquellas y aquellos producen y reproducen. Al respecto, el populismo de estas medidas se encuentra bastante arraigado en la introspección ciudadana. Por ejemplo, en una de las encuestas anteriormente citadas al preguntarse a los encuestados sobre qué acciones serían las más idóneas para reducir la inseguridad ciudadana, el 78% coincidió en priorizar como opción “**Penas más drásticas**” (Datum. Pulso Perú. Seguridad Ciudadana, cit., p. 4). Por lo demás, basta con revisar el vasto conglomerado y sobrepuesto conjunto de datos, frecuencias y mapas que en torno a estas formas de criminalidad organizada violenta acompañan, a modo de diagnóstico situacional, el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-

2018 hecho público en julio de 2013 (Cfr. Presidencia del Consejo de Ministros-Ministerio del Interior. Plan nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018.Lima. 2013, p. 20 y ss.).

Paralelamente, el espacio de la criminalidad organizada exitosa y de producción de bienes y servicios se ha ubicado también en un proceso continuo de crecimiento y diversificación. En ese contexto delitos tradicionales como el tráfico ilícito de drogas o el tráfico ilícito de insumos químicos han recuperado estándares importantes de producción y comercialización interna y externa. En el presente, pues, las otrora firmas peruanas se han proyectado como carteles emergentes que han configurado y afianzado circuitos propios de exportación y distribución en espacios regionales situados en el cono sur y en proyección o alianza táctica con carteles mexicanos hacia el continente asiático y africano. Sobre esta constatación y sus causas son reveladoras las reflexiones sustentadas en la Estrategia Nacional de Lucha Contra las Drogas 2012-2016: “...a partir del año 2000 la presencia del tráfico ilícito de drogas se ha venido incrementando en forma sostenida en el país, hasta alcanzar un área de 61,200 hectáreas de coca y una producción de 129,000 toneladas métricas de coca. Entre los principales factores que explican esta nueva tendencia se tienen: i) Incremento de la demanda internacional de la droga sobre todo en nuevas zonas geográficas como Europa, Asia y América Latina, ii) ausencia de una implementación efectiva y eficaz de las estrategias nacionales de lucha contra la droga y iii) la significativa reducción de cultivos de coca en Colombia que está originando una relocalización (efecto globo) de los cultivos de coca en Perú y Bolivia” (Presidencia del Consejo de Ministros. Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas-DEVIDA. Estrategia Nacional de Lucha Contra las Drogas. Lima. Marzo de 2012, p. 9). Ahora bien, Investigaciones de organismos técnicos no gubernamentales como MACROCONSULT han esclarecido también el panorama actual del tráfico ilícito de drogas a partir de estudios económicos geopolíticos, así como de análisis de riesgos sociales. Uno de estos estudios destaca como rasgos definitorios de una tercera etapa evolutiva de esta modalidad delictiva organizada los siguientes: “El Perú está experimentando una Tercera Etapa de narcotráfico y coca ilegal. Si bien los cultivos ilegales no alcanzan la extensión que tuvieron en la segunda etapa, hay evidencia de que el narcotráfico estaría afirmándose bajo la impronta de carteles mexicanos. Al respecto podemos señalar las siguientes evidencias: la recuperación gradual de los cocales ilegales aunada a un signi-

ficativo aumento de sus productividad por el uso de nuevas tecnologías; el salto a la producción y exportación de cocaína y la reorientación del destino de la droga producida en el país”. (MACROCONSULT. Narcotráfico: amenaza al crecimiento sostenible del Perú. Estudios sobre coca, cocaína, seguridad y desarrollo. Lima. 2008, p. 219). El contrabando también ha adquirido dimensiones importantes en las principales y tradicionales zonas de frontera, especialmente en el espacio que se comparte con Bolivia y Chile. Igualmente se ha agudizado el tráfico de personas a través de indicadores en ascenso en la práctica de la trata de personas así como del tránsito de migrantes ilegales de origen asiático o africano. Con relación a la trata de personas el Consejo Nacional de Política Criminal en un documento exploratorio sobre el estado situacional del crimen en el país, identifica su relación principal con la explotación sexual de las víctimas: “Más de la mitad de los casos de trata de personas en el Perú son con fines de explotación sexual (59%). Le siguen en importancia la explotación laboral (29%), la mendicidad (5%) y la venta de niños (1%). Un 12% de casos corresponden a trata mixta, donde la finalidad de la explotación es más de una, usualmente sexual y laboral. La información corresponde al registro policial (RETA) para el período enero 2006 a abril 2012....durante el mismo se registraron 804 casos que involucraron a 1960 víctimas” (Consejo Nacional de Política Criminal. Documento de Trabajo N° 3. Diagnóstico Situacional del Crimen en el Perú. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Lima. Junio de 2013, p. 37). También se precisa que los principales puntos de origen y destino de las actividades de trata se ubican en los Departamentos de la selva y ceja de selva y de la costa central o centro sur como Loreto, Ucayali, Huánuco, Cuzco, Madre de Dios, Lima, Arequipa, Moquegua y Puno (Ídem, p. 37). Algo similar viene ocurriendo en torno al tráfico de armas, municiones o explosivos donde el Observatorio de Criminalidad reporta la siguiente tendencia: “El Ministerio Público ha registrado un total de 18,894 delitos de tráfico ilícito de armas a nivel nacional, entre enero de 2000 y junio de 2011, los cuales equivalen a un promedio anual de 1,596 delitos, 133 delitos por mes, 4 delitos por día y aproximadamente 1 delito cada 5 horas” (Boletín del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público Año 2 N° 10. Octubre 2011, p. 4). Por último la piratería fonográfica o la falsificación de marcas y prendas de vestir registran también nuevas rutas, modalidades y espacios de influencia. Un espacio propio vienen consolidando manifestaciones sofisticadas de criminalidad organizada no convencional como la vin-

culada a la extracción minera ilegal de oro o a las operaciones de lavado de activos. Con relación a la primera se destacan sus altos indicadores de ganancia así como sus múltiples efectos perjudiciales y criminógenos: “*Los perjuicios de la minería ilegal de oro, según Macroconsult, son incalculables. Primero, la destrucción de miles de hectáreas de bosques amazónicos y la deforestación de miles más. Segundo, la defraudación tributaria que llegaría al 31% de las utilidades producidas. Si las exportaciones de oro extraído ilegalmente entre el 2005 y el 2011 llegaron a 9,000 millones de dólares, lo que se dejó de pagar al fisco ascendería a casi 3,000 millones de dólares. Tercero, los daños a la salud pública. Cuarto, el negativo impacto que la corrupción genera en las instituciones democráticas y el Estado de derecho. Quinto, el deterioro de las condiciones de seguridad. Desde el 2006 madre de Dios es la región con más alta tasa de homicidios y se ubica en el tercio superior en denuncias de delitos y faltas por 100,000 habitantes a nivel nacional. Asimismo, arroja los peores indicadores en lo referido a trata de personas, fenómeno delictivo ligado a la minería ilegal*” (Consejo Nacional de Política Criminal. Documento de Trabajo N° 3. Diagnóstico Situacional del Crimen en el Perú. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Lima. Junio de 2013, ps.36 y 37). Hallazgos de traslado de dinero en efectivo en ingentes cantidades vienen siendo también objeto de investigación al plantearse como hipótesis su conexión con actos de minería ilegal (Cfr. Oscar Castilla. Operadores de Minería Ilegal llevaban US \$ 4 millones escondidos en maletas. Diario El Comercio. Edición del 26 de agosto de 2013, p. A2 Y A4). Cabe recordar que la criminalización de la práctica de la minería ilegal es todavía de reciente data en nuestro país y está, aún, mediatizada por un complejo sistema de normas transitorias y derivadas que vienen neutralizando su operatividad (Cfr. Minería Ilegal. Los Gobiernos Regionales Defienden la Formalización de las mafias del Oro. Diario El Comercio. Edición del 27 de agosto de 2013, p. A2). Y, también, como destaca MARTHA MEIER el delito de minería ilegal ha sido excluido, sin argumentos sólidos, de los alcances de la Ley Contra el Crimen Organizado (Cfr. Martha Meier M.Q. Excluyen Minería Ilegal de Ley Contra el Crimen Organizado. Diario El Comercio. Edición del 1º de septiembre de 2013, p. A8). Finalmente, la visualización alcanzada por el lavado de activos, en los últimos cinco años, se ha hecho más nítida a partir del incremento de los reportes de transacciones sospechosas que receptiona la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú. A través de estos documentos se puede inferir una variada

gama de sectores, modalidades y montos comprometidos que muestran ese ascenso casi natural que este delito registra en una economía en crecimiento como la que viene sosteniendo el Perú desde los dos últimos lustros. En ese contexto, debe aceptarse como correcto lo sostenido por el Consejo Nacional de Política Criminal al interpretar que “*El lavado de activos constituye, junto al tráfico de drogas y la minería informal, la tercera principal actividad de criminalidad organizada en el Perú*” (Consejo Nacional de Política Criminal. Documento de Trabajo N° 3. Diagnóstico Situacional del Crimen en el Perú. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Lima. Junio de 2013, ps.39).

El contar hoy con una **Ley Especial Contra la Criminalidad Organizada** es una constante en toda estrategia nacional contra la presencia activa de estructuras criminales. Basta con revisar el actual panorama legislativo sobre la materia en nuestra región, para advertir tal característica y desarrollo normativo de la política criminal contemporánea para la prevención y control de la delincuencia organizada al Latinoamérica. En ese contexto, la Ley peruana 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado, promulgada el 26 de julio de 2013, se afilia, pues, a esa tendencia legislativa regional y reproduce, en gran medida, los mismos objetivos, características, estructura y contenidos que sus similares de México, Venezuela o Costa Rica. En efecto, ella posee una estructura normativa integral aunque poco sistemática. Estos es, reúne, a su interior, aunque con escasa claridad y orden, cinco clases de normas: programáticas, penales, procesales, de cooperación judicial internacional en materia penal y de ejecución penal. Además, complementa sus funciones y efectos con tres Disposiciones Complementarias Finales, cuatro Disposiciones Complementarias Transitorias y con seis Disposiciones Complementarias Modificadorias. Todas estas reglas de enlace son de importante repercusión para la praxis de las agencias estatales implicadas en la persecución y sanción de la criminalidad organizada, en tanto que, por ejemplo, no sólo ponen en vigencia para el procesamiento de los integrantes de una organización criminal a las normas y ritos del Código Procesal Penal (Cfr. Artículo 4º y Primera Disposición Complementaria Transitoria); sino que, también, otorgan competencia exclusiva y excluyente para la investigación y procesamiento de los delitos vinculados a organizaciones criminales a la Sala Penal Nacional del Poder Judicial (Cfr. Tercera Disposición Complementaria y Final), con el desconcertante agregado de que el financiamiento requerido para la implementación de tales competencias debe ser aportado por el presupuesto ordinario del sistema de

justicia “*sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público*” (Cfr. Cuarta Disposición Complementaria Transitoria).

En cuanto a **normas programáticas** los artículos 1°, 2° y 3° delimitan la función político criminal de la Ley 30077 y que no es otra de regular un estatuto especial para el procesamiento y sanción de los delitos realizados por organizaciones criminales o por sus órganos asociados o dependientes. Por lo demás es una ley de clara orientación sobrecriminalizadora como lo demuestran sus artículos 22° (Catálogo de Circunstancias Agravantes Específicas), 24° (Prohibición de Concesión de Beneficios Penitenciarios) y Primera Disposición Complementaria Modificatoria (Modifica Artículo 80° del Código Penal *in fine* Duplicando el Plazo de Prescripción de la Acción Penal para Delitos Cometidos por Integrantes de una Organización Criminal e Incrementa la Penas para Diversos Delitos cuando estos sean cometidos por esta clase de Agentes).

Las **disposiciones procesales** (Artículos 5° al 15°) o sobre **cooperación judicial internacional en materia penal** (Artículos 26° al 30°) son a todas luces innecesarias en tanto que regulan aspectos ya contemplados por el Código Procesal Penal el cual, por lo demás, es puesto en vigencia integralmente para los delitos de criminalidad organizada (Artículo 4°). Hubiera sido más técnico y menos complejo desarrollar las normas de aquel y adecuarlas a los cambios sugeridos en las normas de la Ley Contra el Crimen Organizado. Sobre todo porque ya a través de la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria son reformulados varios artículos del citado Código Adjetivo. En este dominio, por ejemplo, lo más relevante se relaciona con la ampliación de los plazos para las diligencias preliminares que se elevan a sesenta días y se faculta al Fiscal a discernir un límite distinto en atención a la complejidad del caso *sub judice*.

En lo que atañe a **reglas de derecho penal material** son dos los aspectos que cabe destacar como importantes. En primer lugar, la incorporación al Código Penal, mediante la Segunda Disposición Complementaria y Modificatoria, del artículo 105 A, que regula los criterios de determinación y fundamentación de la aplicación de consecuencias accesorias a personas jurídicas involucradas en la comisión, favorecimiento, facilitación o encubrimiento de un hecho punible. Reglas similares ya habían sido promovidas en el Anteproyecto de Código Penal 2008-2010 (Cfr. Artículo 110°) y en el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia de la República N° 7-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (Cfr. Fundamento Jurídico 16). La utilidad

operativa de las pautas que contiene el artículo 105° A son de suma importancia y dinamizarán la aplicación concreta de sanciones penales a la personas jurídicas comprometidas con el delito. Ahora bien, la Ley Contra el Crimen Organizado, en su artículo 23°, también contiene un catálogo específico de consecuencias accesorias, las que deberán aplicarse a todo ente colectivo que sirva a la delincuencia organizada o se beneficie de su accionar ilícito. Lo novedoso que aporta tal disposición lo encontramos en el **literal a** y está relacionado con la aplicación de multas, las cuales se determinan en base a un múltiplo equivalente a “*un monto no menor del doble ni mayor del triple del valor de la transacción real que se procura obtener como beneficio económico por la comisión del delito respectivo*”.

En segundo lugar, es también relevante el cambio que se introduce con la Primera Disposición Complementaria Modificatoria en el artículo 317° del Código Penal. En efecto, por primera vez en nuestra legislación sustantiva fundamental el delito tipificado en dicha norma considera punible la constitución y promoción de organizaciones criminales, algo que habíamos sugerido en otra publicación. Además, también nos satisface observar que el legislador ha tomado en cuenta nuestras recomendaciones de construir circunstancias agravantes específicas en base a la posición de liderazgo que ostenta el agente en la organización criminal o a su rol de financista de la misma (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Criminalidad Organizada. IDEM-SA. Lima. 2006, ps. 87 y 88).

LA TAREA PENDIENTE: PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PENAL 2014-2015

El 28 de enero de 2015 la Presidenta del Congreso de la República hizo una convocatoria nacional para evaluar el dictamen del Nuevo Código Penal que aprobó la Comisión de Justicia y Derechos Humanos el 09 de diciembre de 2014. La tarea pendiente, entonces, consiste en examinar las bondades y defectos que en torno a la temática del hecho punible, la determinación judicial de la pena, la criminalidad violenta y organizada contiene el aludido texto legislativo. A modo de ilustración sólo nos referiremos a las reglas de determinación de la pena. < al respecto cabe señalar que el título II, de la sección III, del Libro I corresponde a la **Aplicación de la Pena**. Comprende los artículos 50° a 67° e incluye las reglas relacionadas a los concursos de delitos y delito continuado (Cfr. Artículos 60° a 63°). Ahora bien, lo concerniente a la determinación judicial de la pena, se regula entre los numerales 50° a 59°. Y lo referente

a la reincidencia y habitualidad se encuentra normado por los artículos 64º y 65º.

Identificamos tres innovaciones importantes con relación a las propuestas incluidas en el Anteproyecto del Código Penal 2008-2010. Se trata de las siguientes disposiciones:

- **La inclusión de una agravante cualificada por integrar una organización criminal prevista en el artículo 57º.** Esta disposición procura sustituir las agravantes cualificadas que incorporó la ley 30077 en su artículo 22º. Lo que llama la atención es la inclusión de una noción de “*delito grave*” (cuando tenga una pena conminada no menor de 6 años) similar a la prevista en el ordenamiento jurídico español (Cfr. Artículo 33º.2 del Código Penal Español), pero ajena a nuestra tradición legislativa.
- **Incorporación de la agravante mixta cualificada - privilegiada del parentesco en el artículo 59º.** Esta opción normativa constituye uno de los mayores defectos del proyecto 2014-2015, ya que en nuestra legislación el parentesco ha operado siempre como una agravante específica. En todo caso debió de ser incluida como agravante genérica en el artículo 56º. Al igual que ocurre en el derecho penal ibérico (Cfr. Artículo 23º del Código Penal Español). Además resultará un dilema hermenéutico el efecto de atenuante privilegiada que se concede cuando el agente “*haya actuado por motivos excusables*”.
- **Reglas de determinación de la pena en caso de concurrencia de agravantes cualificadas reguladas por el artículo 66º.** Esta norma deviene en innecesaria y carece de técnica legislativa y consistencia dogmática. Por ejemplo, plantea la aplicación de las agravantes cualificadas “*según su orden de aparición en este código*” y precisa además que “*en la sentencia el juez hace mención de la pena aplicable y del quantum máximo posible conforme lo dispone este artículo*” (¿?). En todo caso hubiera sido mejor reformular los alcances del inciso 4 del artículo 54º planteando que las agravantes cualificadas concurrentes acumulan sus efectos hasta un límite determinado y ello hubiera hecho más comprensible la finalidad perseguida por el legislador.

En líneas generales, pues, el articulado relativo a la determinación judicial de la pena confunde conceptos elementales. Es así que en el inciso 2 del artículo 21º se identifica a la tentativa inacabada como una circunstancia atenuante privilegiada cuando ella constituye una causal de disminución de punibilidad. Defecto similar

se detecta en el artículo 26º.1 que identifica la eficacia de las eximentes imperfectas. Sin embargo, es positiva la incorporación de una atenuante privilegiada “*cuando la afectación del bien jurídico protegido sea insignificante*” que contempla el inciso 1 del artículo 58º.

Merece un comentario aparte la peculiar disposición del inciso 4 del artículo 21º correspondiente a la tentativa. Según esta norma “*el juez aplica la pena para delito consumado cuando se trate de tentativa de los casos previstos en el numeral 14 del artículo 56º*”. Esta última disposición se refiere a una circunstancia agravante genérica “*cuando el delito produzca la muerte de la víctima, un grave daño a la salud o al medio ambiente, y este se verificara a largo plazo*”. Surgen varias dudas. En primer lugar, ¿se plantea aquí una tentativa de una especie de delito preterintencional? ¿Se trata de una regulación defectuosa de la tentativa de un homicidio de resultado diferido? ¿No hubiera sido mejor optar por una fórmula similar a la del inciso 14 del artículo 58º del Código Penal colombiano (“*cuando se produjere un daño grave o una irreversible modificación del equilibrio ecológico de los ecosistemas naturales*”) ¿Era necesaria una norma de estas características? Lamentablemente ninguna de estas interrogantes es resuelta por la escueta y desordenada exposición de motivos que acompaña al proyecto 2014-2015. Su alcance y utilidad será pues otra de las tareas pendientes que una nueva dogmática jurídico penal de la determinación judicial de la pena tendrá que afrontar.

Polonia

*Prof. Dra. Barbara Kunicka-Michalska
Escuela Superior Europea de Derecho y de Administración. Varsovia*

En Polonia en los años 2012-2015 han aprobado varias leyes que cambiaron algunos artículos del Código Penal, algunos artículos del Código de Enjuiciamiento Penal y varias otras leyes. También han entrado en vigor las normas aprobadas en el año 2011 o en el 2010.

Algunas de las normas aprobadas en el año 2013 entraron en vigor el día 1 de julio del 2015.

Estas reformas concernieron varios problemas. Entre otras, una parte de ellas se refería a la parte general del Código Penal; otra parte a la parte especial del Código Penal.

Si se trata de la parte general del CP, por la Ley de 31 de agosto del 2011 y la Ley de 12 de febrero del 2010, que entraron en vigor el día 1 de enero del 2012, se ha cambiado algunas medidas penales, como la prohibi-

ción de entrada en el evento masivo (por ejemplo en un encuentro deportivo) y el crece, así como la prestación pecuniaria. Hay que aclarar que el Código Penal polaco prevé, al lado de las penas, también las medidas penales.

Por la Ley de 1 de abril del 2011, que entró en vigor el 2 de enero del 2012, han cambiado una norma concerniente a las obligaciones que acompañan al período de prueba en el caso de sobreseimiento condicional de la causa. Por la Ley de 16 de septiembre del 2011, que entró en vigor el 1 de enero de 2012, se ha añadido al CP la nueva norma sobre la reanudación del proceso en el caso de sobreseimiento condicional de la causa.

Se han cambiado algunas normas concernientes a la remisión condicional de la ejecución de la pena (por la Ley de 16 de septiembre del 2011, que entró en vigor el 1 de enero del 2012). Por la misma ley se han cambiado algunos artículos que tratan sobre la libertad condicional anticipada. Uno de estos artículos también fue cambiado por la Ley de 31 de agosto del 2011, que entró en vigor el 1 de enero del 2012. Una norma concerniente a la prescripción de la punibilidad se ha cambiado en el día 26 de mayo del 2014 por la Ley de 4 de abril del 2014.

Si se trata de la parte especial del CP se ha cambiado sobre todo las normas que tratan sobre la conducción del vehículo no mecánico en la carretera pública y en la zona habitada, en el estado de embriaguez o bajo la influencia de estupefaciente (la Ley de 27 de septiembre del 2013, que entró en vigor el día 9 de octubre del 2013). Han anulado esta norma en el CP y la han trasladado al Código de Contravenciones. Después también se ha postulado el cambio de algunas normas que tratan sobre el tema parecido.

Por la Ley de 10 de mayo del 2012 (entró en vigor el 31 de mayo del 2012) han cambiado algunas normas concernientes a los delitos contra los derechos de las personas que ejercen el trabajo profesional. También de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional una de estas normas ha perdido el vigor.

Por la ley de 31 de agosto del 2011, que entró en vigor el día 1 de enero del 2012, se ha cambiado dos normas sobre los delitos contra la administración de la justicia.

La Ley de 12 de julio del 2013 ha modificado, desde el 7 de septiembre del 2013, dos normas sobre el fraude en el crédito.

También se ha cambiado una norma entre los delitos contra las operaciones económicas (por la Ley de 16 de septiembre del 2011, que entró en vigor el día 3 de mayo del 2012).

Por la Ley de 4 de abril del 2014, que entró en vigor el 26 de mayo del 2014, se ha cambiado una norma del CP sobre la convivencia sexual con el menor de edad bajo algunas condiciones y acciones parecidas. Por esta misma Ley se ha derogado y se ha añadido otras normas sobre la libertad sexual contra el menor, como también algunas normas relacionadas con la pornografía y la prostitución. Por la Ley de 13 de junio del 2013 fue anulada, en el día 27 de enero del 2014, una norma relacionada con este mismo tema.

También algunas normas perdieron la vigencia en el día 9 de febrero del 2015, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional (la sentencia de 17 de julio del 2013), concerniente a una de las normas sobre la remisión condicional de la ejecución de la pena.

El 27 de septiembre del 2013 han aprobado la ley que ha introducido algunos cambios al Código Penal, que entran en vigor el 1 de julio del 2015. Por esta ley se introduce al Código Penal el nuevo artículo sobre el sobreseimiento del proceso penal a la demanda del perjudicado, en el caso de la reparación del daño o la compensación del perjuicio causado. Han cambiado también uno de los artículos sobre el sobreseimiento condicional de la causa.

Muchos cambios han introducido al Código de Enjuiciamiento Penal (más que en el CP). Las normas fueron cambiadas por aproximadamente 20 leyes.

De múltiples cambios del Código de Enjuiciamiento Penal, el más importante fue la introducción al Código de Enjuiciamiento Penal, de la manera contradictoria del proceso, parecida al proceso civil. Es decir que el juez será el arbitro independiente y las partes (el fiscal y el abogado-defensor) llevarán a cabo una disputa ante el tribunal.

Yo personalmente no soy partidaria de este cambio.

Los fiscales polacos critican el corto *vacatio legis* y postulan una mayor prolongación de la entrada en vigor de la ley. Opinan que el período hasta el 1 de julio del 2015 no les da la posibilidad de prepararse para la nueva fórmula del proceso. Especialmente porque la mitad de los cambios introducidos por la Ley del 2013 fue cambiada por la Ley del 20 de febrero del 2015.

En el año 2015 la más amplia fue la reforma de las normas penales, introducida por la Ley del día 20 de febrero del 2015 (Dz. U.2015, poz.396). Esta ley entra en vigor el 1 de julio del 2015, a excepción de algunos artículos que entran en vigor mucho antes.

Esta ley ha cambiado cerca de 90 artículos del Código Penal; al Código de Contravenciones han añadido dos artículos.

Numerosos cambios han introducido en el Código Penal Ejecutivo. En el Código de Enjuiciamiento Penal han cambiado cerca de 50 artículos y han anulado 17 artículos. En esta misma ley ha cambiado también la ley que ha reformado los artículos del Código de Procedimiento Penal del 27 de septiembre del 2013, lo cual ya hemos mencionado (más que 50 cambios).

Los autores del proyecto de la ley indican como motivos básicos de esta reforma el alto número de las personas detenidas en los establecimientos penitenciarios, es decir el alto nivel de prisionización. Indican también la insuficiencia del sistema del período de prueba. El gran número de las personas detenidas en las prisiones resulta sobre todo de la frecuente resignación de la remisión condicional de la pena en los casos cuando antes fue dictada la remisión condicional, en consecuencia de lo cual la persona condenada va a la prisión. La remisión condicional es dictada con demasiada frecuencia.

Las modificaciones de las normas deben cambiarlo. Entonces se trata del cambio de la estructura defectuosa de las penas sentenciadas. Se trata de aplicar con más frecuencia las penas cumplidas en la libertad. Es decir la multa y la pena de limitación de la libertad (que es similar a la pena de trabajo a favor de la sociedad). La ley agudiza la severidad de esta pena.

Los cambios tan numerosos en el derecho penal polaco resultaron, en cierto grado, de la exigencia sobre la adecuación del derecho polaco al derecho de la Unión Europea y a los compromisos internacionales de Polonia. Pero también, como leemos en la motivación para el proyecto de los cambios, las modificaciones resultan de la necesidad de corregir la falta de la claridad de las normas o de eliminar los errores legislativos. Las modificaciones han sido a veces, sin embargo, también la expresión del populismo penal (consistiendo la respuesta a los acontecimientos únicos), lo cual contribuyó a la inestabilidad de la legislación penal.

Portugal

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
www.fd.unl.pt e fcostapinto@fd.unl.pt

I. O CONTEXTO POLÍTICO LEGISLATIVO DOS ÚLTIMOS 3 ANOS

1. As reformas penais que tiveram lugar em Portugal nos últimos três anos foram significativas, por diversas razões; mas antes de serem apresentadas devem ser devidamente contextualizadas.

O país viveu durante este período uma profunda crise económica, financeira e social, sob a vigência de um programa internacional de ajustamento financeiro e de uma intensa política de austeridade em todos os domínios. A crise ganhou especial visibilidade em alguns sectores e revelou fragilidades de famílias e também de empresas e grupos económicos que entraram em colapso, com algum escândalo público. Acentuou-se a actividade da criminalidade de grupo e a violência doméstica, em especial contra mulheres e idosos. Aspectos que motivaram uma forte actividade política, mas também um incremento da intervenção judicial com um aumento significativo do número de processos e da sua complexidade. Simultaneamente, no plano político existiu uma maioria parlamentar de apoio ao governo que garantiu o cumprimento de toda a legislatura. E que, por isso, tinha condições para aprovar a legislação penal que considerasse necessária. O que veio a acontecer de forma repetida, mas (curiosamente) nem sempre incidindo sobre os temas dominantes durante este período.

2. Neste contexto, foram realizadas várias alterações ao Código Penal (II) e ao Código de Processo Penal (III). E, para além disso, evoluiu significativamente o direito das entidades reguladoras independentes (IV), com funções de regulação em sectores económicos e sociais, dotadas de poderes de autoridade e de competências sancionatórias de direito público.

II. AS ALTERAÇÕES AO CÓDIGO PENAL: ALARGAMENTOS REAIS E SIMBÓLICOS DA INTERVENÇÃO PENAL

3. O Código Penal (de 1982) foi objecto neste período de sete alterações legislativas que modificaram alguns regimes ou criaram novas incriminações. O poder político começou por anunciar uma reforma mais profunda das codificações penais que não veio a acontecer, tendo-se limitado a uma sucessão de intervenções pontuais mais ou menos significativas consoante os casos.

4. A primeira e mais extensa foi realizada pela Lei nº 19/2013, de 21 de Fevereiro¹, cujas principais alterações foram as seguintes:

- a) Alargamento do campo de aplicação da sanção acessória de proibição de conduzir veículos com motor (artigo 69º do CP) aos crimes de homicídio ou ofensas à integridade física cometidos no exercício da condução de veículo motorizado. O que permitiu ultrapassar uma lacuna sentida em especial na prática judiciária dado o elevado número de acidentes rodoviários provocados pela violação das regras de trânsito.

- b) Foram reformuladas as causas de suspensão da prescrição (artigo 120º): impedindo que o prazo continue a correr quando a sentença penal é condenatória, caso em que a contagem do prazo se suspende até ao trânsito em julgado da mesma; e aumentando para o dobro os prazos máximos de suspensão em caso de recurso para o Tribunal Constitucional². Solução que, na perspectiva assumida expressamente pelo legislador, visou garantir que o exercício do direito ao recurso pelo arguido não prejudicasse a eficácia da perseguição criminal.
- c) A reforma de 2013 veio ainda introduzir o conceito de “identidade de género da vítima” em diversos tipos incriminadores, alargando desse modo seu âmbito típico: como circunstância qualificadora do homicídio com tal motivação (artigo 132º, nº, al. f), do CP) e como fundamento autónomo do crime de discriminação (artigo 240º do CP)³.
- d) O regime penal da violência doméstica, que tinha merecido especial atenção do legislador na reforma de 2007, foi agora desenvolvido em alguns pontos específicos no sentido do alargamento da intervenção penal. O tipo incriminador da violência doméstica (artigo 152º do CP) foi estendido “às relações de namoro” (existentes ou anteriores à data dos factos), resolvendo-se por essa via uma dúvida persistente na prática judiciária; a cláusula de “pessoa particularmente indefesa”, prevista num segmento autónomo da mesma incriminação, remetia para um elenco fechado de situações que passou agora a ser assumido uma mera concretização exemplificativa; e a pena acessória de proibição de contactos do autor com a vítima, sujeita a fiscalização por controlo electrónico à distância, deixou de ser facultativa e passou a ser obrigatória⁴.
- e) Nos crimes contra o património o legislador criou uma nova circunstância qualificadora do crime de furto, contemplando as situações em que o objecto subtraído impede ou perturba a exploração de serviços de comunicações ou de fornecimento público de água, luz, energia, calor, óleo, gasolina ou gás (artigo 2014º, nº 1, al. f), o que constitui uma resposta legislativa a casos específicos de furtos de cabelagens ou estruturas de fornecimento de bens (designadamente, pelo seu valor funcional ou pelo valor dos metais nelas incorporadas); num sentido oposto, o legislador veio passar a crime particular os furtos de valor insignificante praticados em estabelecimentos comerciais, com recuperação ime-

diata da coisa subtraída (artigo 207º, nº 2), o que na prática equivale a uma espécie de “descriminalização por via processual”⁵.

- f) Finalmente, foram reformulados e ampliados os crimes de falsas declarações prestados em contexto judiciário (artigos 359º, nº 2 e o novo artigo 348º-A, do CP).

5. Ainda nesse ano, a Lei nº 60/2013, de 23 de Agosto, veio alargar o âmbito típico do crime de tráfico de pessoas (artigo 160º), abandonando o elenco fechado de finalidades de exploração (na versão inicial: exploração sexual, laboral ou extração de órgãos), passando o tipo legal a centrar-se no conceito de exploração e abrangendo também a mendicidade, a escravidão ou a exploração de outras actividades criminosas.

6. Em 2014, como expressão de situações que ganharam especial visibilidade associada aos efeitos da crise económica e social, o legislador (através da Lei nº 59/2014, de 26 de Agosto) veio (simbolicamente) agravar os homicídios e ofensas à integridade física quando cometidos contra solicitadores, agentes de execução ou administradores judiciais (artigo 132º, nº 2, al. l, do CP). Correspondeu desse modo à solicitação e ao alarme difundidos por classes profissionais que se sentiram especialmente vulneráveis no exercício da sua actividade profissional em contexto de crise (por exemplo, na cobrança de dívidas, execução de penhoras ou administração judicial de empresas falidas).

7. Na mesma altura, a Lei nº 69/2014, de 29 de Agosto, veio criminalizar os maus tratos e abandono a animais de companhia (artigos 387º a 389º do CP), conferindo ainda às associações zoófilas especiais direitos de participação processual e de promoção de medidas cautelares para a sua protecção. Mais uma vez o legislador respondeu a clamores públicos organizados perante os aumentos de casos de abandono e maus tratos a animais.

8. A Lei nº 82/2014, de 30 de Dezembro, veio criar a pena acessória facultativa de declaração de indignidade sucessória para o autor ou cúmplice de homicídio doloso, consumado ou tentado, cometido contra o cônjuge, parentes próximos, adoptante ou adoptado.

9. Já em 2015, o legislador veio alargar, clarificar e agravar, em diversos aspectos, o regime dos crimes de tráfico de influência, peculato e corrupção (arts 335º, 374º, 375º, 376º e 386º do Código Penal, e o regime de prescrição do artigo 118º) e crimes específicos de titulares de cargos políticos (lei nº 34/87, de 16 de Julho), o que fez através da Lei nº 30/2015, de 22 de Abril. Na mesma altura alargou o regime premial de dispensa de

pena por denúncia e restituição nos crimes de corrupção (artigo 374º,-B, nº 1, do CP).

10. A matéria do Segredo de Estado que havia motivado uma extensa regulação do tema através da Lei Orgânica nº 2/2014, de 6 de Agosto, foi agora objecto de nova intervenção que alargou o âmbito típico do respectivo crime (de violação de Segredo de Estado, artigo 316º CP). O alargamento consistiu no abandono do elenco fechado de interesses que o facto colocaria em causa, passando genericamente a exigir-se que a quebra de segredo ponha em causa “interesses fundamentais do Estado Português” (e não apenas certos interesses expressamente especificados).

III. ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: ACTUALIZAR, ADAPTAR E INOVAR, MAS “NO FIO DA NAVALHA”

11. Em 2013 o legislador realizou uma reforma extensa e consequente do Código de Processo Penal (de 1987), através da Lei nº 20/2013, de 21 de Fevereiro, alterando um conjunto heterogéneo de matérias, como o regime do registo dos actos processuais, o valor das declarações do arguido prestadas antes do julgamento, o regime das perícias, o poder do juiz na aplicação das medidas de coacção, o âmbito do processo sumário e a competência material do tribunal singular e vários aspectos do regime dos recursos⁶. Nem todos estes temas podem ser aqui desenvolvidos, mas - pela sua importância prática e simbólica - justifica-se uma especial atenção às alterações ao regime do uso de autos com declarações do arguido e ao regime do processo sumário.

12. A regra geral do sistema de prova acolhida no CPP de 1987 exige que a prova pessoal seja repetida perante o tribunal de julgamento, sendo muito limitada a possibilidade de uso de autos com declarações de testemunhas ou do arguido obtidas nas fases preliminares (inquérito ou instrução). Verificaram-se alguns casos em que o arguido prestava declarações no inquérito mas depois exercia o direito ao silêncio no julgamento. Mesmo na falta de outra prova, tais autos não podiam ser livremente usados no julgamento. O poder político considerou algo perversa esta assimetria (que, em rigor, visava respeitar o princípio da imediação e a centralidade do julgamento), que em boa medida estava associada ao facto de se conhecerem publicamente as declarações anteriores do arguido o que tornava algo peculiar para a opinião pública uma absolvição em julgamento. E, em função disso, a lei veio alterar o regime do primeiro interrogatório do arguido e as respectivas

garantias de defesa. Assim, quando interrogado o arguido, acompanhado de advogado, perante autoridade judiciária (Juiz ou Ministério Público, mas não perante a polícia) deve ser especificamente informado de que as suas declarações podem ser usadas em julgamento, mesmo que se remete ao silêncio ou esteja ausente. A lei não permite que tais declarações tenham valor de confissão (pelo que não consentem renúncia à prova adicional) mas passa a permitir expressamente o seu uso (cfr. artigos 61º, 141º, 357º, do CPP)⁷.

O novo regime mereceu aplausos e críticas da doutrina, neste caso pela possível degradação material da estrutura acusatória (imediação e contraditório) ou pela sua relativa inutilidade, pois ao fomentar o silêncio do arguido acaba por não permitir obter conhecimentos de investigação relevantes.

13. Mais complexas foram as alterações ao processo sumário (artigo 382º e ss) e à competência do tribunal singular (artigo 16º). O processo sumário é uma forma simplificada de processo que começa com a detenção do agente em flagrante delito e a sua condução rápida a julgamento perante um tribunal singular (composto por um único juiz). Até 2013 o tribunal singular tinha um limite de jurisdição que só lhe permitia aplicar penas até 5 anos de prisão e não podia julgar crimes da competência do tribunal colectivo (designadamente todos os homicídios dolosos ou preterintencionais).

14. Em 2013 o legislador aboliu os limites de competência do tribunal singular e passou a considerar relevante apenas a detenção em flagrante delito. Em consequência, o tribunal singular passou a poder julgar crimes graves, muito graves e complexos, desde que o arguido tivesse sido detido em flagrante delito (crimes como incêndio agravado, roubo ou mesmo homicídios)⁸.

15. Alguns tribunais recusaram a aplicação do novo regime por o considerarem inconstitucional (o sistema português permite a fiscalização concreta da constitucionalidade por qualquer tribunal) e o Ministério Público interpôs recursos para o Tribunal Constitucional. Este veio a declarar o novo regime inconstitucional em sete casos concretos, por violação das garantias de defesa do arguido (artigo 32º, nº 1 e 2 da Constituição), culminando com uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (artigo 282º da Constituição) assumida pelo Ac. do TC nº 174/2014, de 18 de Fevereiro. O que obrigou à reconstrução hermenéutica do regime revogado e acabou por constituir um retrocesso inútil na matéria⁹.

16. A lei Orgânica nº 2/2014, de 6 de Agosto, acima referida, alterou o regime do Segredo de Estado, mas

regulou igualmente um curioso aspecto (com origem em alguns casos concretos): o problema da possível colisão entre a exigência de reserva decorrente do segredo de Estado e o exercício do direito de defesa de arguidos em processo penal que, para o exercerem, pretendam revelar alguma informação sujeita a segredo. Uma delicada matéria que foi tratada no artigo 12º da Lei nº12/2014, através da criação de um incidente específico em que o arguido requer concretamente a autorização para revelação de alguma informação reservada (o que passa primeiro por um filtro judicial, mas acaba por ser decidido em última instância pela entidade adstrita ao dever de gerir o segredo).

17. Finalmente, em data recente, o legislador veio introduzir mais uma série de alterações ao Código de Processo Penal, através da Lei nº 27/2015, de 14 de Abril. Alterações com algum significado e que abrangem matérias tão diversas como o registo de atrasos na promoção dos actos processuais por Juízes e Ministério Público (art. 105º), os limites ao rol de testemunhas e condições da sua alteração (artigos 283º, 315º), o registo documental dos actos processuais em audiência (artigo 364º) e um novo (e interessante) regime de impedimento e substituição de juízes membros do tribunal colectivo em caso de doença ou morte e, igualmente, em caso de transferência, promoção ou aposentação (artigo 328º-A, aditado ao CPP). Estas últimas alterações visam evitar a repetição dos actos processuais e garantir a continuidade do julgamento.

IV. PODERES E COMPETÊNCIAS SANCIONATÓRIAS DAS ENTIDADES REGULADORAS INDEPENDENTES

18. Apesar de não se tratar de direito penal, justifica-se uma curta nota informativa sobre a expansão e densificação do direito sancionatório das entidades reguladoras independentes, com funções de supervisão e sanção (contraordenações e coimas, aplicadas por entidades administrativas especializadas e sujeitas a controlo judicial facultativo) em áreas importantes como o sistema financeiro, a concorrência, as telecomunicações, a aviação civil, os transportes ou a saúde. Nestes domínios devem ser referidas as seguintes alterações:

19. A Lei nº 19/2012, de 8 de Maio, veio aprovar o novo regime jurídico da concorrência, acolhendo uma exaustiva regulação processual dos poderes sancionatório da autoridade da concorrência.

20. O mesmo foi feito um ano depois quanto à regulação dos serviços energéticos, através da Lei nº 9/2013, de 28 de Janeiro.

21. De forma inovadora, a Lei nº 67/2013, de 28 de Agosto, veio estabelecer o quadro legal genérico das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo, consagrando padrões de podes públicos e competências de grande relevância para o quadro da regulação nacional.

22. Finalmente, o Decreto-Lei nº 157/ 2014, de 24 de Outubro, veio alterar de forma muito significativa várias soluções do Regime Geral das Instituições de Crédito, reforçando as competências sancionatórias do Banco de Portugal (entidade reguladora da banca).

V. O PODER LEGISLATIVO EM MATÉRIA PENAL NOS ESTADOS DE DIREITO DO SÉCULO XXI

23. Todo o exposto evidencia uma intensa actividade legislativa em matéria penal e para penal nos últimos três anos. O poder político não produziu reformas de fundo, com novas codificações, mas as alterações introduzidas estão longe de ser superficiais, pelo contrário: tocam aspectos decisivos da arquitectura axiológica do sistema penal e desafiam princípios fundamentais ao nível substantivo e processual¹⁰.

24. Permito-me sublinhar três tendências a este propósito:

25. Em primeiro lugar, as reformas são selectivas e pontuais, mas ao mesmo tempo são profundas e consequentes, sem que se conheça contudo o pensamento jurídico-penal por detrás das mesmas. Apenas se conhece o discurso político que as procura legitimar e alguns secas notas de apresentação das propostas de lei. Não existem comissões de reforma com um lastro de trabalho documentado e pensamento doutrinário registado dos autores dos projectos que se desconhece quem seja: estes são elaborados no âmbito do Governo e apresentados ao Parlamento, que os aprova em função da maioria existente. O que constitui um *deficit* científico e, em certo sentido, uma degradação dos princípios democráticos (falta de transparência) na forma de legislar em matérias que deveria ter uma legitimação isenta de mácula.

26. Em segundo lugar, no discurso político de apresentação das reformas processuais nota-se uma clara tendência para privilegiar a rapidez, a eficiência e o alargamento do campo de intervenção da justiça penal. No plano substantivo é notória a tendência para estabelecer novas criminalizações e o abandono de elencos típicos fechados, a favor de cláusulas mais gerais que vão ter que ser afinal delimitadas pelos tribunais.

27. Finalmente, verifica-se um crescimento muito significativo do direito sancionatório dos reguladores

independentes, de natureza pública para-penal (mas não penal), o que evidencia uma nova arquitectura do direito público sancionatório. Estas, portanto, a atravessar tempos de profunda mutação nos sistemas sancionatórios do Estados de Direito. Sabemos como se começou. Não sabemos ainda o seu resultado final.

Notas

1 Para uma visão de conjunto sobre estas reformas, veja-se (em diferentes matérias) ANDRÉ LAMAS LEITE (org.), *As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma "Reforma Cirúrgica"*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

2 Em pormenor, ANTÓNIO GAMA FERREIRA RAMOS, "As alterações de 2013 ao Código Penal: suspensão da prescrição do procedimento criminal, descriminalizações e neo-criminalizações", in André Lamas Leite (org.), cit. nt 1, p. 89 e ss.

3 Sobre o tema, ANDRÉ LAMAS LEITE, "Pena acessória, questões de género, de violência doméstica e o tratamento jurídico-criminal do 'shoplifting'", in André Lamas Leite (org.), cit. nt. 1, p.. 44 e ss.

4 Desenvolvimento importantes em ANDRÉ LAMAS LEITE, cit. nt. 3, p. 50 e ss.

5 Uma análise profunda do tema encontra-se em AUGUSTO SILVA DIAS, *A proposta de alteração do Código Penal sobre o furto em estabelecimentos comerciais*, 2013, texto não publicado mas acessível em www.idpcc.pt. Depois, com muita informação, ANDRÉ LAMAS LEITE, cit. nt. 3, p. 64 e ss. Ainda, para uma visão de conjunto, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, "Bagatelas Penais", *Revista Penal* 35 (2014), p. 338 e ss.

6 Sobre esta reforma, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Por onde vai o processo penal português: por estradas ou por veredas?", in *As conferências do Centro de Estudos Judiciários*, Lisboa: Almedina, 2014, p. 60 e ss. Também, JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, "Aspectos da revisão de 2013 do CPP. Algumas notas e apreciações críticas", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 23 (2013), p. 237 e ss; PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 48 e ss, 99 e ss; FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, "Razão e finalidade na revisão de 2013 do Código de Processo Penal", *Themis* (Revista da Faculdade de Direito da UNL), ano XIII, nº 24/25 (2013), p. 181 a 189.

7 Para um quadro geral sobre a matéria, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol III, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014, p. 240 e ss. Desenvolvimentos em JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, cit. nt. 6, p. 67-71; JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, cit. nt 6, p. 266 e ss; PAULO DÁ MESQUITA, "A utilizabilidade probatória no julgamento das declarações processuais anteriores do arguido e a revisão de 2013 do Código de Processo Penal", in André Lamas Leite (org.), cit. nt 1, p. 133 e ss. Ainda, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, cit. nt 6, p. 191 e ss.

8 Para uma exposição e análise do tema, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, cit. nt. 6, p. 71-76; JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, cit. nt 6, p. 246 e ss; JOÃO CONDE CORREIA, "Os processos sumários e o carácter simbólico de uma justiça dita imediata", in André Lamas Leite (org.), cit. nt. 1, p. 217 e ss; PAULO DE SOUSA MENDES, cit. nt 6, p. 99 e ss; FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, cit. nt. 6, p. 184 e ss.

9 Em pormenor, MARIA BEATRIZ SEABRA DE BRITO, "Um processo sumário desassossegado: da reforma de 2013 à reconfiguração do regime legal em face do Acórdão nº 174/2014, do Tribunal Constitucional", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 24 (2014), p. 261 e ss, onde se encontra o texto do acórdão reproduzido integralmente.

10 Para uma leitura lúcida e esclarecida sobre as tendências de reforma no processo penal, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, cit. nt. 6, p. 49 e ss, *maxime* p. 60 e ss.

República Dominicana

Prof. Ana Cecilia Morún Solano

Universidad autonoma de Santo Domingo (UASD)

En la Rep. Dominicana, en lo que respecta, a la legislación penal y procesal, entre los años 2012 y 2015, han ocurrido una serie de reformas, todas muy necesarias, con el objetivo de enfrentar, y prevenir de manera mas eficaz la comisión de los delitos.

En cuanto a nuestra legislación Procesal Penal, se ejecutaron una serie de modificaciones y reformas, tendentes a desarrollar, las garantías en el debido proceso, y en lo que respecta al tema de la impunidad, el cual se ha convertido en un gravísimo problema, que genera en la población un malestar e impotencia muy grande, porque a superado los límites, porque simplemente nos desborda....

Mediante la Ley No. 10-15 de fecha 6 de febrero del 2015, se modifican varios artículos de la Ley No. 76-02 de fecha 19 de julio del 2002, la cual establece el Código Procesal Penal.

Estas modificaciones son las siguientes:

El Art. 31 sobre la Acción Publica a instancia privada; el art. 32, sobre la acción privada; el art. 34, sobre la oportunidad de la acción publica; el art. 37 sobre la procedencia de la conciliación para los hechos punibles; el art. 38 sobre la mediación; el art. 40, sobre la suspensión condicional del procedimiento; el art. 51, sobre los intereses colectivos y difusos; el art. 72, sobre la competencia de los jueces de primera instancia para conocer de modo unipersonal los hechos punibles que conllevan penas pecuniarias o privativas de libertad; el art. 74, sobre los jueces de ejecución de la pena; el art. 83, sobre la víctima; el art. 84, sobre los derechos de la víctima; el art. 85, sobre la calidad de la víctima o su representante legal, de constituirse como querellante, promover la acción penal y acusar en los términos y las condiciones establecidas; el art. 86, sobre la actuación y representación; el art. 101, sobre los efectos de la rebeldía; el art. 114 sobre el numero de defensores; el art. 124 sobre el desistimiento; el art. 134 sobre la lealtad

procesal; el art. 135 sobre la responsabilidad institucional; el art. 148 que establece la duración máxima del proceso; el art. 180 sobre el registro de moradas y lugares privados; el art. 181, sobre las excepciones; el art. 224, sobre el arresto; el art. 225, sobre la orden de arresto; el art. 226, sobre las medidas de coerción; el art. 228, sobre la imposición de la medida de coerción; el art. 229, sobre el peligro de fuga; el art. 234, sobre la prisión preventiva; el art. 241 sobre el cese de la prisión preventiva; el art. 271, sobre el desistimiento; el art. 303, sobre el auto de apertura a juicio; el art. 326, sobre el interrogatorio.

En lo que respecta, al Procedimiento Penal Directo, se le agregaron los elementos siguientes: el art. 392, elevación directa a juicio; el art. 411 sobre el plazo para presentar el recurso de apelación a una sentencia; el art. 436, sobre los derechos de los justiciables, que hayan sido condenados.

En cuanto a nuestra legislación Penal, el Código Penal vigente de la R.D., es de fecha 20 de agosto de 1844, por lo cual su modificación se convirtió en una necesidad, porque su función como instrumento jurídico dejó de ser útil, porque simplemente los cambios en la sociedad ocurrieron, y las carencias propias del mismo, son un impedimento para lograr una real prevención, control y sanción de las infracciones.

Mediante la Ley No. 550-14 de fecha 19 de diciembre del 2014, se promulga el nuevo Código Penal de la R.D., el cual entrara en vigencia en un plazo de 1 año, es un ordenamiento jurídico que tiene como objetivo fundamental lograr cambios muchos de ellos radicales, en lo que respecta, a sus aspectos de índole social, cultural, económico y político.

Este nuevo código, presenta tipos penales que se han convertido en la cotidianidad en nuestro país, estableciendo sanciones realmente graves a hechos, que hasta su entrada en vigencia, nunca se habían establecido en nuestro sistema jurídico; como por ejemplo, para mencionar algunos, tales como, el tráfico de influencias, la concusión, el cohecho, la recepción ilegal de beneficios, el peculado o malversación de fondos; los cuales a la fecha han sido cometidos por un alto porcentaje de los funcionarios públicos, de casi la totalidad de los gobiernos que en diferentes épocas han dirigido el Estado, a la vista y asombro de toda la sociedad, y de las autoridades judiciales de turno, sin que nadie de manera responsable ejecute sanciones jurídicas reales. Solamente por conveniencias político-partidarias, hemos visto sanciones a funcionarios públicos, las cuales han sido seleccionadas como un traje a la medida por el gobierno de turno.

Nuestro país está desbordado de tanta corrupción gubernamental, donde sus funcionarios se burlan de manera pública y alegre, estrujando sus inmensas riquezas a tanta pobreza que existe, riquezas que surgen como espumas, en tiempos record, y en la mayoría de los casos, estas riquezas no soportan una mínima investigación financiera seria, por lo que estos funcionarios deberían ser candidatos a los premios Nobel.... La impunidad, se encuentra estacionada en que muchos de estos hechos no están tipificados o no están sancionados gravemente en nuestro ordenamiento jurídico; pues, este nuevo Código Penal, ofrece una oportunidad para que nuestras autoridades hagan valer y cumplir la Ley, de manera igualitaria y equitativa para todos, con el objetivo de que en esta media isla, las grandes mayorías tengan las oportunidades necesarias para su real desarrollo y avance.

A continuación, de manera resumida, mencionaremos los nuevos aportes que hace este Código;

Aumento en la escala de penas para los delitos graves, también la derogación de penas consideradas inconstitucionales, como por ejemplo, el destierro, el confinamiento y las penas accesorias o clandestinas.

Con las multas, en el código vigente, los montos están alejados de la realidad, se quedaron detenidas en el pasado, este nuevo código, establece que las mismas sean indexadas, de acuerdo al monto del salario mínimo establecido en el sector público.

Establece por primera vez, el sistema de la semi-libertad, en el que una persona condenada a penas que no exceden de 1 año de prisión, se le pueda aplicar de manera combinada las horas de prisión con las horas de libertad, o fraccionar en el tiempo, también pudiendo ser aplicada, días de fiesta, fines de semana, o en las noches.

Otra novedad, es la tipificación por primera vez, como delitos muy graves, el genocidio, la desaparición forzada de personas, las infracciones de lesa humanidad, infracciones graves de guerra, torturas, tratos crueles e inhumanos, y estableciendo la NO prescripción de estos delitos, y la prohibición de ser favorecidos con indultos, amnistía o cualquier otro tipo de instrumento que proceda a reducir la pena impuesta.

En los casos de homicidio doloso o intencional, si la víctima es considerada una persona vulnerable, por incapacidad física, enfermedad o menor de edad, y el autor conozca esta vulnerabilidad, esto se convierte en una situación agravante.

El aborto por primera vez esta establecido, siendo un punto de agrias y controversiales discusiones, entre la iglesia y diversos sectores de nuestra nación, este código

go, prevé la posibilidad de eximir de responsabilidad penal al equipo médico que intervenga en la interrupción del embarazo, en los casos en que está en peligro la vida de la madre.

También establece, que en el caso de un embarazo producto de una violación o un incesto, o cuando el feto presente malformaciones que no le permitan tener vida, y este pueda comprobarse clínicamente, este podría ser autorizado luego de cumplir con una serie de requisitos, que estarán amparados en una ley especial, lo cual hasta tanto no se promulgue dicha ley no está permitido.

Otra novedad, es sobre la práctica de experimentos biomédicos sin tener autorización de la persona, lo relativo a las informaciones privativas de las personas registradas en catálogos, ficheros o sistemas automatizados de datos; y los estudios genéticos, sin el permiso de la persona.

En lo que se refiere a la difamación e injuria, solo establece penas de multas, y no penas privativas de libertad.

En lo que se refiere al robo, el legislador establece que, se entiende que la sustracción puede ocurrir por cualquier medio, y de modo fraudulento de la cosa que le pertenece a otra persona, ya sea de manera parcial o total, y como agravantes del robo, establece, que ocurre cuando el imputado lleve máscara o disfraz, cuando lleve arma, cuando la víctima es una persona vulnerable, cuando el imputado es miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. También se tipifica por vez primera, el hecho de comprar, vender, comercializar mercancías o bienes robados, sin que importe si el imputado tiene una intención dolosa o culposa.

En cuanto a la estafa, la tipifica, porque en el código actual, este delito solo existe cuando la víctima es el Estado.

Y establece que se tipifica, cuando se usa o da un nombre o una falsa calidad, sino también, cuando usa una calidad verdadera, pero, usa maniobras que le reportan bienes, valores o algún tipo de servicio. Teniendo como circunstancias agravantes, el monto envuelto, si la víctima es vulnerable, la pluralidad de las víctimas o de los infractores, y si el imputado ostenta algún cargo público.

En los negocios conocidos como piramidales o multinivel, que es una nueva forma de hacer negocios en nuestro país, el código penal, establece este tipo penal, cuando ocurre un uso tergiversado y la comisión de perjuicios materiales.

En cuanto al Abuso de Confianza, en este código, basta que ocurra una distracción de fondos o de algún

bien, y no solo se tipifica si existe una relación contractual entre víctima e imputado, también está tipificado si existe una relación de índole legal y judicial, y sus agravantes, son las mismas previstas en la estafa.

Otra figura nueva en este código, lo es, la organización fraudulenta de la insolvencia.

Un tema delicado que nos ha perjudicado en nuestra institucionalidad, y que ha lesionado gravemente nuestra economía, y por ende, le ha restado grandes beneficios a la inmensa mayoría, lo son las infracciones cometidas contra el erario público, ya sean estas cometidas por particulares como por funcionarios públicos. Forma parte de esto, la Concusión, este código, aumenta la cantidad de hechos que pueden considerarse tipos penales, y también aumenta las sanciones, estableciendo hasta 10 años de prisión, y hasta multa 20 veces el monto objeto del ilícito. En cuanto al Cohecho, ocurre lo mismo, pero las multas pueden ser de hasta 10 veces el monto del fraude. En cuanto al Tráfico de influencias, las infracciones contra la libertad de acceso, la recepción ilegal de beneficios, la igualdad de participantes en concursos públicos y las concesiones de servicio público, las penas impuestas a estos delitos, son las mismas del cohecho.

En cuanto al Peculado o la Malversación de Fondos Públicos, se sanciona con penas de hasta 20 años de prisión y multas de hasta 20 veces el monto envuelto.

Introduce por primera vez, el tipo penal sobre el entorpecimiento de la investigación judicial u obstáculos en el descubrimiento de la verdad sobre los hechos de una infracción. Se sanciona con hasta 10 años de prisión.

Establece el Cumulo de penas hasta 60 años y aumenta la pena máxima de 30 a 40 años; en cuanto a la violencia doméstica las muertes se castigaran con penas de hasta 40 años y el secuestro con penas de 20 a 30 años de reclusión; se introduce sancionar al cuatrerismo, y el ataque con la sustancia denominada "Acido del Diablo".

Debemos resaltar un hecho que recién ocurrió en fecha 20 de abril del presente año 2015, por la vía de las Acciones Directas en Inconstitucionalidad, dos Fundaciones legalmente establecidas, incoaron por ante el Tribunal Constitucional, una demanda solicitando la inconstitucionalidad del art. 110 del Código Penal Reformado, sobre el aborto, porque supuestamente viola el art. 37 de la Constitución de la República Dominicana, que trata sobre el Derecho a la Vida, así como también, porque supuestamente se violento el procedimiento constitucional mediante el cual dicho Código fue aprobado. El Tribunal Constitucional se reservo el fallo, y a la fecha este no ha sido emitido.

Rusia

Svetlana Paramonova

Max-Planck Institute, Freiburg, Germany

Introduction

The criminal and the criminal procedural law of Russia in the current period are quite changing branches of law. During the time period of 15 years since the **Russian Criminal Code** (1996) exists¹, it has been undergone more than three thousand amendments². The **Criminal Procedure Code** since its enactment in 2002 has been amended about 400 times³.

The period from 2012 till 2015 has not been an exception with regard to criminal and criminal procedural reforms⁴.

Changes in Criminal Law

With regard to substantive criminal law, the following new criminal offenses have been introduced into the Criminal Code of the Russian Federation:

- “fictitious registration” of foreigners for residence in the Russian Federation (art. 322.3 CC RF) - up to three years’ imprisonment⁵;
- public advocacy aimed at the destruction of territorial integrity of the Russian Federation (art. 280.1 CC RF) - up to five years’ imprisonment⁶;
- illegal transfer of cash across the boundary of the Customs Union (art. 200.1 CC RF)⁷.

The developments of expanding of the areas of application of the criminal law have been criticized by the scholars: role of criminal law is overestimated, criminal law “weapon” requires appropriate “targets”, excessively wide application of criminal law may lead to negative consequences for society⁸.

Changes in Criminal Procedure Law

Regarding the criminal procedural law within the analyzed period the development of further limitation of the use of jury trial shall be pointed out⁹.

According to the statistics, jury trials in Russia consider less than one percent of all criminal cases. This number is constantly decreasing¹⁰. This trend, however, cannot be seen as positive development of the criminal procedure. The jury returns the greatest number of not-guilty verdicts (20%), whereas professional judges render only 1% (!) of acquittals¹¹. Now this window is closing.

Jury trial is possible only in respect of some most serious violent offenses (such as aggravated murder, and

only if life in prison is possible punishment thus making women and minors ineligible, now under review by the Constitutional Court), and in respect of offenses acquittal of which by jury is less likely (such as, for example, banditry and hijacking)¹².

The original law that reduced the *competence of the jury has been introduced in 2008*¹³. With the further changes of pa. 2 art. 30 CPC RF, from the scope of the jurisdiction of jury was excluded considering of the following cases: terrorist act (art. 205 CC RF), High Treason (art. 275 CC RF), seizure of power by force (art. 278 CC RF), armed rebellion (art. 279 CC RF) and several others; in total nine crimes. Subsequently, from the jurisdiction of the jury were excluded all cases conducted by the investigation bodies of the Federal Security Service of Russia¹⁴.

Without a doubt, the jury at the present moment is one of the few institutes of the judiciary in Russia that is able to have a positive effect on the development of the judicial independence. The necessity of this institute seems to be existential, if one takes into account the low level of public trust in courts and a lack of mercifulness of judiciary (99% of convictions). Therefore, such institutes like jury shall not be reduced to formality, but —on the contrary— must be encouraged in their development, if the goal of the development is an independent judicial power¹⁵.

Conclusion

Although the reforms of the last three years cannot be compared to the intensity of one of the most far-reaching criminal law reforms of the previous three-year period (2009-2012)¹⁶, their role cannot be underestimated in changing ‘criminal law’ landscape and shaping certain long-term tendencies.

Notes

1 *Criminal Code of the Russian Federation*, N 63-ФЗ, 17.06.1996: <http://www.consultant.ru>. Further CC RF.

2 The Supreme Court of the Russian Federation: <http://www.supcourt.ru/>.

3 *Criminal Procedural Code of the Russian Federation*, N 174-ФЗ, 18.12.2001. Further CPC RF.

4 Интервью Генеральный прокурор Российской Федерации, Ю.Я. Чайка, //Закон (Interview with the General Prosecutor of Russia, Chaika, U.Y. //Zakon): <http://www.genproc.gov.ru/genprokuror/interview/document-65710/>; Zaytsev, Oleg. *Modern Criminal Procedure Policy of the Russian Federation* (Development Prospects). In: *Internal Security*. 2013, 51, p. 85-94: <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/>.

5 Federal Statute “On Changes to Criminal Code and Other Legal Provisions” N 376-ФЗ, 21.12.2013.

6 Federal Statute "On Changes to Criminal Code and Other Legal Provisions" N 433-ФЗ, 28.12.2013/N 274-ФЗ, 21.07.2014.

7 Federal Statute "On Changes to Criminal Code and Other Legal Provisions", N 134-ФЗ, 28.06.2013; see Golubok, Sergei. 2013 developments in Russian criminal law and procedure: www.ecba.org.

8 Rarog, Aleksei. Уголовное право России (Criminal Law of Russia) 2014, p. 5.

9 See Paramonova, Svetlana/Bogush, Gleb: Neue Entwicklungen im Strafprozessrecht Russlands/New Developments of the Russian Criminal Procedural Law. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW/Criminal Jurisprudence Journal 125/3, 703-728, 2013.

10 The Judicial Department of the Supreme Court of the Russian Federation (2011): www.cdep.ru.

11 The Judicial Department of the Supreme Court of the Russian Federation (2011): www.cdep.ru.

12 Golubok, Sergei. 2013 developments in Russian criminal law and procedure: www.ecba.org.

13 Federal Statute "On Changes to Legal Provisions on Fight Against Terrorism", N 321-ФЗ, 30.12.2008; Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation, N 8-П, 19.04.2010: <http://www.ksrf.ru/>; Paramonova, Svetlana. Reforms of the Russian Criminal and Criminal Procedural Law in the Period 2009-2012. In: Revista Penal, 2015, N. 35.

14 Paramonova, Svetlana. Суд присяжных в российском уголовном судопроизводстве: значимость и перспективы развития. Материалы международной конференции, Таллинн, 2012 (Jury in Russian Criminal Procedure: Importance and Prospects for Development, Tallinn, 2012).

15 Paramonova, Svetlana. Reforms of the Russian Criminal and Criminal Procedural Law in the Period 2009-2012. In: Revista Penal, 2015, N 35.

16 Paramonova, Svetlana. Reforms of the Russian Criminal and Criminal Procedural Law in the Period 2009-2012. In: Revista Penal, 2015, N 35; see Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. Институт современного развития (ИНСОР) по поручению Президента Д.А. Медведева, 14.01.2011 (Conception of the Modernization of the Criminal Law Legislation in Economic Sphere. Institute of the Modern Development (INSOR) authorized by the President Medvedev, D.A.): <http://www.insor-russia.ru/>; Paramonova, Svetlana, Money Laundering. Revista Penal 28, 2011, pp. 251-254; Federal Statute "On Changes to Criminal Code", N 420-ФЗ, 08.12.2011; Federal Statute "On Changes to Criminal Code", N 60-ФЗ, 07.04.2010.

Ucrania

Volodymyr Hulkevych

Doctor en derecho,

Subfiscal de la provincia de Ivano-Frankivsk

1. Legislación penal

Hoy en día, en Ucrania es vigente el Código Penal de Ucrania aprobado por el Parlamento (Consejo Supremo) el 05.04.2001 (Boletín del Consejo Supremo de

Ucrania, 2001, N° 25-26, art. 131), en la Parte General y Especial del cual desde el año 2012 se hicieron 44 modificaciones.

1.1. Las modificaciones en la Parte General del Código Penal de Ucrania

En los últimos tres años a la Parte General del CP ha sido introducida una serie de modificaciones, la principal de las cuales es la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por primera vez en la historia de Ucrania.

1.1.1. La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Por el medio de la Ley N° 314-VII del 23.05.2013 (BCS, 2014, N° 12, art. 183) la Parte General del CP ha sido complementada por el Capítulo XIV-1 "Medidas de derecho penal en cuanto a las personas jurídicas".

En virtud del art 96³ del CP las medidas penales se aplican a las personas jurídicas si la persona autorizada en nombre de esta persona jurídica ha cometido la legalización (blanqueo) de los ingresos recibidos por la vía ilegal, incluyendo los ingresos procedentes del tráfico ilegal de las sustancias psicotrópicas, sus análogos, precursores, las sustancias tóxicas o muy fuertes, las drogas tóxicas o muy fuertes (art. 209 y 306 del CP), además los delitos de corrupción (ap. 1 y 2 art. 368³, ap. 1 y 2 art. 368⁴, art. 369 y art. 369² del CP). Las medidas penales también se aplican a la persona jurídica por el incumplimiento de las normas de anticorrupción por parte de la persona autorizada por la legislación o los documentos de constitución de la persona jurídica, lo que ha causado uno de los delitos enumerados.

Además las mismas medidas se aplican en los casos de los delitos relacionados con la actividad terrorista, la creación de formaciones paramilitares ilegales, apropiación ilegal de armas y otros artículos especialmente peligrosos (art. 258-2585, 260, 261 del CP), algunos delitos contra la seguridad nacional de Ucrania (art. 109, 110 y 113 del CP), delitos contra la libertad personal (art. 146, 147 del CP), soborno de los votantes o de los participantes del referéndum (art. 160 del CP), crímenes contra la paz, la seguridad de la humanidad y el derecho internacional (art. 436, 437, 438, 442, 444, 447 del CP) cometidos por una persona autorizada de nombre de la persona jurídica.

Conforme a la nota 2 al art. 96³ del CP, los delitos se reconocen como tales que han sido cometidos en beneficio de la persona jurídica en los casos si en su consecuencia dicha persona ha recibido un beneficio

ilegal o ha creado las condiciones para tal beneficio o ha pretendido evadir la responsabilidad prevista por la legislación.

El art. 96⁵ del CP dice que por la decisión judicial en cuanto a las personas físicas pueden ser aplicadas tales medidas penales como la multa, confiscación de los bienes o liquidación.

1.1.2 Las modificaciones en cuanto a la imposición de la pena o impunidad de los delitos de corrupción

Por medio de las Leyes N° 1698-VII del 14.10.2014 (BCS, 2014, N° 47, art. 2051) y N° 198-VIII del 12.02.2015 (“Voz de Ucrania”, 2015, N° 39) han sido realizadas las modificaciones de los artículos de la Parte General del CP; conforme a los cuales queda prohibida la exención de la responsabilidad penal de las personas que cometieron los delitos de corrupción (art. 38-48 del CP), la imposición de una pena más leve que la prevista por la Ley (art. 69 del CP), la exención de la pena y su ejecución, la libertad condicional (art. 74, 75 del CP). En cuanto a las personas condenadas por delitos de corrupción han sido aumentados los requisitos de la libertad condicional anticipada (art. 81 del CP), sustitución de la pena no purgada por otra pena más leve (art. 82 del CP), aplicación de la amnistía, indulto y cancelación de los antecedentes penales (art. 86, 87, 91 del CP).

1.2. Las modificaciones en la Parte Especial del Código Penal de Ucrania

1.2.1. Las modificaciones que incrementaban la responsabilidad penal por la participación en la Revolución de la Dignidad (30.11.2013-22.02.2014)

La Ley N° 721-VII del 16.01.2015 (BCS, 2014, N° 22, art. 801) ha ampliado el CP con las normas que establecían una responsabilidad penal por actividades extremistas (art. 110¹), la calumnia (art. 151¹), acciones que afectan recursos estatales electrónicos de información o sistemas de información, telecomunicaciones, de información y telecomunicaciones, los objetos críticos de infraestructura nacional de información (art. 361³, 361⁴ y 362¹). Además han sido endurecidas las penas en varios artículos que prevén la responsabilidad penal por delitos contra el orden público, la autoridad del gobierno del estado, autoridades locales, organizaciones civiles, contra la justicia.

La Ley N° 767-VII del 23.02.2014 (BCS, 2014, N° 22, art. 801) ha anulado las modificaciones hechas por la Ley anterior como tales que no corresponden a la Constitución de Ucrania.

1.2.2. Las modificaciones causadas por la ocupación de la República Autónoma de Crimea por la Federación Rusa, actividades ilegales de organizaciones terroristas en las provincias de Donetsk y Lugansk

Después de la ocupación de la República Autónoma de Crimea por la Federación Rusa e inicio de las actividades ilegales de organizaciones terroristas en las provincias de Donetsk y Lugansk la Parte I “Delitos contra la seguridad nacional de Ucrania” de la Parte Especial del CP ha sido complementada por el art. 114¹ “Impedimento a la actividad legal de las fuerzas Armadas de Ucrania y otras formaciones militares” en virtud de la Ley N° 1183-VII del 08.04.2014 (BCS, 2014, N° 23, art. 867). Además dicha Parte ha sido complementada por el art. 110² “Financiación de las acciones cometidas con el fin de cambio violento o derrocamiento del régimen estatal constitucional o apoderamiento ilegal del poder estatal, cambio de los límites territoriales o fronteras estatales de Ucrania” en virtud de la Ley N° 1533-VII del 19.06.2014 (BCS, 2014, N° 32, art. 1125).

La Ley N° 1689-VII del 07.10.2014 (BCS, 2014, N° 46, art. 2046) ha incrementado la responsabilidad penal, estableciendo una pena complementaria en forma de la confiscación de los bienes por los delitos contra la Seguridad Nacional de Ucrania y contra la seguridad pública.

La Ley N° 116-VIII del 15.01.2015 (VU, 2015, N° 22) ha modificado el art. 335 del CP y ha incrementado la responsabilidad penal por eludir el servicio militar activo, el servicio militar de los oficiales. La Ley N° 186-VIII del 12.02.2015 (VU, 2015, N° 39) ha complementado el CP con el art. 336¹ que establece una responsabilidad penal por eludir el servicio de defensa civil en el periodo especial o en los casos de movilización civil.

La Ley N° 194-VIII del 12.02.2015 (VU, 2015, N° 39) ha modificado los art. 402-405, 407-411, 418-421, 425, 426, 428 y 431 del Capítulo XIX “Delitos contra el orden establecido del servicio militar (crímenes de guerra)”. Las disposiciones de estos artículos han sido complementados con los apartados que prevén una pena por los crímenes de guerra (insubordinación, incumplimiento de la orden, la resistencia al comandante, etc.) durante el periodo especial, excepto el periodo de la ley marcial.

1.2.3. Las modificaciones que han incrementado la responsabilidad penal por violación de la legislación sobre las elecciones y los referendos

La Ley N° 1703-VII del 14.10.2014 (BCS, N° 45, art. 2045) ha modificado las disposiciones de los art. 157-

158², 159¹ y 160 del CP que prevén una responsabilidad penal por violación de la legislación sobre las elecciones y los referendos, incrementan las sanciones por su comisión mediante el aumento de multas, duración de penas de prisión y restricción de la libertad.

2.1. La legislación procesal penal

Mediante la Ley N° 4651-VI del 13.04.2012 (BCS, 2013, N° 9-10, 11-12, 13, art. 88) el Parlamento (Consejo Supremo) de Ucrania ha aprobado un nuevo Código Procesal Penal de Ucrania que ha entrado en vigor el 19.11.2012, y ha reemplazado el Código Procesal Penal del año 1960.

En virtud del art. 7 del CPP, el procedimiento penal está basado en los principios de Estado de Derecho, la igualdad ante la ley y los tribunales, observación de los derechos y libertades constitucionales, la presunción de inocencia y necesidad de demostrar la culpa, derecho a la no autoincriminación, ni incriminación a sus parientes más cercanos y miembros de familia, prohibición de enjuiciar dos veces por un mismo delito (*ne bis in idem*), el derecho a la protección, el acceso a la justicia, las sentencias vinculantes, contradicción, evidencia de la investigación de testimonios, objetos y documentos, el derecho a apelar las decisiones procesales, publicidad, dispositivo, examen público y plazos razonables.

Las principales innovaciones de la investigación prejudicial incluyen:

- La abolición de la norma de inicio de un proceso penal o renuncia de tal inicio, la investigación prejudicial se inicia después de la introducción de información sobre el crimen en el Registro Unificado de investigación prejudicial.
- El establecimiento de la independencia procesal de un fiscal (jefe procesal) en el procedimiento penal.
- La introducción de la norma del juez de instrucción que toma las decisiones más importantes del procedimiento, tales como el uso de medidas para garantizar el procedimiento penal, prorroga de los plazos de las medidas preventivas, autorización para el cateo en la vivienda y otros bienes inmuebles de la persona, la realización de la investigación (búsqueda) encubierta, igual que consideración de los recursos interpuestos contra las decisiones, acciones o inacciones de las autoridades de investigación prejudicial o del fiscal.
- Por primera vez ha sido prevista la norma sobre el acuerdo de reconocimiento de la culpa y acuerdo de reconciliación.

2.1.1. Modificaciones del CPP de Ucrania del año 2012

A pesar de corto periodo de vigencia el CPP ya ha sufrido una serie de modificaciones y adiciones, las más importantes de las cuales han sido causadas por la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas e intensificación de la lucha contra la corrupción.

La Ley N° 222-VII del 18.04.2013 (BCS, 2013, N° 11, art. 131) ha introducido una serie de modificaciones en los artículos del CPP que reglamentan el procedimiento de aplicación de la confiscación especial en cuanto a las personas condenadas por los delitos de corrupción.

La Ley N° 314-VII del 23.05.2013 (BCS, 2013, N° 12, art. 183) ha complementado el CPP con el art. 64¹, que define los derechos y obligaciones del representante de la persona jurídica contra la cual ha sido iniciado un procedimiento penal. Otros artículos del Código también han sido modificados y ahora prevén la presencia del representante de la persona jurídica durante la realización de algunas investigaciones, etc.

La Ley N° 1631-VII del 12.08.2014 (BCS, 2014, N° 39, art. 2008) ha complementado el CPP con el capítulo IX¹ “El régimen especial de la investigación prejudicial durante el estado de emergencia, periodo de la ley marcial o en la zona de operación antiterrorista”, que se compone del art. 615 del mismo nombre. En virtud del dicho artículo en el territorio (región administrativa), que tiene el régimen jurídico de la ley marcial, el estado de emergencia, la operación antiterrorista en caso si el juez de instrucción no puede realizar sus funciones en cuanto a la toma de decisiones sobre el acceso temporal a los objetos y documentos, realización de cateo, investigación (búsqueda) encubierta, igual que adopción de medidas cautelares de privación de libertad por un plazo máximo de 30 días de las personas acusado de los delitos contra la seguridad nacional de Ucrania y la seguridad pública, ciertos delitos contra la justicia, crímenes contra la paz, la seguridad de la humanidad y el derecho internacional, tales funciones cumple el fiscal

Por el CPP también está prevista una creación de la Oficina Estatal de Investigación y procedimiento especial de investigación de las infracciones penales, pero las leyes necesarias todavía no han sido aprobadas.

La Ley N° 1689-VII del 07.10.2014 (BCS, 2014, N° 46, art. 2046) ha complementado el CPP con el capítulo 24¹ “Las peculiaridades de la investigación prejudicial de las infracciones penales” que se compone de los artículos 297¹-297⁵, que determina que la investigación prejudicial especial (*in absentia*) se realiza en cuanto

a las personas que han cometido delitos de corrupción, delitos contra la seguridad nacional de Ucrania, contra la seguridad pública, crímenes contra la paz, la seguridad de la humanidad y el derecho internacional. Dicha investigación se realiza cuando la persona acusada está fuera del país y evita la investigación y el juicio. La investigación prejudicial especial puede ser realizada por la decisión del juez de instrucción, con observación de todas las garantías procesales.

Debido a la formación de la Oficina Nacional Anticorrupción de Ucrania, las Leyes N° 1698-VII del 14.10.2014 (BCS, 2014, N° 47, art. 2051) y N° 198-VIII del 12.02.2015 (VU, 2015, N° 39) han introducido las modificaciones en una serie de los artículos del CPP, en primer lugar se trata de las modificaciones que determinan la categoría de procedimientos penales que se examinarán por dicha Oficina, las competencias de su jefe en cuanto al embargo temporal de los bienes y fondos de las personas físicas y jurídicas.

La Ley N° 192-VIII del 12.02.2015 (VU, 2015, N° 35) ha modificado los artículos 445, 449-458 del CPP, ha sido ampliada la lista de los motivos de revisión de las sentencias que han quedado firmes por el Tribunal Supremo de Ucrania y ha sido concretado el procedimiento de tal revisión.

Teniendo en cuenta el desarrollo de los procesos de integración europea de Ucrania, la ocupación de una parte del territorio por la Federación Rusa y las acciones militares contra varios tipos de organizaciones terroristas en el este del estado, son muy probables nuevas modificaciones de la legislación nacional penal y procesal.

Uruguay

Pablo Galain Palermo¹/Sara Durán²

1. El legislador uruguayo es tan activo como desordenado en la materia penal, promulgando constantemente leyes que modifican leyes anteriores y creando una inflación normativa deslavazada que no se apega a una política criminal particular, sino a varias que pueden llegar a ser disímiles o contradictorias. Entre 2010 y 2015 el gobierno de José “Pepe” Mujica promulgó leyes que llamaron la atención a nivel nacional e internacional. Entre 2012 y 2015 hay que destacar tres leyes que fueron promulgadas a pesar de no contar con apoyo ciudadano como son las leyes que regularon el matrimonio igualitario (Ley 19.075 de 03.05.2013 que modificó la materia penal en lo que refiere a la filiación y el estado civil), la Ley 18.987 de interrupción vo-

luntaria del embarazo de 30.10.2012 (que despenaliza los abortos realizados en determinadas circunstancias, estrictamente previstas en la norma) y la Ley 19.172 que regulariza el mercado de Cannabis (que introduce criterios fijos para la investigación penal en materia de posesión para distribución o venta)³. Esta trilogía de leyes, que rigen cuestiones penales bien diversas, fueron mencionadas como un “paquete de medidas” o compendio de normas fruto de históricas reivindicaciones de algunos grupos sociales que encontraron eco en la política criminal del gobierno que ha dejado el poder en marzo de este año⁴.

2. De estas tres leyes la que ha concitado atención mundial es la ley de regulación del mercado de cannabis. Por medio de esta norma, el estado uruguayo pretende implementar un nuevo paradigma en materia de regulación del consumo de drogas, poniendo en práctica una política de reducción de daños, como lo establece a texto expreso su primer artículo. La norma que dice enmarcarse en una política de respeto a los derechos humanos, sin embargo, nació dentro de un paquete de medidas para el control de la inseguridad, autentica preocupación de la ciudadanía uruguaya. En Uruguay desde el año 1974 se encuentra vigente el Decreto-Ley 14.294, donde se regulaba toda la materia referida a estupefacientes y sustancias psicoactivas. Esta disposición estableció a texto expreso, que la tenencia de sustancias no permitidas para consumo propio no es delito. Si bien el consumo no estaba abarcado por el reproche penal, a criterio del juez (libre valoración) el “exceso” en el consumo legitima la aplicación de una medida de seguridad curativa. Aunque en Uruguay, en principio el consumo no es punible, ha sido constantemente problemático determinar cuál era la cantidad permitida para que una posesión no se convierta en una hipótesis de distribución o venta. Esta decisión hasta la sanción de la nueva ley quedaba librada a la convicción moral del Juez como parámetro de valoración de la actividad probatoria. La inseguridad jurídica y la dualidad de criterios eran moneda corriente, por más que la costumbre judicial había desarrollado algunos parámetros para la mediación de las cantidades permitidas para tenencia personal. De esta forma, los consumidores estaban a merced del recelo policial y judicial, desprovistos de cualquier garantía proveniente de criterios fijados en la ley. La consecuencia natural fue la superpoblación de cárceles con consumidores de sustancias ilícitas. La ley 19.172 destierra toda esta política de combate o guerra a las drogas basada en la libre convicción moral de los jueces y la sustituye por un sistema regulado de acceso al cannabis mediante tres vías: autocultivo, clubes de

membresía y producción bajo licencia estatal para su venta en farmacias. La ley fija una cantidad mínima de expendio de 40 gramos para el consumo personal, 6 plantas por consumidor en el hogar y proporcional número de plantas en los clubes de membresía (clubes de entre quince y cuarenta y cinco socios pueden tener hasta noventa y nueve plantas con una producción y acopio anual no mayor a 480 gramos por cada socio). La sustitución del mecanismo para la valoración de la prueba por parte del Juez sustituyendo la “convicción moral” por las “reglas de la sana crítica”, son un requisito garantista del debido proceso que regula la intervención de los operadores de la administración de justicia y produce un saludable efecto de seguridad jurídica en los ciudadanos. Uno de los aspectos más novedosos de la ley es que será el Estado quien otorgará licencias de cultivos y regulará el expendio de la sustancia invocando para ello fundamentos que refieren a la protección de la salud pública y prevención del consumo. Con este sistema de expendio “oficial” los consumidores no tendrán que recurrir más al mercado ilegal o “negro”, protegiendo su salud mediante una sustancia controlada y su seguridad al no quedar merced a las reglas impuestas por el narcotráfico al momento de la compra-venta. El Estado pretende también evitar el llamado “efecto góndola”⁵ que puede inducir al consumidor de cannabis a iniciarse en el consumo de otro tipo de sustancias que se ofrecen en los lugares de expendio controlados por los delincuentes⁶. Además la ley encomienda tanto al Sistema de Salud Integrado como al Sistema de Educación, la tarea de prevención y educación en materia del consumo problemático de cannabis u otras sustancias psicoactivas. Toda esta nueva legislación implicó también un proceso de descriminalización de una serie de conductas que se veían subsumidas en la redacción anterior de los artículos 30 y 31 del Decreto-Ley 14.294 con sus modificativas y concordantes. En esos artículos, se dispone la exención, respecto de los delitos de producción de materias primas de sustancias que generen dependencia, importación, exportación, distribución, tránsito, etc. cuando se trata de cannabis, actividades todas que deben ser realizadas siempre en el marco de la Ley. Esto viene a remediar situaciones que en el pasado, resultaron claramente injustas y se vieron abarcadas por las normas que se modifican aquí⁷.

3. Hasta el momento de escribir este informe no se ha comenzado el expendio de cannabis en las farmacias⁸, tal como indica el reglamento de aplicación de la ley de cannabis. Lo que nos resta por ver, entre otras disposiciones propias del Reglamento de la ley en comento,

es la creación de un Registro cuya información será recabada, tratada y administrada por el nuevo organismo público que se crea, Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCA), cuya estructura orgánica también está contenida en la ley. Respecto del dato personal del consumidor a ser recabado y que se documentará en el registro, se lo incluye en la categoría o se lo define como dato sensible y se hace un reenvío a la Ley 18.331, norma que regula la protección y el tratamiento de datos.

4. En fecha 19.12.2014 se produjo la reforma legislativa más importante de las últimas décadas en materia penal, cuando la ley 19.293 sancionó un nuevo código del proceso penal, por primera vez, un código penal sancionado en periodo democrático. Uruguay había reconocido a mediados de 2009 ante el sistema interamericano de Derechos Humanos en el caso “Peirano vs. Uruguay” que su sistema procesal penal promulgado durante la dictadura cívico-militar (1973-1985) violaba la Convención Americana de Derechos Humanos⁹ y se había comprometido en un “acuerdo amistoso” con la Comisión Interamericana a una reforma en ese sentido. De este modo el inquisitivo, escrito, lento, sin inmediación, sin un debido control de la prueba, de juez único que investiga y condena y donde se utiliza la prisión preventiva prácticamente como regla y adelanto de pena dejará su lugar a un proceso acusatorio, oral, inmediato, en el que el fiscal asumirá la investigación y el juez (mejor dicho los jueces) una posición de garante del debido proceso. Con este nuevo cuerpo normativo, Uruguay asume un compromiso con el sistema interamericano de Derechos Humanos y realiza un cambio esencial al abandonar la escritura y el secretismo y al ubicar a los jueces como custodios de las garantías procesales de los ciudadanos sometidos a procesos de investigación penal. Además, se otorga participación a la víctima (que en el actual sistema estaba completamente irradiada), se adopta el principio de oportunidad en lugar del principio de oficialidad, pero no se ofrece ningún mecanismo de resolución alternativa de los conflictos (por ejemplo, mediación, conciliación, reparación, suspensión condicional del proceso, etc). La prisión preventiva, dice la norma, vuelve a ocupar su lugar como medida cautelar. El nuevo sistema implica no solo una fuerte inversión económica (por ejemplo, cambios necesarios en la infraestructura como son nuevas instalaciones para las audiencias públicas, se duplica el número de jueces intervinientes, uno hasta el inicio del juicio oral y otro juez de sentencia) y cambios institucionales (por ejemplo, en un país que carece de Ministerio de Justicia, las Fiscalías dejarán

de depender del Ministerio de Educación y Cultura y se convertirán en una especie de “ente autónomo”). Estos gastos tendrán que ser aprobados por el Poder Ejecutivo, en tanto el Poder Judicial no tiene autonomía sobre su presupuesto, de modo que la reforma que se prevé para el 01.02.2017 puede sufrir contratiempos en tanto depende completamente de las vicisitudes políticas. La discusión jurídica hoy se centra en la posible inconstitucionalidad de que el nuevo procedimiento penal en una primera etapa entrara a regir parcialmente, esto es, en algunas regiones del país.

5. El Código Penal, sancionado durante la dictadura de Gabriel Terra en 1934 e inspirado en el código penal italiano de Arturo Rocco y en una concepción fascista del derecho, también está sometido a un periodo de cambio para darle un giro de adaptación a los tiempos que corren. En cuanto a los principios de la parte general se prescinde del “error de derecho” que propugna la idea del desconocimiento de la norma como argumento inexcusable para someterse a la ley, para aceptar la contemporánea división de error en relación al tipo penal y error en cuanto a la prohibición. En relación a la parte especial se elimina de los delitos contra el Orden Político interno de un Estado el delito de sedición¹⁰, que prioriza una idea totalitaria de Estado y se creó el hurto de bagatela, correspondiente al robo sin violencia de artículos con un valor inferior a las tres unidades reajustables. Se legisla para proteger el bien jurídico medio ambiente mediante un delito relacionado con los desechos peligrosos. Uno de los aspectos más controvertidos de la discusión parlamentaria se ha centrado en la eliminación de un delito contra la Administración Pública claramente violatorio del principio de legalidad denominado “abuso innominado de funciones”¹¹ que ha servido para la persecución y punición de funcionarios públicos, muchas veces con un trasfondo político que motiva la denuncia penal. El proyecto finalmente no fue aprobado en 2014 por algunas objeciones que se recibieron por parte de colectivos de género e Instituciones de Derechos Humanos por la redacción de algunos tipos penales relacionados con la libertad sexual.

6. Durante este periodo se legisló en materia de faltas penales, Ley 19.120 de 2013, que fuera tratada en anterior informe¹².

7. También se modificó toda la materia de tenencia y porte de armas, con la consecuente modificación del Código Penal y la creación del “Delito de tráfico internacional de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados”. Esta es una norma que era absolutamente necesaria en tanto existía un vacío legal para la punición de tráficos de larga data entre

Uruguay y los países vecinos, principalmente con Brasil.

8. Una norma que despertó polémica, y que se puede considerar fruto del *lobby sindical*, fue la Ley 19.196 que estableció la Responsabilidad Penal del Empleador, cuando por el hecho de incumplir las disposiciones de seguridad en la materia laboral, se ponga en peligro grave y concreto la vida, la salud o la integridad física del trabajador¹³. De las disposiciones de esta ley se desprende una situación de responsabilidad penal objetiva, que puede ser considerada un paso atrás en el desarrollo de la política criminal y en los tiempos que corren una orientación de difícil justificación dogmática.

9. Entre las modificaciones legislativas del período que se informa hay que mencionar también las disposiciones del nuevo Código Aduanero (Ley 19.276) donde se establece un severo régimen de infracciones (aunque basado expresamente en la responsabilidad subjetiva). La tentativa de infracción es castigada con la misma sanción que hubiera correspondido a la infracción consumada. En materia de concurso formal, la Ley opta por aplicar aquella que tenga la sanción mayor. Respecto del Proceso Infraccional Aduanero, se establece una instancia única para asuntos de determinada cuantía, desconociendo que la segunda instancia, forma parte del debido proceso y es una garantía, un derecho humano fundamental contenido en la Convención Americana que los protege.

Notas

1 Investigador Senior del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Freiburg, Alemania). Director del Observatorio Latinoamericano para la Política Criminal y las Reformas Penales.

2 Integrante del Observatorio Latinoamericano para la Política Criminal y las Reformas Penales, Asesora en la Oficina del Comisionado Parlamentario para el Sistema Penitenciario.

3 Ver Galain Palermo, Pablo, “¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay”, Revista Penal 34, Julio 2014, Tirant lo Blanch, pp. 34-53

4 Entre los opositores a estas leyes se encontraron las autoridades de la Iglesia Católica. Ver La Diaria, “Dios nos salve”, 21.12.2013, p. 5.

5 “La separación del mercado de la marihuana del mercado de las otras drogas, de forma de que se reduzca significativamente el número de nuevos ingresos de personas al mercado de sustancias toxicológicamente más riesgosas, como ser la pasta base o la cocaína. La normalización e inclusión social plena del uso de marihuana, de forma que los usuarios no sean estigmatizados ni tratados a partir de la aplicación de la ley penal, sino que se pueda trabajar con ellos, y con la sociedad toda, a partir de programas y campañas educativas que apunten a darles información veraz y creíble sobre el tema, para que puedan tomar decisiones

informadas y responsables, y sepan además calcular y gestionar de una forma eficiente los riesgos del uso de esta sustancia”.

6 “Desarrollar un combate frontal al Narcotráfico arrebatándole un negocio que según estimaciones primarias se encuentra entre los 30 y 40 millones de dólares anuales y que implica una potencial fuente de corrupción y violencia para el conjunto de la sociedad”. Ver discusión de la Ley 19.172 en <http://www.parlamento.gub.uy/repartidos/AccesoRepartidos.asp?Url=/repartidos/camara/d2012080945-00.htm>

7 Existe una serie de personas que eran simples cultivadores de esta sustancia o que se dedicaban a la investigación científica de la misma, y que se vieron alcanzados por el reproche penal debido a que realizaron estos tipos penales pero ejecutando conductas que en principio no resultaban lesivas para el bien jurídico que se tutela. Estas personas han sufrido pena de privación de libertad en cárceles comunes o internaciones en hospitales psiquiátricos como aplicación de medidas de seguridad curativas.

8 Se menciona a las farmacias como lugares de expendio de cannabis, que conforme a la ley se suministrará por parte del Estado a los consumidores inscriptos en el Registro que lleva el IRCA, una cantidad mensual de 40 gramos de cannabis con una concentración determinada de THC.

9 En la denuncia presentada por los hermanos José, Jorge y Dante Peirano Basso ante el sistema interamericano alegaron que estuvieron en prisión durante cinco años sin tener una condena firme en su contra por la presunta comisión de delitos económicos.

10 Artículo 143. (Sedición): “Los sediciosos serán condenados de dos a seis años de penitenciaría. Cometen sedición, los que, sin desconocer el Gobierno constituido, se alzan, pública y tumultuariamente para conseguir, por fuerza o violencia, cualquiera de los objetos siguientes: 1. Deponer a alguno o algunos de los empleados de la Administración, o impedir que tomen posesión del destino los legítimamente nombrados o elegidos. 2. Impedir, por actos directos, la promulgación o ejecución de leyes, o la celebración de las elecciones en alguno o algunos de los Departamentos. 3. Obstar a que las autoridades ejerzan libremente sus funciones, o hagan cumplir sus providencias administrativas o judiciales. 4. Ejercer actos de odio o venganza en la persona o los bienes de alguna autoridad o de sus agentes. 5. Ejercer, con un objeto político o social, algún acto de odio o de venganza contra los particulares o cualquier clase del Estado, o contra sus bienes. 6. Allanar los lugares de prisión, o atacar a los que conducen presos de un lugar a otro, para salvarlos o maltratarlos.

11 Artículo 162. (Abuso de funciones en casos no previstos especialmente por la ley): El funcionario público que con abuso de su cargo, cometiere u ordenare cualquier acto arbitrario en perjuicio de la Administración o de los particulares, que no se hallare especialmente previsto en las disposiciones del Código, será castigado con prisión de tres a veinticuatro meses, e inhabilitación especial de dos a seis años.

12 Ver Galain Palermo, Pablo, “Sistemas penales comparados: Uruguay”, Revista Penal 34, Tirant lo Blanch, pp. 282-285.

13 Ver Spangenberg, Mario, Responsabilidad penal del empleador y seguridad laboral, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2014.

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho Penal. Juez Penal

Profesor de Derecho Penal General y Especial

Profesor de Postgrado de Procesal Penal

Introducción

Como ya lo he indicado en publicaciones anteriores, especialmente en la Revista Penal No. 30, de julio de 2012, en Venezuela se da una situación absolutamente irregular, de caos legislativo, con el total desmembramiento del Código Penal, por la existencia de más de 100 leyes penales especiales distintas, tipificando muchas de ellas como delitos, actos y acciones que no sólo no se describen adecuadamente, sino que simplemente se mencionan dentro de un listado de “conductas” prohibidas, y, sin dar explicación alguna, se señala que esos “actos” merecen como castigo una normalmente muy severa sanción penal, absolutamente desproporcionada con ese supuesto hecho punible. En la Revista No. 30 mencioné como ejemplo, el supuesto delito denominado “*matrimonio servil*”, establecido sin indicar en qué consiste dicho supuesto delito, en el artículo 41 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, el cual tiene asignada una de pena de 20 a 25 años de prisión, casi la pena máxima¹. Sólo ese artículo 41 de la mencionada Ley, señala más de 30 modalidades de supuestos delitos de “*trata de personas*”, sin indicar siquiera cuales son los supuestos de hecho de ninguno de ellos. Pues bien, esa tendencia ha continuado, y en este trabajo me referiré, brevemente, a las más importantes leyes penales y procesales, que han sido promulgadas durante este período (2012-2015), algunas de ellas no por el Poder Legislativo, sino por el Poder Ejecutivo, ya que también se ha continuado con esa cuestionable práctica, de delegar en el Gobierno Nacional, la facultad de legislar mediante Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley². Las leyes penales más relevantes de este periodo son:

La Ley Orgánica Contra la Discriminación Racial, dicha Ley prevé el delito de discriminación racial, asignándole una pena de uno a tres años de prisión, sin embargo, al mismo tiempo señala que quien cometa ese delito cumplirá entre 200 y 600 horas de servicio social comunitario³, sin aclarar cómo podría el condenado cumplir, en forma concurrente, al mismo tiempo, ambas penas, lo que, lógicamente, no es posible, o si, lo que plantea es cumplir una primero y la otra después, lo cual no tendría sentido, ya que el trabajo o servicio social comunitario es una alternativa de la pena de pri-

sión, una sanción sustitutiva de la de prisión, no es una pena adicional o accesoria a la principal.

La Ley Contra la Estafa Inmobiliaria⁴, decretada supuestamente para sancionar penalmente “*el delito de estafa inmobiliaria y otros fraudes afines*”, y así “*proteger y garantizar el derecho que tiene toda persona a una vivienda digna*”, sólo contempla sanciones de multas, que van desde 100 hasta 2500 unidades tributarias, indicando también en sus Disposiciones Finales, que para “*las situaciones no previstas en la presente Ley, se aplicarán las disposiciones pertinentes contenidas en el Código Civil y el Código de Comercio*”, no haciendo mención alguna del Código Penal, el cual sí prevé penas de prisión, para quienes cometan los delitos de estafa y otros fraudes. No entendiéndose tamaña omisión y contradicción.

En mayo de 2012 se promulgó una nueva Ley Penal del Ambiente⁵, que sustituyó a la de 1992. Dicha Ley constituye una especie de recopilación o compendio de otras leyes relacionadas con el medio ambiente, estableciendo un total de 73 delitos, de los cuales 26 son nuevos tipos penales, tal y como ya se explicó en la Revista Penal No. 35, de enero del presente año, por lo cual no voy a extenderme en este trabajo.

En cuanto a las instituciones bancarias, durante los años 2011, 2012 y 2013, se promulgaron diversos decretos leyes y resoluciones, estableciendo infracciones y sanciones, tanto administrativas como penales, en esa materia. Las sanciones penales en relación con una larguísima lista de delitos, como son: los fraudes documentales, responsabilidad en el manejo del fideicomiso, apropiación de la información de los clientes, captación indebida, aprobación indebida de créditos, apropiación o distracción de recursos, información falsa para realizar operaciones bancarias, información financiera falsa, simulación de reposición de capital, incumplimiento de los auditores externos, incumplimiento de los peritos evaluadores, oferta engañosa, información falsa en el fideicomiso, contravenciones contractuales, revelación de información, difusión de información privilegiada, fraude electrónico, apropiación de información por medios electrónicos, difusión de información falsa, y cierre indebido de oficinas e interrupción de servicio al público, previendo la mayoría de estos delitos penas entre 8 y 10 años de prisión, y, en algunos casos, hasta 15 años de prisión, así como la inhabilitación para el desempeño de cualquier posición o función, en instituciones públicas o privadas, del sistema financiero nacional, por un lapso de 15 años⁶.

También se promulgó la Ley para el Desarme y Control de Armas y Municiones⁷, cuyo reglamento también ya fue publicado⁸. Dicha Ley en sus 125 artículos, establece una enorme cantidad de delitos, entre los cuales se destacan: imprudencia o descuido sobre las armas de fuego, descarga de armas de fuego en lugares habitados o públicos, falsificación de permiso de porte o tenencia, posesión ilícita de arma de fuego, porte ilícito de arma de fuego, porte de arma de fuego en lugares prohibidos (reuniones, manifestaciones, espectáculos públicos, eventos deportivos, procesos electorales, marchas, huelgas, mítines, instituciones educativas, centros de salud, religiosos, terminales de pasajeros, lugares de expendios de licores, etc.), uso de facsimil de arma de fuego, uso indebido de armas orgánicas, modificación de armas de fuego, alteración de seriales, recarga de municiones, alteración de municiones, reactivación de armas inutilizadas, sustracción de arma de fuego o municiones en resguardo, introducción de arma de fuego o municiones a centro penitenciario, retenes policiales y otros centros de detención, fabricación ilícita de armas de fuego y municiones, y tráfico ilícito de armas de fuego.

El año pasado 2014⁹, se derogó la Ley de Costos y Precios Justos de 2011 y la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2010, y en lugar de esas dos leyes se promulgó la Ley Orgánica de Precios Justos, en la cual se tipifica los delitos de Especulación, Importación de Bienes Nocivos para la Salud, Alteración Fraudulenta, Acaparamiento, Boicot, Desestabilización de la Economía, Condicionamiento de la Venta de Bienes, Reventa de Productos de Primera Necesidad, Contrabando de Extracción, Usura, Alteración en Bienes y Servicios, Alteración Fraudulenta de Precios, y Corrupción entre Particulares. A pesar de que algunos de estos “delitos” tienen penas altas, de 10 y 12 años de prisión, en menos de un año esta Ley fue reformada, para aumentar la pena en relación con el delito de Contrabando de Extracción, la cual quedó de 14 a 18 años de prisión, más alta que la del Homicidio Intencional, que es de 12 a 18 años¹⁰. Por otro lado, cada pocos días se publican Providencias Ministeriales señalando los precios “justos” de los diferentes productos, todo lo cual crea una gran incertidumbre e inseguridad jurídica, en todos los sectores, así como un caos en el mercado, en los productores, distribuidores, mercaderes y consumidores.

Pero, sin lugar a dudas, la más importante legislación de este periodo, fue la reforma (i) del Código Orgánico Procesal Penal, que a continuación analizaré sucintamente.

Código Orgánico Procesal Penal 2012¹¹: ¿Reforma o nuevo código?

Por el apresuramiento del Ejecutivo Nacional (Presidente de la República), en dictar este Decreto, con Rango, Valor y Fuerza de Ley, antes de que se le venciera la autorización para legislar, que en ese entonces le había otorgado la Asamblea Nacional¹², el Decreto Ley de Código Orgánico Procesal Penal no cumplió cabalmente con las disposiciones legales y formales, que nos permiten establecer, sin duda alguna, si se trata de una reforma o realmente de un nuevo Código Orgánico Procesal Penal¹³. Por ello, lo primero es dilucidar eso. Me inclino a considerar que es una reforma, en consideración de las siguientes razones: 1) porque con relación a la reforma anterior (del 4-9-2009), se observa que 74 artículos resultaron modificados sólo de forma, 106 artículos sufrieron modificaciones de fondo, 310 artículos quedaron inalterados (sin modificación alguna), 63 artículos fueron eliminados y se establecieron 28 nuevos artículos. Por lo cual, el Código Orgánico Procesal Penal de 2012, cuenta con 518 artículos, así como con Disposiciones Transitorias, Derogatorias y Finales, entre las cuales esta una Disposición (Transitoria), que mantiene el Procedimiento relativo a las Faltas del Código del año 2009, a pesar que en otra Disposición (Derogatoria), se afirma que se deroga el Código original del 23-1-1998 y las posteriores 5 reformas que se le hicieron al mismo (de los años 2000, 2001, 2006, 2008 y 2009), de tal manera que se puede concluir, que más del 60% del COPP de 2009 se mantiene igual en este Código 2012. 2) Porque, aunque el Decreto no cumple con lo dispuesto en el artículo 218 de la Constitución vigente¹⁴, en la Exposición de Motivos del Código 2012, se indica expresamente que es una “*reforma integral*” del Código Orgánico Procesal Penal, no un nuevo Código. 3) Porque tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran mayoritariamente que se trata de una reforma, no de un Código nuevo.

Los cambios de forma fueron hechos, según los redactores, supuestamente por las siguientes causas: para “*mejorar*” la redacción, por la eliminación de la figura del escabinado, para “*adecuar*” la terminología a la empleada en la Constitución, para “*reordenar*” la estructura de algunas normas y “*mejorar*” su comprensión, y para la actualización en la numeración de los artículos a los cuales se realizaron remisiones.

La eliminación de artículos se hizo en virtud de la supresión de los Tribunales Mixtos (con Escabinos), la subordinación de los órganos de investigación penal, la

eliminación de las costas procesales en los delitos de acción pública y al establecimiento del procedimiento para el juzgamiento de delitos menores. También se menciona entre las causas para la eliminación de algunos artículos, la inclusión entre las Disposiciones Transitorias, del procedimiento para las Faltas y del Régimen Procesal Transitorio, a la integración de normas con otras disposiciones, a la creación del Ministerio con competencia en Régimen Penitenciario, a la supresión de los artículos referidos a la vigencia anticipada de algunas normas del COPP de 1998, que todavía figuraban en el de 2009, a la supresión de instancias como el Consejo Judicial Penal, a la eliminación de la rotación de los jueces por parte de las Cortes de Apelaciones de cada Estado (quedando ahora a criterio de la Sala Penal) y a la eliminación de otras normas, por encontrarse ya previstas esas disposiciones, en la Ley Orgánica del Ministerio Público y en el Código Orgánico Tributario.

Entre los cambios considerados positivos que trajo el COPP 2012, se han mencionado la inclusión del derecho del imputado a solicitar el sobreseimiento de la causa, la ayuda a la parte a costear los gastos de traslado del testigo que promuevan, al hecho que cualquiera de las partes o la víctima, pueden solicitar el reconocimiento del imputado o imputada y a la eliminación de la prórroga para dar término a la investigación, la eliminación de las costas procesales en los delitos de acción pública y la necesidad de la identificación “*plena*” del imputado o imputada.

Con respecto a los acuerdos reparatorios, se amplió el numeral 2, para incluir dentro de las posibilidades, a todos los delitos culposos contra las personas, entre ellos, los homicidios y las lesiones permanentes y graves, y, en caso de incumplimiento del acuerdo, en la sentencia condenatoria por admisión de los hechos, se hace la rebaja de la pena correspondiente.

En relación con la suspensión condicional del proceso, se eliminó la mención de delitos “*leves*”, se duplicó el límite máximo de los delitos que permiten acceder a esta medida alternativa (de 4 a 8 años), se eliminó la exigencia de que el acusado haya tenido buena conducta predelictual y se estableció una lista de delitos considerados “*graves*”, que están excluidos de la aplicación de esta medida alternativa a la prosecución del proceso.

Se eliminó la obligación de oír e informar a la víctima, antes de dictar cualquier decisión que ponga término al proceso o lo suspenda condicionalmente. Disposición que ha sido también muy criticada.

Se eliminó la audiencia oral, a los fines de decidir sobre la solicitud de la prórroga, de la medida de la privación judicial preventiva de la libertad. También se

eliminó la exigencia de que la solicitud de la prórroga deba estar “debidamente” motivada, Igualmente fue eliminado, que para establecer el tiempo de la prórroga, “debería tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad”. Todas estas disposiciones han recibido severas críticas.

Se aumentó el lapso para que el Ministerio Público presente la acusación, de 30 a 45 días, en caso de que al imputado se le haya dictado la medida de coerción personal, de la privación judicial preventiva de la libertad, no previéndose la posibilidad de conceder prórroga alguna, para la presentación de dicho acto conclusivo.

Por otro lado, en caso de que el imputado todavía no haya sido individualizado, y se requiera practicar una prueba anticipada, se citará para que participe en la misma a un defensor público. Igualmente, se eliminó la audiencia oral a los fines de resolver sobre la solicitud de sobreseimiento.

A los fines de “*garantizar*” a como dé lugar, a toda costa, la celebración de la Audiencia Preliminar, en el artículo 310 se estableció lo siguiente: 1) que la inasistencia de la víctima no impedirá la realización de esa audiencia; 2) que por la inasistencia de la defensa privada, sólo se diferirá la audiencia una sola vez, ya que en caso de no comparecer a la segunda convocatoria, se tendrá por abandonada la defensa, y se procederá a designar un defensor público de inmediato, para que asista al imputado, y se realizará la audiencia; 3) que ante la incomparecencia injustificada del imputado, ocurrirá lo siguiente: a) si el imputado está en libertad o sometido a alguna medida cautelar sustitutiva, el Juez de Control ordenará su aprehensión, y b) si el imputado está privado de libertad y consta en autos que se niega a asistir a la Audiencia Preliminar, se entenderá que no quiere hacer uso de su derecho a ser oído, ni acogerse a las fórmulas alternativas a la prosecución del proceso, ni al procedimiento especial por admisión de los hechos, por lo que se procederá a realizar la Audiencia Preliminar solo con su defensor, si éste asiste, o en su defecto, de no asistir, con un defensor público que se le designará a tal efecto; 4) En caso de pluralidad de imputados, se celebrará la audiencia de acuerdo a lo antes indicado, separando la causa en relación con el imputado que no haya comparecido por causa justificada. Por otra parte, este artículo también dispone la posibilidad de acciones disciplinarias contra el funcionario responsable por cuya responsabilidad no se realizó dicha audiencia.

Similares previsiones también se establecieron en relación con la Audiencia del Juicio Oral (artículo 327), donde, al igual que en la Audiencia Preliminar, se prevé la posibilidad de celebrar el juicio sin la presencia

del acusado y de su abogado de confianza. Esas dos disposiciones de los artículos 310 y 327, han sido sumamente criticadas por los más reconocidos juristas del país, por considerar que violan el debido proceso, especialmente el derecho a la defensa del imputado, y porque estiman que constituyen, en la práctica, el establecimiento de la figura del juicio en ausencia, la cual se encuentra prohibida en la Constitución vigente de 1999¹⁵.

Por otra parte, se crearon, en teoría, los Tribunales de Control Municipales, a quienes se les atribuye la competencia para el juzgamiento de los denominados delitos menos graves, y digo en teoría, porque han sido muy pocos los tribunales de ese tipo que realmente se han creado en estos casi 3 años que han transcurrido desde el 15 de junio de 2012, fecha en que se publicó en Gaceta Oficial este Código. En la mayoría de los Estados no han creado ninguno de esos Tribunales de Control Municipal, y simplemente han recargado a los Tribunales de Control Estatal, con esa competencia, lo cual ha congestionado aún más esos Juzgados, causando mayor retardo en los procesos.

Con respecto al procedimiento especial por admisión de los hechos, en el artículo 375 se extendió la posibilidad de que el acusado pueda requerir o solicitar su aplicación, “*hasta antes de la recepción de pruebas*”, Por otro lado, se eliminó la prohibición que antes existía, de no disminuir la pena por debajo del límite inferior en ciertos delitos muy graves, lo cual ahora es permitido en todos los delitos.

Otro artículo muy controversial es el 430, donde se establece la posibilidad del llamado “efecto suspensivo” por parte del Ministerio Público, señalando que en caso que a través de una decisión (por ejemplo: una sentencia absolutoria), el juez otorgue la libertad al imputado, en alguna causa que se le haya seguido por alguno de los delitos previstos en una extensa lista, donde figuran la mayoría de los delitos graves, la simple manifestación del Fiscal del Ministerio Público, indicando que no está conforme o de acuerdo con dicha libertad, anunciando que tiene pensado que posteriormente, cuando dicha sentencia sea publicada *in extenso*, íntegramente, apelará de la misma, paraliza de inmediato la decisión del Juez, “*suspendiendo sus efectos*”, y, en consecuencia, la orden de excarcelación se suspende, no se ejecuta, y es menester entonces esperar, normalmente varios meses, hasta que la Corte de Apelaciones analice dicha sentencia y resuelva la apelación, y únicamente en caso de que confirme la referida sentencia absolutoria, es entonces que se ejecuta la orden judicial de dejar en libertad al acusado, que decidió el Juez de

Primera Instancia, al momento en que dictó la parte dispositiva de la sentencia absolutoria.

Este asunto ya lo analizamos en la Revista Penal No. 31, de enero de 2013, en el trabajo sobre las “Detenciones ilegales”, por lo cual ratifico las razones y argumentos allí expresados, que puedo resumir en que se considera que dicha disposición del artículo 430, contradice otra norma establecida en el mismo COPP (el artículo 348), referida precisa y directamente a las sentencias absolutorias, que establece: “*la libertad del absuelto o absuelta se otorgará aún cuando la sentencia absolutoria no esté firme y se cumplirá directamente desde la sala de audiencia*”, y aún más importante, que ese “efecto suspensivo” colida con lo dispuesto en los numerales 1 y 5 del artículo 44 de la Constitución Nacional, que expresamente establece que “*La libertad personal es inviolable*”, disponiendo que: “*Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti*” y que “*Ninguna persona continuará en detención después de dictada boleta de excarcelación por la autoridad competente*”.

Considero que son evidentes las contradicciones y las violaciones constitucionales, que contiene dicha disposición establecida en el artículo 430, donde se tergiversa incluso el rol del Fiscal del Ministerio Público y del propio Juez, dándosele más relevancia a la opinión y actuación interesada del Fiscal (como parte), por sobre la del mismo Juez, quien, por mandato constitucional, es el rector del proceso, el árbitro imparcial del conflicto y quien toma las decisiones en el juicio, las cuales deben ser obedecidas por todos los ciudadanos, incluyendo a las demás autoridades y, por supuesto, por las partes. El hecho de que el Ministerio Público representa al Estado y actúa en nombre del Estado durante los procesos penales, como acusador en los delitos de acción pública, no cambia su situación de que es una de las partes en dichos procesos, y de que, durante el juicio, se encuentra subordinado a la autoridad del Juez, al cual debe obedecer, acatando sus decisiones, pudiendo apelar de las mismas en caso de no estar de acuerdo, pero sin poder “suspender” los efectos de la decisión judicial. Por ello, es algo verdaderamente inaudito que se haya permitido esta figura inconstitucional del “efecto suspensivo”, creándose así lo que podríamos catalogar como “*la orden de detención fiscal*”, que deroga o suspende la decisión judicial de ordenar la libertad de un acusado, por haber resultado absuelto en un juicio. Dicha “*orden de detención fiscal*” no figura ni existe en nuestra Constitución, donde sólo se prevé y reconoce la decisión judicial de privación de libertad

ordenada por un Juez competente en materia penal, no por un Fiscal, y mucho menos en contra de una sentencia dictada por un Juez Penal. Todos esperamos que pronto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ponga punto final a este dislate y restaure la autoridad del Juez.

Finalmente, en cuanto a la parte de la ejecución de las sentencias, también se observan evidentes retrocesos en relación con lo que se establecía en el Código anterior (2009), especialmente con respecto a las medidas o fórmulas alternativas de cumplimiento de las penas (art. 488), ya que para optar al Destacamento de Trabajo, ahora se requiere que el penado cumpla la mitad (1/2) de la pena impuesta (antes era una cuarta parte), para optar al Régimen Abierto, se requiere que cumpla dos tercios (2/3) de la pena impuesta (antes era sólo un tercio), y para acceder a la Libertad Condicional, ahora se exige que cumpla las tres cuartas (3/4) partes de la pena (antes eran dos tercios de la pena). Por otra parte, también se establece otra limitación importante, ya que en relación con los delitos considerados graves, se exige que para optar a cualquiera de esas fórmulas alternativas de cumplimiento de penas, se requiere que, “*efectivamente*”, el condenado haya cumplido las tres cuartas (3/4) partes de la pena impuesta. Lo cual hace prácticamente inoperantes las anteriores disposiciones, ya que, generalmente, sólo se encuentran detenidos los procesados por los delitos más graves, porque los demás normalmente disfrutaban de medidas cautelares sustitutivas y, al ser condenados a penas que no superen los 5 años de prisión, se les mantiene en libertad y se les concede en ejecución, la medida de la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena (art. 482), cumpliendo así la condena en libertad.

Lógicamente, estas nuevas disposiciones, mucho más restrictivas que las anteriores, también inciden en la aplicación de la llamada Redención de la Pena por el Trabajo y/o el Estudio, especialmente por la exigencia de que el condenado tenga que haber “*efectivamente*” cumplido, las tres cuartas (3/4) partes de la pena impuesta, antes de poder solicitar alguna fórmula alternativa de cumplimiento de pena, ya que muchos han interpretado que el término “*efectivamente*”, significa en ese contexto, “*realmente*”, sin tomar en cuenta redención alguna.

Ese término “*efectivamente*” también se repite en el artículo 490, con la misma confusa connotación, ya que se establece que “*los mayores de setenta años, terminarán de cumplir la condena en su lugar de residencia, cuando hubieran cumplido efectivamente, por lo menos, cuatro años de pena*”, lo cual contradice lo dis-

puesto en los artículos 231, referido a la prohibición de imponer medida de privación judicial preventiva de la libertad a los mayores de 70 años, y 233, sobre la interpretación restrictiva de las disposiciones que restrinjan la libertad de las persona. Por otra parte, también colida esa disposición, con lo dispuesto en el artículo 75 del Código Penal, que expresamente señala: *“Al que ejecuta un hecho punible, siendo mayor de setenta años, no se le impondrá pena de presidio, sino que en lugar de ésta y de la de prisión, se aplicará la de arresto que no excederá de cuatro años”*.

Conclusiones

Desde que se estableció en Venezuela un sistema preponderantemente acusatorio, con la promulgación del Código Orgánico Procesal Penal, el 23-1-1998, el cual entró en vigencia plena el primero de julio de 1999, éste ha sufrido numerosas reformas, la mayoría muy infortunadas, que poco o nada han contribuido con los fines y objetivos supuestamente buscados, de darle mayor celeridad a los procesos, más garantías a las partes, mayor participación a la ciudadanía, así como más independencia y autonomía a los Jueces y Fiscales en sus actuaciones y decisiones, ocurriendo en la práctica lo totalmente opuesto, por lo cual cada día la ciudadanía tiene más desconfianza en las instituciones, especialmente en la administración de la justicia y en la objetividad e imparcialidad de Jueces y Fiscales.

La intromisión de otros poderes en las decisiones judiciales, especialmente de parte del Ejecutivo, son evidentes y notorias. La creación del Ministerio de asuntos Penitenciarios, lejos de contribuir con la solución de la situación de los penados en las cárceles, se ha convertido en otro ente generador de conflictos, trasladando penados y hasta procesados, de un centro de reclusión a otro, a su antojo, no sólo sin la autorización previa de los Jueces encargados de las diferentes causas, como lo exige la Ley, sino aún en contra de la opinión de los mismos, descatando así dicho Ministerio, las decisiones judiciales que han dictado los Jueces al respecto, llegando incluso a cerrar o clausurar cárceles, a pesar de la férrea oposición de los jueces de la región respectiva¹⁶, quienes han planteado dichas irregularidades al Tribunal Supremo de Justicia¹⁷, como lo prevé el artículo 4 del Código Orgánico Procesal Penal, sin recibir todavía respuesta alguna, quedándose así la región más importante del país sin cárcel.

Como ya lo he dicho en anteriores conclusiones de otros trabajos en esta misma Revista, el trabajo legislativo es una labor muy seria, muy complicada, que hay

que desempeñar con gran responsabilidad y profesionalismo. No es un asunto de ideologías, ni de intereses partidistas o políticos, sino de interés nacional y colectivo, para bien de todo el país. Debe respetarse el principio del derecho Penal Mínimo, para sólo tipificar como delitos las conductas más graves y lesivas, no cualquier infracción administrativa o falta sin mayor relevancia, y, sobre todo, no pretender en ningún momento utilizar al Ministerio Público y a los tribunales, como instrumentos para imponer políticas a la fuerza y sin razón justificada, que nada tienen que ver con la justicia. Por ello, lo correcto y conveniente es que el estudio, discusión y sanción de las leyes, lo realice el órgano o poder especializado al efecto, el que está expresamente establecido por la Constitución Nacional para realizar esa labor, esto es, el Poder Legislativo, la Asamblea Nacional. Está demostrado en todas partes del mundo, que es imprescindible una verdadera y real separación de poderes, para que un Estado funcione democráticamente.

La Asamblea Nacional, excepcionalmente y por un tiempo limitado, en caso de una emergencia nacional, y a través de una Ley Habilitante, puede otorgarle en ciertas y determinadas materias, al Presidente de la República, de conformidad con lo establecido en el tercer aparte del artículo 203 de la Constitución Nacional, la potestad de legislar en asuntos específicos, ejerciendo el Presidente dichas facultades extraordinarias, de acuerdo al numeral 8 del artículo 236 *eiusdem*. Pero esa no es la forma normal o regular de la formación de las Leyes, que establece la Constitución Nacional venezolana. Los artículos del 202 al 218 de nuestra carta fundamental, establecen todo un complejo proceso para que un proyecto de Ley pueda ser aprobado y se pueda convertir en Ley de la República. Dicho procedimiento exige la realización de consultas, de debates, de informes de comisiones y de expertos, y de al menos dos discusiones en el seno de la Asamblea Nacional, evaluando los Diputados, como representantes del pueblo, los motivos, alcances y viabilidad de cada proyecto de Ley. Previéndose la posibilidad de que surjan objeciones o modificaciones a algún artículo, por parte de algunos Diputados, caso en el cual dicho proyecto se devuelve a la Comisión respectiva, para estudiarlo nuevamente. Todo ello se hace para determinar previamente, la conveniencia, necesidad y pertinencia de cada proyecto de Ley, antes de aprobarlo, revisando y analizando artículo por artículo. Igualmente, aún después de ser sancionada la Ley por la Asamblea Nacional, todavía el Presidente de la República puede plantear observaciones a la misma antes de promulgarla o in-

cluso también puede dirigirse a la Sala Constitucional, si considera que la Ley, o alguno de sus artículos, es inconstitucional.

Pues bien, si a pesar de todos esos estrictos procedimientos y minuciosos controles, establecidos en nuestra Constitución, todavía a veces ocurren gazapos, con muchísima más razón esto sucede cuando se legisla de una forma apresurada y sin un verdadero control. Que es lo que ha estado sucediendo en los últimos años y es lo que ocurrió con el Código Orgánico Procesal Penal 2012. Prueba de ello es que, como se evidencia claramente en la Sentencia No. 795 de fecha viernes 15 de junio de 2012 (Expediente No. 12-0700), donde la Sala Constitucional realizó el control previo de la constitucionalidad del carácter orgánico de ese Decreto Ley, el mismo día viernes 15-6-2012, fue que se recibió por ante la Secretaría de la Sala Constitucional, el Oficio s/n de fecha 12-6-2012, suscrito por el Presidente de la República, anexando un ejemplar del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Código Orgánico Procesal Penal, dictado con base en la Ley que autorizó al Presidente de la República para dictar esos Decretos, en las materias que se le delegaron. Dicha Ley Habilitante que autorizó al Presidente de la República fue publicada en la Gaceta Oficial No. 6.009, Extraordinario, del 17 de diciembre de 2010 y en su artículo 2, expresamente establecía, que antes de la publicación en la Gaceta Oficial de cualquier Decreto Ley al cual el Presidente de la República le confiera carácter orgánico, *“deberá remitirse, antes de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines que ésta se pronuncie sobre la constitucionalidad de tal carácter; de conformidad con el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”*.

De tal manera que, a pesar que el Gobierno Nacional tuvo año y medio (18 meses), desde el 17-12-2010 hasta el 17-6-2012, para dictar el Decreto Ley del Código Orgánico Procesal Penal, es evidente que dejó todo para el último día hábil, el viernes 15 de junio de 2012, fecha en que llegó el Oficio s/n a la Sala Constitucional, anexando un ejemplar del referido Código, el cual fue revisado de inmediato por la mencionada Sala, quien, ese mismo día 15-6-2012, declaró la constitucionalidad del carácter orgánico del mismo, procediendo el Presidente a publicar el Decreto en la Gaceta Oficial No. 6.078 Extraordinario, de ese día 15-6-2012. Prácticamente todo se hizo en la misma fecha. Igual ocurrió con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Bienes Públicos (Sentencia No. 794 de la Sala

Constitucional, Expediente No. 12-0701), que también se recibió, se resolvió y se publicó en esa misma fecha (15-6-2012). Y esto sin mencionar, que la autorización dada al Presidente de la República en la Ley Habilitante publicada en la Gaceta Oficial No. 6.009 Extraordinario, del 17-12-2010, no mencionaba expresamente entre las materias que se le delegaban, la reforma o el dictado de un nuevo Código Orgánico Procesal Penal, ya que, aunque amplísima, porque dicha Ley abarca 9 ámbitos distintos, habla mayormente es de derrumbes, lluvias e inundaciones, calamidades, emergencias, catástrofes, contingencias naturales y sociales, obras de infraestructuras, vivienda y hábitat, reformas en las normas de las telecomunicaciones, comunicaciones informáticas y electrónicas, ordenamiento territorial, desarrollo integral, uso de tierra urbana y rural, ámbito financiero y tributario, seguridad y defensa integral, cooperación internacional, y sólo hace una indirecta y no muy clara referencia a los procedimientos, en el ámbito de la seguridad ciudadana y jurídica, de donde aparentemente se basó el Presidente para dictar este Decreto Ley, a pesar que parece más bien referirse a la identificación ciudadana y al control migratorio.

Algo similar ocurre con la economía, si una política económica ha fracasado, no tiene sentido insistir en ella, es de sabios rectificar y sólo de necios persistir en los errores. Las actividades comerciales normales no pueden ni deben ser criminalizadas, los problemas económicos no se pueden resolver mediante el uso del derecho penal, ni del Ministerio Público, ni de los Tribunales Penales. Ya ha habido suficientes experiencias a nivel mundial, de intentos fallidos para controlar por la fuerza, la inflación, los precios, la escasez y lograr el abastecimiento de los productos, a través de la represión, y en ninguna parte esas medidas han dado resultado. Las reglas básicas de la economía, de los mercados, como la ley de la oferta y la demanda, no va a dejar de funcionar porque un gobierno dicte un decreto, eso de nada va a servir. En la Alemania de los años 1922 y 1923 lo intentaron, en Estados Unidos durante la prohibición también lo trataron de aplicar, sin éxito alguno, en Zimbawue, especialmente en los años 2007 y 2008, el Presidente Robert Mugabe, llegó hasta a decretar que estaba prohibida la inflación, que ésta no existía, pero la inflación diaria llegó al 100% (la mensual fue de 79600000000 %) ¹⁸. Pues bien, ni siquiera con fusilamientos han logrado impedir esas leyes inexorables. En Venezuela, afortunadamente, todavía estamos a tiempo y no hemos llegado a esos extremos, sin embargo, ya la inflación del año pasado (2014), casi llega a 70 % ¹⁹, y en estos 4 primeros meses de 2015 estamos casi en

50 %²⁰, lo que hace que los expertos vaticinen una inflación para este año de alrededor del 150 %. Situación realmente alarmante que hace que los aumentos del salario mitiguen muy poco el costo de la vida. La tasa de cambio de nuestra moneda en relación al dólar estadounidense, pasó desde el 2012 hasta la fecha, de casi 10 dólares a casi 300²¹, lo cual significa una depreciación del 500% en apenas 3 años, lo que significa que actualmente el salario mínimo es el más bajo de Suramérica, de apenas unos 20 dólares. Y todavía algunos no han entendido que mientras se mantenga el actual control de cambio, con esos diferenciales tan acentuados (6,30; 12, 200 y 300), seguirá aumentando la inflación, la especulación, la corrupción, el desabastecimiento y el contrabando, especialmente eso que popularmente llaman “bachaqueo” (reventa de ciertos productos escasos, entre ellos la gasolina), donde algunas personas, trabajando apenas 2 o 3 días a la semana, perciben 6 o más veces el salario mínimo, así como lo que denominan la “raspadera de cupos”²².

No deseo culminar este breve trabajo, sin insistir, nuevamente, en la importancia que tienen los Derechos Humanos en todos estos aspectos, por ser ellos derechos universales, inherentes a todos los seres humanos, al nacer todos libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción alguna de nacionalidad, sexo, color, origen, condición social o religión. No se puede hablar de Estado de Derecho, ni de democracia, sino se respetan todos los derechos humanos. No debe existir discriminación por causa alguna, ni ideológica, ni política, ya que todos los derechos humanos están interrelacionados, son interdependientes e indivisibles unos de los otros. El derecho a la vida, a la salud, a la libertad en todas sus modalidades (personal, de pensamiento, de expresión, de reunión, etc.), a la integridad y seguridad de las personas, al trabajo, a la propiedad, a la protección judicial, y demás derechos de la persona humana, están expresamente reconocidos y establecidos en nuestra Constitución, y tienen que ser respetados y salvaguardados por las autoridades.

En el ámbito judicial, la libertad de los imputados y acusados durante el proceso, es uno de los principios constitucionales y legales más importantes, y debe ser la regla. Sin embargo, se ha constituido en la excepción, ya que son muchos los que, pudiendo enfrentar el proceso en libertad, se les priva injustificadamente de ella. Situación que ha llevado a que Venezuela reciba muchas críticas, incluso a nivel internacional. Eso debe cambiar, ya que, perfectamente, sin afectar el proceso, se les podría a conceder a muchos de ellos, alguna me-

didada cautelar sustitutiva, que garantice su sometimiento al proceso.

Finalmente, sólo me resta señalar lo obvio, que de aplicarse los principios constitucionales y legales en la práctica política, legislativa y judicial, respetando la separación, autonomía e independencia de cada uno de los poderes, se evitarían muchos de los dislates, abusos y arbitrariedades que se cometen en la promulgación de nuestras leyes y en la ejecución de las mismas, y se lograría la armonía y el consenso tan necesarios, para el arreglo pacífico, civilizado y democrático de las controversias.

Notas

1 La pena máxima en Venezuela son 30 años.

2 Facultad que, excepcionalmente, y mediante una Ley Habilitante, puede otorgar la Asamblea Nacional al Presidente de la República, de conformidad con lo establecido en el tercer aparte del artículo 203 de la Constitución Nacional, quien la ejercerá según el numeral 8 del artículo 236 *eiusdem*. Pero esa no es la forma normal o regular de la formación de las Leyes, que establece la Constitución Nacional venezolana, donde se exige la realización de consultas, debates, informes de comisiones y expertos, y al menos dos discusiones en el seno de la Asamblea Nacional, evaluando los motivos, alcances y viabilidad del proyecto de Ley. Previéndose la posibilidad de que surjan objeciones o modificaciones a algún artículo, caso en el cual dicho proyecto se devolvería a la Comisión respectiva. Todo ello para determinar previamente, la conveniencia, necesidad y pertinencia de la Ley, antes de aprobarla artículo por artículo. Igualmente, aún después de ser sancionada la Ley por la Asamblea Nacional, todavía el Presidente de la República puede plantear observaciones a la misma antes de promulgarla o incluso dirigirse a la Sala Constitucional, si considera que la Ley o alguno de sus artículos es inconstitucional.

3 Gaceta Oficial No. 39.823 del 19-12-2011

4 Gaceta Oficial No. 39.912 del 30-4-2012

5 Gaceta Oficial No. 39.913 de 2-5-2012. Entró en vigencia a los 90 días de su publicación en Gaceta

6 Gacetas Oficiales Nos. 39.627, 39.915, 39.927 y 40.321, de 2-3-2011, 4-5-2012, 30-8-2012 y 23-12-2013, respectivamente

7 Gaceta Oficial No. 40.190 de 17-6-2013

8 Gaceta Oficial No. 6.129 Extraordinario del 8-4-2014

9 Gaceta Oficial No. 40.340 del 23-1-2014

10 Gaceta Oficial No. 6.155 Extraordinario del 19-11-2014

11 Gaceta Oficial No. 6.078 Extraordinario del 15-6-2012

12 Este Código lo dictó el Presidente Chávez, mediante el Decreto No. 9.042, de fecha martes 12 de junio de 2012, y la autorización dada por la Asamblea Nacional, para Dictar Decretos Leyes en esa ocasión, era por el lapso de un (1) año y seis (6) meses (desde el 17-12-2010), el cual vencía el domingo 17-6-2012, por lo cual el último día hábil que tenía el Presidente para publicar este Código en Gaceta Oficial, era precisamente el viernes 15-6-2012, ya que por ser una Ley “orgánica”, requería que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, previamente aprobara dicho carácter “orgánico” de sus 518 artículos y demás Disposiciones, lo cual lo hizo la referida Sala, el mismo día viernes

15-6-2012, fecha en la que aparece publicado este Código en la Gaceta Oficial.

13 Según la Ley de Publicaciones Oficiales, publicada en la Gaceta Oficial No. 20.546 del 22-7-1941 y demás normas que consagran las técnicas legislativas.

14 Especialmente de la última parte

15 Así lo han señalado públicamente los juristas Alberto Arteaga Sánchez, Magaly Vásquez, José Luis Tamayo y Ángel Zepa. Los dos últimos incluso introdujeron recursos de nulidad del COPP 2012, por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

16 Tal y como ocurrió con la Cárcel Nacional de Maracaibo, el 16-9-2013

17 En noviembre de 2013, todos los Jueces de Juicio de Maracaibo, dirigieron sendas comunicaciones a la Presidenta de la Sala de Casación Penal y a la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, imponiéndolas de los problemas suscitados por el cierre de la mencionada Cárcel

18 La peor inflación del mundo ocurrió en Hungría, desde agosto de 1945 hasta julio de 1946, que llegó a 207% diaria (41900000000000000% mensual)

19 Cifra oficial, la más alta del mundo

20 El Banco Central de Venezuela no ha dado cifras oficiales este año

21 Valor del llamado dólar paralelo o negro

22 Venta ilegal de divisas obtenidas a dólar preferencial por viaje al exterior