

30

S. PRAEVIDE ET PRO

Revista

Julio 2012

30

Revista Pendl

Pendl

Julio 2012



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 30

Sumario

Doctrina

– Protección de Derechos Humanos e internacionalización del derecho penal, por <i>Kai Ambos</i>	3
– Reflexiones sobre alternativas a la pena y una aproximación a la alternatividad penal, por <i>Pablo Galain Palermo</i>	13
– Nuevas obligaciones para España en la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil: La Directiva 2011/92/UE, por <i>María Marta González Tascón</i>	35
– Prensa y garantías penales: Consideraciones a partir del análisis mediático de un delito violento, por <i>María Jesús Guardiola Lago</i>	60
– La reforma de la legítima defensa en Italia: El derecho a la autotutela del domicilio familiar, por <i>Vincenzo Militello</i>	84
– Las relaciones entre Poder Legislativo y Poder Judicial en las últimas reformas del Código Penal Español, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	104
– La libertad de imprenta, verdadero vehículo de las luces. Análisis de la libertad de imprenta en la Constitución de 1812 y el Código Penal de 1822, por <i>Rafael Rebollo Vargas</i>	118
– Una discusión rancia para la época: responsabilidad penal de las personas jurídicas sí o no. La realidad Argentina, por <i>Marcelo Pablo Vázquez</i>	134
– Derechos Humanos y medio ambiente en el Tribunal europeo de Derechos Humanos: Breves notas para el futuro contexto internacional, por <i>Antonio Vercher Noguera</i>	146
– Delincuencia organizada y medios tecnológicos avanzados: el subtipo agravado previsto en relación con organizaciones y grupos criminales, por <i>Caty Vidales Rodríguez</i>	158
– Dogmática penal, Teoría del delito y Teoría del caso: una visión integradora, por <i>Manuel Vidaurri Aréchiga</i>	168
– Justicia Restaurativa aplicada a supuestos de violencia de género, por <i>Carolina Villacampa Estiarte</i>	177
Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal (2009-2012)	217
Bibliografía: por <i>Francisco Muñoz Conde</i> y <i>M^a Belén Sánchez Domingo</i>	285



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
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (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 y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Fábio Ramazzini Bechara (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Baris Erman (Turquía)
Olmo Artale y Nicola Santi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga y J. Jesús Soriano Flores (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

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

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 (2009-2012)

Alemania

Prof. Dr. Martin Paul Wassmer

Universidad de Colonia

Texto traducido del Alemán por cand. iur.

Waleska Izeta

Universidad de Colonia

Desde el informe de las reformas del 2006-2009¹, se han producido nuevamente cambios importantes en el derecho penal y procesal penal alemán. Estas reformas han tenido lugar en su mayoría, en el segundo periodo de duración del cargo de la Canciller Federal alemana Angela Merkel, quien desde octubre del 2009 dirige la llamada «Coalición negro-amarilla» entre demócratas-cristianos (CDU y CSU) y liberales (FDP).

I. Cambios en la Parte General y Especial de la legislación penal

1. Custodia de seguridad (2010/11)

Con la «Ley sobre la reorganización del derecho de la custodia de seguridad y su regulación acompañada» del 22.12.2010², vigente desde el 1 de Enero del 2011, el legislador propuso una reforma fundamental de la **custodia de seguridad**. Esto tuvo su origen en una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDDHH) del 17.12.2009³, la cual consideró la prolongación retroactiva de la custodia de seguridad como inadmisibles, dado que ella debe ser vista como una **pena** y con eso, está sujeta al principio de irretroactividad del artículo 7 I S. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDDHH). Por consiguiente, muchas de las personas que estaban bajo custodia de seguridad tuvieron que ser liberadas a pesar de que existiera peligro de que estas personas cometieran hechos penales considerables. La reforma limitó la **custodia de seguridad primaria** a los hechos penales más graves (§ 66 StGB) y amplió la **custodia de**

seguridad reservada, que permite aplazar la orden de la custodia de seguridad hasta la ejecución completa de la pena de prisión (§ 66a StGB). Además, la posibilidad de la **custodia de protección posterior** fue fuertemente limitada. Ahora ésta solamente es posible en un caso: cuando se haya declarado el internamiento en un hospital psiquiátrico como resuelto (§ 66b StGB). Sin embargo, los cambios son válidos exclusivamente para hechos que hayan sido cometidos después de la entrada en vigor de la ley. Para hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la reforma, está prevista la validez de la ley anterior. Para los casos en los cuales personas bajo custodia de protección sean puestas en libertad o ya hayan sido puestas en libertad debido al fallo del TEDDHH («casos antiguos»), se ha creado —mientras se trate de autores alterados psíquicamente— una «Ley sobre la terapia e internamiento (ThUG)». Además, en el derecho de **supervisión de conducta** se introdujo un control de estancia electrónica («*atadura de pie*»), § 68b párrafo 1 número 12 StGB). De este modo se incluyen también aquellos «casos antiguos» que no están calificados como personas bajo custodia de seguridad con trastornos psíquicos.

Ya en el **procedimiento legislativo**, la reforma fue discutida polémicamente⁴. En la jurisprudencia penal, la modificación de la ley arrojó intensas críticas. La reforma sería sólo un «cambio de etiquetas» que el TEDDHH comprenderá⁵. El mantenimiento de la custodia de seguridad posterior y la validez de la Ley anterior infringirían el CEDDHH⁶. Por eso, el **Tribunal Constitucional Federal (BVerfG)** declaró anticonstitucionales, en un fallo del 4.5.2011⁷, todas las normas de custodia de seguridad, dado que ellas no serían compatibles con el derecho fundamental a la libertad (artículo 2 párrafo 2 S. 2 en relación con el artículo 104 párrafo 1 de la Constitución). La ejecución actual de la custodia de seguridad no guardaría la distancia necesaria a un centro de reclusión penal. Sería necesario

un concepto de terapias independiente con ofertas de terapias individuales. Además las normas de la prolongación y del ordenamiento posterior de la custodia de seguridad infringen el principio del Estado constitucional de protección de confianza estatal (artículo 2 párrafo 2 S. 2 en relación con el artículo 20 párrafo 3 de la Constitución). Hasta una nueva modificación de la Ley, como máximo hasta el 31.5.2013, el BVerfG ha permitido, sin embargo, el empleo de las normas declaradas anticonstitucionales y ha acordado reglamentaciones transitorias. Según éstas, la custodia de protección puede ser dispuesta en «casos antiguos» sólo si existe un peligro extremo de violencia muy grave y casos sexuales graves, y si el autor sufre de un trastorno psíquico. Las normas restantes sólo pueden ser aplicadas, por lo demás, conforme a un análisis estricto de proporcionalidad (Verhältnismäßigkeitsprüfung).

2. Instigación del pueblo (2011)

En Europa, fueron aprobados en los últimos años dos instrumentos legales importantes para la lucha contra el racismo y la xenofobia. Por un lado, la **Decisión Marco 2008/913/JAI** del Consejo del 28.11.2008 por la lucha penal de formas determinadas y formas de expresar el racismo y xenofobia, y por otro lado el **Protocolo Adicional del 28.1.2003** al Convenio del Consejo Europeo del 23.11.2001 sobre la delincuencia informática respecto a la criminalización de acciones cometidas de tipo racista y xenófobo, mediante sistemas informáticos. Según la Decisión Marco, cada Estado miembro tiene que castigar la incitación pública de violencia u odio contra un grupo de personas, que está definido según los criterios de raza, color de la piel, religión, origen nacional o étnico, o contra un miembro de tal grupo. Además, debe prohibirse la difusión pública o distribución de escritos, de imágenes u otros materiales con un contenido racista o xenófobo. El artículo 3 párrafo 1 del Protocolo Adicional exige que cada parte contratante penalice la difusión del material semejante en sistemas informáticos. Con Ley del 16.3.2011⁸, el legislador alemán ha traspuesto estas directrices a su sistema penal nacional, vigente desde el 22 de Marzo del 2011.

El **§ 130 párrafo 1 StGB** regula ahora, no sólo la difamación contra grupos de personas, sino también, expresamente, la difamación contra individuos. De esta manera, se ha aclarado la situación jurídica según una decisión del **Juzgado Federal (BGH)** de 1967⁹. Además, todos los grupos de personas nombrados en la Decisión Marco, están representados por separado. El **§**

130 párrafo 2 número 1 StGB se amplió de acuerdo al párrafo 1, igualmente a individuos. Otros complementos eran prescindibles dado que el **§ 130 párrafo 2 números 1 StGB** en relación con el **§ 11 párrafo 3 StGB**, ya consideraban la difusión sobre sistemas informáticos¹⁰.

En el **procedimiento de legislación**¹¹ los grupos parlamentarios de oposición (el SPD; Alianza 90 / Los Verdes; la Izquierda) criticaron que el término «raza» discriminaria. Los grupos parlamentarios de gobierno advirtieron, frente a ésta crítica, que el término también es utilizado en el artículo 3 de la Constitución. En la **jurisprudencia penal** la modificación fue aplaudida en parte, dado que el legislador en el área sensible de la libertad de manifestación no habría caído en «accionismo»¹². Sin embargo, en parte se reclamó que las directrices no se habrían considerado suficientemente, ya que el **§ 130 párrafo 3 StGB** (la aceptación, la negación o el minimizar crímenes nacionalsocialistas) no se ampliaron a los crímenes de derecho penal internacional llamados en la Decisión Marco; además la penalidad de la negación o minimización grave de crímenes no habría sido limitada a tales crímenes que hayan sido verificados por un Tribunal Internacional, por lo cual, existe el riesgo de una extensión «sin contorno»¹³.

3. Matrimonio forzoso (2011)

La «Ley sobre la lucha del matrimonio forzoso y para mejor protección de las víctimas de éste, así como el cambio de otras normas legales de estado y de asilo del 23.6.2011», vigente desde el 1 de Julio de 2011¹⁴, introdujo como delito el «**matrimonio forzoso**» (**§ 237 StGB**). El matrimonio forzoso es también en Alemania — sobre todo en el grupo de las extranjeras— un problema serio. Éste es la manifestación de una comprensión familiar patriarcal. Las víctimas son, sobre todo, chicas y mujeres jóvenes. Los autores, en su mayoría, miembros de la familia propia, pero también prometidos y suegros. Para la protección de los afectados, la lucha debería intensificarse y la conciencia de la ciudadanía debería también agudizarse. La configuración anterior del matrimonio forzoso como ejemplo-regla (Regelbeispiel) del **Constreñimiento** (**§ 240 párrafo 4 S. 2 número 1, alternativa 2 StGB**) y la comprensión de éste a través de otras normas, especialmente la lesión corporal y los hechos sexuales penales, ya no se consideraban suficientes. Se entendió como indispensable una señal clara de que el Estado se enfrenta al matrimonio forzoso con el derecho penal como su medio más tajante.

El § 237 párrafo 1 StGB castiga con una pena privativa de libertad de seis meses hasta cinco años a quien obliga a una persona con violencia o por medio de amenaza con un mal considerable, a contraer matrimonio. Además el § 237 párrafo 2 StGB castiga a aquél que para perpetrar el hecho según el párrafo 1 StGB obligue a esta persona con violencia, con amenaza de un mal considerable o simplemente por su astucia, a la persona a dirigirse hacia una región donde ésta Ley no tenga validez, pero también a aquél que impida que la persona regrese de esa Región. Con ello se conciben, en apoyo con el delito de deportación (§ 234a StGB), comportamientos tales que preceden a un matrimonio forzoso, y de este modo se garantiza la protección contra un «matrimonio de vacaciones». El § 237 párrafo 3 StGB declara punible la tentativa de todos estos hechos para conseguir una protección legal mucha más amplia de estos bienes jurídicos. El § 238 párrafo 4 StGB contiene un arreglo para casos menos graves, con el fin de asegurar la imposición de una pena, en cualquiera de los casos, correspondiente al grado de dolo. El bien jurídico del nuevo precepto penal es la **libertad de enlace matrimonial**, que está protegida, entre otros, por el artículo 6 párrafo 1 de la Constitución y el artículo 12 CEDDHH. Aquí no están considerados los llamados matrimonios «arreglados», en los cuales los contrayentes pueden elegir tomar la decisión de casarse, sin embargo, a través de una decisión libre¹⁵. Igualmente, no están considerados los matrimonios del mismo sexo, dado que el matrimonio forzoso es un fenómeno y se practica en círculos culturales que rechazan, de todos modos, esta forma de vida en común¹⁶.

Esta reforma ha sido aplaudida en su mayoría por la jurisprudencia penal¹⁷. Sin embargo, se critica que el derecho penal es empleado sobre todo, «simbólicamente»¹⁸. También el § 237 StGB se limitaría sólo al matrimonio en el sentido legal por lo que, los matrimonios Imames (matrimonios musulmanes eclesiásticos) no estarían incluidos¹⁹. Por lo demás, el § 237 párrafo 2 StGB no fue incluido en el catálogo del § 6 StGB, lo cual deja lagunas penales considerables en la persecución de hechos extranjeros²⁰. Finalmente, con la punibilidad de tentativa se habría anticipado de manera preocupante la punibilidad²¹.

4. Resistencia contra agentes de la autoridad (2011)

La 44ª Ley de Modificación del código penal —sobre la Resistencia contra agentes ejecutores— del 1.II.2011²², vigente desde el 5 de Noviembre del 2011

ha fortalecido la protección de agentes de la autoridad. Los motivos para estos cambios fueron, por un lado, la circunstancia de que entre 1999 y 2008 aumentaron los abusos hacia los funcionarios de ejecución en un 30%. Por consiguiente, se aumentó en el § 113 párrafo 1 StGB (Resistencia contra agentes de autoridad) la pena privativa de libertad de dos a tres años. Por otro lado, el BVerfG²³ había rechazado la interpretación amplia del término «Arma» en el § 113 párrafo 2 S. 2 número 1 StGB, que abarcaba también «herramientas peligrosas». Por este motivo, el tipo pena tuvo que ser complementado respectivamente. Ya que además, también las personas del cuerpo de bomberos y otros equipos de salvamento deberían estar incluidas en la protección, se amplió el § 114 StGB (Resistencia contra personas que se equiparan a los agentes ejecutores) en un párrafo tercero. Finalmente, el § 305a StGB (Destrucción de importantes medios de trabajo) no debía incluir sólo la destrucción de automóviles de la policía y del ejército federal, sino también la destrucción de automóviles y medios esenciales de trabajo técnicos de la policía, el ejército federal, el cuerpo de bomberos, la protección de catástrofes o un servicio de salvamento.

Ya en el **procedimiento de legislación**, la reforma fue muy discutida y, por último, aprobada sólo a través de los votos de los grupos parlamentarios del gobierno²⁴. Se criticaba que se trataría sólo de una «legislación simbólica», dado que ni el aumento del marco penal intimidaría al autor; ni tampoco existirían lagunas punibles. En la **jurisprudencia penal** se mencionó que, si bien la reforma satisface una petición del sindicato policial, ésta habría sido elaborada sin sistema y no habría sido lo suficientemente examinada a fondo²⁵. Que la violencia contra policías aumente, no estaría, por lo demás, empíricamente comprobado²⁶. El § 113 StGB protege también la autoridad de ejecución estatal, en la cual, sin embargo, el cuerpo de bomberos, la protección de catástrofes y los equipos de salvamento no estarían designados²⁷. Los §§ 113, 114 StGB privilegiarían a ciudadanos, en casos de error; que estén afectados por el cumplimiento de atribuciones de soberanía por parte de los agentes de seguridad. Por la inclusión de los equipos de salvamento, éstos serían extraídos del área protectora del § 240 StGB (**Constreñimiento**) y en casos de error, estarían por lo tanto muy desfavorecidos²⁸. En resumen, se le estaría fingiendo a la ciudadanía que el Estado se esfuerza por los intereses de la policía —a precio razonable—, pero realmente son necesarias, sin embargo, medidas de prevención con gastos mucho más intensos²⁹.

5. Derecho penal del medio ambiente (2011/12)

El 19.11.2008 se publicó la **Directiva 2008/99/CE** sobre la protección penal del medio ambiente, que debía crear hasta el 26.12.2010 un estándar mínimo en la Unión Europea para delitos graves de medio ambiente³⁰. Los Estados miembros tuvieron que amenazar con multas penales adecuadas y eficaces las perturbaciones que pudieran causar daños graves a personas, animales o plantas o a la calidad de aire, calidad de tierra o calidad de agua, el manejo arriesgado con desechos de materias peligrosas o radiactivas, así como manejar instalaciones peligrosas o la destrucción de especies animales protegidas o especies, de regiones protegidas o la capa de ozono. También se tenían que poder imponer sanciones contra personas jurídicas. Sin embargo, Alemania cumplió su obligación de transposición recién con la «45^o Ley de Modificación del Derecho penal para la transposición de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo sobre la protección penal del medio ambiente³¹» del 6.12.2011, vigente desde el 14 de Enero respectivamente 13 de Junio del 2012. Si bien, el derecho alemán ya cumplía, en lo esencial, las directrices, en efecto, eran necesarios algunos cambios en áreas parciales. Modificaciones y complementos se realizaron no sólo en los §§ 311, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 330d StGB, en § 71 Ley de naturaleza de protección federal (BNatSchG) y en §§ 36, 38 leyes de caza federales (BJagdG), sino que también se crearon las nuevas prescripciones penales del § 71a BNatSchG y § 38a BJagdG.

En el **procedimiento de legislación**³², se criticó que la Ley penaliza también faltas y medidas de otros Estados miembros de la EU, a pesar de que la jurisdicción administrativa esté organizada de manera muy diferente; por lo demás, sería muy difícil reconocer las disposiciones, dado que las cadenas de remisión son de una longitud «inconcebible». En la **jurisprudencia penal**, se criticó que la Directiva no sigue un concepto claro y que además penaliza comportamientos no merecedores de pena³³.

II. Reformas en materia procesal penal

1. Reforma del derecho de las víctimas (2009)

Con la «Ley para el fortalecimiento de los derechos de heridos y testigos en el procedimiento penal (2^o Ley de modificación del derecho de víctimas)» del 29.7.2009³⁴, vigente desde el 1.10.2009, se constató la circunstancia de que el estado está obligado constitucionalmente a proteger a **las víctimas y testigos de**

hechos penales. Esto tiene aún mayor validez, especialmente cuando niños y jóvenes son víctimas, pero también si adultos han sido heridos por delitos sexuales o crímenes de violencia grave. La reforma llevó a cabo en tres áreas cambios bastante amplios. Por un lado, se efectuó un nuevo ajuste de las condiciones bajo las cuales se puede realizar la **demanda accesoría** y se puede discernir un abogado de víctima. Además para fortalecer los derechos de niños y jóvenes, se aumentó la **edad límite de protección** de 16 a 18 años. Finalmente, se mejoró el estado legal de **testigos**, dado que no sólo se simplificó la asignación de un abogado como asistencia de testigo (Zeugenbeistand), sino que los testigos pueden renunciar ahora a la indicación de su residencia en casos determinados.

Por el lado de **la Justicia** se criticó que la fuerte extensión de la facultad de demanda accesoría llevaría a mayores gastos, a demoras y complicaciones³⁵. También en la **Jurisprudencia** la reforma encontró sus críticas. Las amplias posibilidades de influencia del herido, dejarían temer que se reduciría el esclarecimiento de la verdad material³⁶. El «desencadenamiento de la demanda accesoría» provoca una redistribución masiva de los intereses procesales a cargo del acusado; las víctimas de hechos penales estarían mejor ayudadas con una reforma del derecho de indemnización y del sistema de compensación por daño³⁷.

2. Derecho de prisión preventiva (2009/10)

Con la «Ley sobre la modificación del derecho de prisión preventiva» del 29.7.2009³⁸, vigente desde el 1 de Noviembre del 2010, se complementó la Ley de derecho de arresto preventivo. Desde la reforma de federalismo se extendía la competencia legislativa federal solamente en el proceder judicial (condiciones, duración y restricciones de la prisión preventiva) sin el derecho de ejecución de pena. Necesidades de un cambio en esta materia resultaron por que el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) criticó que el derecho procesal penal alemán no les concede a los detenidos preventivamente el derecho de informar a sus familiares y la instrucción de sus derechos de los acusados en el momento de la detención, no está legalmente prescrita. Además, el TEDDHH objetó que a acusados detenidos y a sus defensores se les había negado, la inspección de los expedientes bajo la referencia de que el sumario aún no estaría cerrado.

El punto esencial de la Ley fue la nueva versión del **§ 119 StPO** que a partir de ahora especifica todas las

restricciones que se le pueden imponer al acusado detenido; éstas estaban reguladas anteriormente en una mera orden administrativa de los estados federales. Suplementariamente se establecieron en el § 119a StPO los recursos jurídicos. § 114b StPO regula las obligaciones de instrucción de derecho con respecto a acusados en el momento de la detención. El § 114c StPO fija de nuevo las obligaciones de notificación. Según los §§ 140 y 141 StPO, al arrestado ya no se le debe designar un abogado defensor hasta después de tres meses de arresto preventivo, sino desde el principio de la ejecución del arresto provisional. El § 147 StPO transpone las directrices del TEDDHH con respecto al derecho de inspección de los expedientes.

En el procedimiento de legislación³⁹ la reforma fue bien vista, pero también se le criticó que la asignación de un abogado defensor debería suceder mucho más temprano, o sea, ya en las primeras horas después de la detención provisional; además, la inspección de los expedientes no debería siempre ser otorgada, sino sólo «por regla general». Por el lado de la justicia se indicó que la ampliación de los derechos de los arrestados se habría pagado con una burocracia muy elevada; además no estaría justificada la clara desconfianza del legislador; se debería evitar la apariencia de que a la policía, a la justicia y a los centros penitenciarios «se les quiera impulsar»⁴⁰.

Notas

- 1 WASSMER, Revista Penal 25 (2010), p. 167 ss.
- 2 Diario Oficial Federal (en adelante BGBl) 2010 I p. 2300; Proyecto de Ley Boletín Legislativo (en adelante BT-Drs) 17/3403; Informe de la Comisión Jurídica del Parlamento Federal BT-Drs 17/4062.
- 3 EGMR NJW 2010, p. 2495 ss.; véase BACHMANN/GOECK, NJ 2010, p. 457 ss.; GRABENWARTER, JZ 2010, p. 857 ss.; GREGER, NStZ 2010, p. 676 ss.; JUNG, GA 2010, p. 639 ss.; KLEIN/GROSSE-BROEMER ZRP 2010, p. 172 ss.; KREUZER, NStZ 2010, p. 473 ss.; OSTENDORF/PETERSEN, ZRP 2010, p. 245 ss.; RADTKE, NStZ 2010, p. 537 ss.
- 4 Cfr. BT-Drs 17/4062, p. 5 ss.
- 5 KREUZER, Kriminalistik 2011, p. 3, 11; ZRP 2011, p. 7, 10; MUELLER, EuR 2011, p. 418, 428 s.
- 6 KINZIG, NJW 2011, p. 177, 182.
- 7 BVerfG NJW 2011, p. 1931 ss.; véase HOERNLE, NStZ 2011, p. 488 ss.; MITSCH, JuS 2011, p. 785 ss.; PEGLAU, NJW 2011, p. 1924 ss.; MOSBACHER, HRRS 2011, p. 229 ss.; STRENG, JZ 2011, p. 827 ss.; WOLF, RPflegler 2011, p. 413 ss.
- 8 BGBl. 2011 I p. 418; Proyecto de Ley BT-Drs 17/3124; Informe de la Comisión Jurídica del Parlamento Federal BT-Drs 17/4123.
- 9 BGHSt 21, p. 371 = NJW 1968, p. 309.
- 10 BT-Drs 17/3124, p. 11.
- 11 Cfr. BT-Drs 17/4123, p. 4.
- 12 HELLMANN/GAERTNER, NJW 2011, p. 961, 965 s.

- 13 BOCK, ZRP 2011, p. 46, 47 ss.
- 14 BGBl 2011 I p. 1266; Proyecto de Ley 17/4401; Informe de la Comisión Interna del Parlamento Federal BT-Drs 17/5093.
- 15 BT-Drs 17/4401 p. 8.
- 16 SERING, NJW 2011, p. 2161, 2162.
- 17 BUELTE/BECKER, ZIS 2012, p. 61, 67; EICHENHOFER, NVwZ 2011, p. 792, 794; EISELE/MAYER, NStZ 2011, p. 546, 552; FADLALLA, FPR 2011, p. 449, 450; LETZGUS, FPR 2011, p. 451, 453; SERING, NJW 2011, p. 2161, 2165.
- 18 VALERIUS, JR 2011, p. 430, 431, 434; YERLIKAYA/CAKIR-CEYLAN, ZIS 2011, p. 205, 213.
- 19 BUELTE/BECKER, ZIS 2012, p. 61, 65 f.
- 20 EISELE/MAYER, NStZ 2011, p. 546, 551 s.; SERING, NJW 2011, p. 2161, 2163.
- 21 LETZGUS, FPR 2011, p. 451, 456; SERING, NJW 2011, p. 2161, 2163.
- 22 BGBl. 2011 I p. 2130; Proyecto de Ley BT-Drs 17/4143; Informe de la Comisión Jurídica del Parlamento Federal BT-Drs 17/6505.
- 23 BVerfG NJW 2008, p. 3627 ss.
- 24 Cfr. BT-Drs 17/6505, p. 4 s.
- 25 SINGELNSTEIN/PUSCHKE, NJW 2011, p. 3473.
- 26 SINGELNSTEIN/PUSCHKE, NJW 2011, p. 3473, 3475 s.
- 27 CASPARI, NJ 2011, p. 318, 326; SINGELNSTEIN/PUSCHKE, NJW 2011, p. 3473, 3474.
- 28 CASPARI, NJ 2011, p. 318, 325.
- 29 CASPARI, NJ 2011, p. 318, 330.
- 30 KROPP, NStZ 2011, p. 674, 675; RUHS, ZIS 2011, p. 13, 15.
- 31 BGBl. 2011 I p. 2557; Proyecto de Ley BT-Drs 17/5391; Informe de la Comisión Jurídica del Parlamento Federal BT-Drs 17/7674.
- 32 Cfr. BT-Drs 17/7674 p. 13.
- 33 ZIMMERMANN, ZRP 2009, p. 74, 75 ss.; Cfr. también FROMM, ZfW 2009, p. 157 ss.
- 34 BGBl. 2009 I p. 2280; Proyecto de Ley BT-Drs 16/12098; Informe de la Comisión Jurídica del Parlamento Federal BT-Drs 16/13671.
- 35 BITTMANN, ZRP 2009, p. 212; sobre asistencia de testigos KLENGEL/MUELLER, NJW 2011, p. 23, 28.
- 36 SCHROTH, NJW 2009, p. 2916, 2919; Cfr. también CELLEBI, ZRP 2009, p. 110, 111.
- 37 BUNG, StV 2009, 430, 433 ss.
- 38 BGBl. 2009 I p. 2274; Proyecto de Ley BT-Drs 16/11644; Informe de la Comisión Jurídica del Parlamento Federal BT-Drs 16/13097.
- 39 BT-Drs 16/13097 p. 16.
- 40 BITTMANN, NStZ 2010, p. 13, 17; sobre primeras experiencias BROCKE/HELLER, StraFo 2011, p. 1 ss.

Argentina

Luis Fernando Niño

Universidad Nacional de Buenos Aires¹

Veintidós nuevas leyes se han sancionado en la República Argentina en el último trienio, en materia de Derecho Penal de fondo y de forma. Con la brevedad

que impone una aportación de estas características, hemos de examinar las más relevantes, respetando la cronología derivada de su publicación en el Boletín Oficial y añadiendo los comentarios que algunas de ellas suscitan.

I. La ley 26472 (B.O. 20/1/09) amplió el elenco de situaciones que habilitan a los jueces del fuero a disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria². En los supuestos de enfermedad, se estableció el requisito de un informe médico, psicológico y social que de fundamento a la decisión³. Merece destacarse, asimismo, que el juez «podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél», con un añadido de trascendencia: «(e)n ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad»⁴.

II. La ley 26.524 (B.O. 5/11/09) modificó la mayoría de los artículos contra la salud pública (Libro Segundo, Título VII, Capítulo IV), sumando nuevos medios comisivos, añadiendo penas en algunos casos, agravando las existentes en otros e incorporando nuevas figuras al elenco preexistente⁵. Vale consignar aquí que los arts. 204 y 205 al 208 no registraron variaciones en virtud de la ley de referencia.

III. La ley 26538 (B.O. 27/11/09) creó un fondo permanente de recompensas, en jurisdicción del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, destinado a abonar una compensación dineraria a aquellas personas que, sin haber intervenido en la comisión del delito, brinden datos útiles para obtener la libertad de la víctima, preservar su integridad física, o lograr la aprehensión de quienes hubiesen tomado parte en la comisión de diversos delitos (art. 1°)⁶. Conforme al artículo 3° de la ley que introduce el criticable instituto⁷, «(e)l monto de la recompensa será fijado atendiendo a la complejidad del hecho y a las dificultades que existan para la obtención de la información que permita el cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 1°»⁸. Por añadidura, el juicio sobre el mérito de la información aportada en cuanto al esclarecimiento del hecho y la condena penal de los responsables queda sujeto al informe del representante del Ministerio Público Fiscal (art. 6°)⁹.

IV. Mediante el artículo 1° de la ley 26679 (B.O. 9/5/11) se incorpora al Código Penal un nuevo delito contra la libertad, obedeciendo a la manda de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por Argentina a través de la ley 24.556 (B.O. 18/10/95)¹⁰. Paralelamente, se introduce dicha figura entre aquellas de competencia de la Justi-

cia federal (art. 2°). Otras dos disposiciones —ambas de corte procesal, si bien la primera quedó inserta en el ordenamiento sustantivo— completan la implementación de la nueva figura: los arts. 194 bis del Código Penal y 215 bis del Código Procesal Penal de la Nación¹¹.

V. Como muestra de la improvisación legislativa tantas veces fustigada desde estas páginas, la ley 26683 (B.O. 21/6/11) devolvió al Capítulo XIII del Título IX de la Parte Especial del Código Penal el epígrafe «Encubrimiento», derogó el artículo 278, que había sido colmado de referencias al lavado de activos, sustituyó el artículo 279¹² e incorporó un nuevo título, el 13°, dedicado a los delitos contra el orden económico y financiero, al descalabrado cuerpo de leyes vigente desde 1922. Con tal objeto, se desplazaron los tres últimos preceptos del repertorio preexistente a los artículos 306 a 308, volcándose en su lugar las disposiciones asignadas al flamante título¹³. Una particularidad destacable consiste en la introducción, en el enunciado del artículo 304, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a despecho de la subsistencia de la polémica doctrinal sobre su reconocimiento, a la luz del principio «nullum crimen sine conducta». Completa el articulado de la ley 26683 un elevado número de reformas a la ley 25246 (B.O. 11/5/00), oportunamente reseñada en esta Sección, que es imposible extraer en este espacio.

VI. En virtud de la ley 26705 (B.O. 5/10/11), se alteró el régimen general de la prescripción de la acción en materia penal respecto de los delitos contra la integridad sexual de menores de edad, que comenzará a correr desde la medianoche del día en que la víctima haya alcanzado la mayoría de edad, o bien desde la medianoche del día en que aquél hubiera alcanzado la mayoría de edad, si como consecuencia de cualquiera de tales ilícitos hubiera ocurrido su muerte.

VII. Una nueva transferencia de competencias en materia penal de las autoridades nacionales a las del ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue dispuesto por la ley 26702 (B.O. 6/10/11)¹⁴.

VIII. La ley 26733 (B.O. 28/12/11) introdujo reformas signadas por una total heterogeneidad: desde la actualización de nuevos términos incluidos en el artículo 77 que, junto al precepto inmediato posterior esclarece la significación de los conceptos empleados en el Código Penal, hasta la reforma del artículo 300, alusivo a los fraudes al comercio y a la industria, y la inclusión de otras siete nuevas disposiciones, referidas a conductas que afectan el orden económico y financiero, tales como el uso indebido de información privilegiada para alterar mercados o la manipulación de balances para obtener beneficios o causar perjuicios económicos, el

ocultamiento o falseamiento de informaciones en la oferta de instrumentos financieros o valores negociables, las maniobras tendentes a varias o mantener el precio de mercaderías y un largo etcétera al que puede acceder el suscriptor de esta publicación a través del sitio de internet ya especificado. Valga remarcar que, también en este nuevo articulado, aparecen sanciones derivadas de la aceptación, por parte del legislador, de la responsabilidad de las personas jurídicas.

IX. Por medio de la ley 26.734 (B.O. 28/12/11), tal vez la más controvertida del periodo analizado, se derogaron los artículos 213 ter y quater, introducidos apenas cuatro años antes por la ley 26268 (B.O. 5/7/07) como figuras de asociación ilícita terrorista y de financiación del terrorismo. En sustitución, se incluyó un nuevo precepto, el cuarto de una malhadada serie diseñada tras el artículo 41 del código, consagrado originalmente a brindar pautas de determinación judicial de las penas a los tribunales, según las circunstancias atenuantes o agravantes de cada caso concreto¹⁵; y se incorporó un nuevo artículo al desdibujado ordenamiento, consagrado a la punición del financiamiento de actividades terroristas, el que, sumado a las adiciones debidas a la ya mencionada ley 26733, obligó a una nueva ordenación de las disposiciones finales del maltrecho ordenamiento, a menos de un trimestre de su última modificación. Una vez más, me veo obligado a remitir al sitio oficial de información legislativa (v. notas 5, 13 y 15) para acceder al articulado completo de la ley.

X. Publicada el mismo día que las dos anteriores, en una nueva muestra de la impropia precipitación que exhibe la actividad parlamentaria, transcurrido casi treinta años desde la recuperación de las instituciones democráticas, la ley 26735 (B.O. 28/12/11) establece un nuevo régimen penal tributario, modificando en gran medida el que oportunamente impusiera la ley 24769 (B.O. 15/1/97). Los ejes principales de la reforma son los siguientes: a) a partir de la nueva normativa, se tutelan, además de la hacienda pública nacional, la de los estados provinciales y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; b) se incrementaron los montos por debajo de los cuales no hay posibilidad de incriminación delictiva¹⁶. De tal manera, se procura concentrar, nuevamente, la persecución penal en las evasiones tributarias de mayor entidad, reservando para las pequeñas evasiones las infracciones previstas en la ley 11.683 (B.O. 12/1/33) y sus modificaciones; c) se ha acotado significativamente la posibilidad de extinguir la acción que preveía el régimen anterior. A partir de la nueva disposición, tan sólo el obligado que haya regularizado espontáneamente su situación fiscal, cumpliendo las

obligaciones que se le atribuyen como evadidas, puede quedar exento de responsabilidad penal, y conseguir que se declare extinguida la acción penal en la órbita jurisdiccional competente, es decir, si su pretensión de exonerarse no derivó de una inspección iniciada, de la observación formulada por la repartición fiscalizadora, o de una denuncia presentada por la misma u otra persona, vinculadas directa o indirectamente con su situación de contribuyente; d) se impide a los contribuyentes infractores el otorgamiento de la suspensión del proceso penal a prueba, reconocido en los arts. 76 bis a 76 quater del Código Penal; e) se crea una nueva hipótesis delictual destinada a quienes modifiquen o adulteren sistemas informáticos y/o controladores fiscales¹⁷; f) se establecen sanciones para la persona de existencia ideal, cuando los hechos previstos en la mentada ley hubieren sido realizados en nombre o con la intervención de dichos sujetos; las penalidades podrán imponerse de manera conjunta o alternativa¹⁸.

XI. La ley 26738 (B.O. 7/4/12) derogó la disposición que habilitaba al avenimiento como vía de extinción en los delitos contra la integridad sexual, colocando en sustitución la que posibilita el ejercicio de la acción penal pública, por parte de la víctima, con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas.

XII. Valga clausurar el informe con una buena noticia. Por decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 678/12, fechado el 7 de Mayo del corriente año, se creó la Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación, presidida por el prestigioso jurista y magistrado Eugenio Raúl Zaffaroni. Es de esperar que la iniciativa rinda frutos, para restituir coherencia a un cuerpo de leyes de tamaño importancia institucional.

Notas

1 Los docentes de la UBA, abogados Solange Llinás y Diego Gustavo Barroetaveña, colaboraron en la recopilación del material legislativo para este informe; el Profesor Barroetaveña también aportó elementos para su redacción final.

2 Conforme al artículo 1° de la nueva norma, que modifica el art. 32 de la Ley de Ejecución de las Penas Privativas de Libertad (L. 24660 - B.O. 16/7/96), son beneficiarios de esa modalidad de cumplimiento de la pena el «interno enfermo, cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario»; el «interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal»; el «interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel»; el «interno mayor de setenta (70) años; «la mujer embarazada» y «la madre de un niño

menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo». Vale acotar, respecto de estas dos últimas circunstancias, que resultó decisiva para su inclusión la gestión interinstitucional concretada por la Defensoría General de la Nación.

3 La propia ley 26472, mediante su artículo 4°, modifica el art. 10 del Código Penal, estatuyendo los seis casos mencionados como pasibles de conversión en detención domiciliaria a criterio del juez competente.

4 Art. 2 de la nueva ley, modificatorio del art. 33 de la Ley de Ejecución. En consonancia con esas prescripciones, caras al principio de humanidad de las penas, la ley prevé la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención, para el caso de revocación de la prisión domiciliaria, conversión de la pena de multa en prisión, revocación de condenación condicional por incumplimiento de las reglas de conducta impuestas, revocación de la libertad condicional por violación de la obligación de residencia y en el supuesto en que la pena de efectivo cumplimiento no supere los seis meses al momento de la sentencia definitiva. A través del artículo 5° de la nueva ley, se modifica el art. 502 del Código Procesal Penal, previendo la supervisión profesional de la medida y vedando la intervención de la autoridad policial o de seguridad.

5 Dado lo extenso de tales reformas, me veo obligado a remitir al lector al sitio oficial de información legislativa : www.infoleg.gov.ar Insertando allí el número de la norma y la fecha de publicación de la misma, ambos expresados en este informe, se accederá al texto completo de la ley.

6 Se incluyen en dicho artículo las siguientes figuras: «homicidio (artículo 79 del Código Penal), homicidio agravado (artículo 80 del Código Penal), violación (artículo 119 del Código Penal), violación seguida de muerte (artículo 124 del Código Penal), privación ilegal de la libertad calificada (artículo 142 bis del Código Penal), sustracción de menores (artículo 146 del Código Penal), secuestro extorsivo (artículo 170 del Código Penal), los tipificados en los artículos 5°, 6° y 7° de la Ley N.º 23.737 (estupefacientes), robo a entidades bancarias, o en el encubrimiento de cualquiera de éstos (artículo 277 del Código Penal); y en todos aquellos delitos que, por su gravedad o complejidad, justifiquen la recompensa para el suministro de información»

7 Coincido en este tópico con Giacomo Gavazzi, quien advierte que «la vieja premialidad vuelve al escenario del Derecho, pero se encuentra con un socio, el incentivo, que tiene y persigue intereses bien distintos» («Diritto premiale e diritto promozionale», en VV.AA.: «Diritto premiale e sistema penale», Milano, Giuffrè, 1983, p. 52).

8 La figura se completa con otro elemento indeseable en un Derecho Penal auténticamente democrático y liberal: la introducción del secreto respecto de la identidad de la persona que suministre la información, antes, durante y después de finalizado el proceso judicial (art. 5°).

9 Al excluirse del beneficio a los funcionarios o empleados públicos y al personal que pertenezca o hubiere pertenecido a alguna de las fuerzas de seguridad u organismos de inteligencia del Estado (art. 7°) se intenta, al menos, neutralizar uno de los efectos indeseables del utilitario sistema de recompensas instaurado.

10 Se trata del artículo 142 ter: «Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a

una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre. La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida».

11 Artículo 194 bis: «El Juez, de oficio o a pedido de parte, deberá apartar a las fuerzas de seguridad que intervengan en la investigación cuando de las circunstancias de la causa surja que miembros de las mismas pudieran estar involucrados como autores o partícipes de los hechos que se investigan, aunque la situación sea de mera sospecha». Artículo 215 bis CPPN: «El Juez no podrá disponer el archivo de las causas en que se investigue el delito previsto en el artículo 142 ter del Código Penal, hasta tanto la persona no sea hallada o restituida su identidad. Igual impedimento rige para el Ministerio Público Fiscal».

12 Artículo 279: «1) Si la escala penal prevista para el delito precedente fuera menor que la establecida en las disposiciones de este capítulo, será aplicable al caso la escala penal del delito precedente; 2) Si el delito precedente no estuviera amenazado con pena privativa de libertad, se aplicará a su encubrimiento multa de un mil (1.000) pesos a veinte mil (20.000) pesos o la escala penal del delito precedente, si ésta fuera menor; 3) Cuando el autor de los hechos descriptos en los incisos 1 o 3 del artículo 277 fuera un funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requieran habilitación especial; 4) Las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión».

13 La considerable extensión de los tres artículos me fuerzan a invitar al lector a procurar el texto completo en el sitio oficial de información legislativa mencionado en la nota 5, insertando para obtenerlo el número de la norma y la fecha de publicación de la misma, arriba expresados. Cabe anticipar que la nueva norma tipifica el lavado de activos como delito autónomo dentro del Código Penal, desvinculándolo del mero encubrimiento.

14 Las dimensiones del anexo correspondiente obligan nuevamente a remitir al lector al sitio oficial de información legislativa (v. notas 5 y 13), al que se puede ingresar señalando el número de la norma y la fecha de su publicación arriba consignados.

15 Art. 41 quinquies: «Cuando alguno de los delitos previstos en este Código hubiere sido cometido con la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, la escala se incrementará en el doble del mínimo y el máximo. Las agravantes previstas en este artículo no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieran lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional». Esta salvedad no tranquiliza a los críticos de la

norma, que ven en ella la posibilidad de expandir su proyección sobre expresiones de protesta social.

16 Cuadra recordar que el proceso inflacionario había generado que las mentadas cuantías, que databan del año 1997, es decir cuando aún se hallaba en vigor la ley de convertibilidad, se encontraran desactualizadas.

17 Se agrega el art. 12 bis que sanciona con pena de uno a cuatro años de prisión, el que modificare o adulterare los sistemas informáticos o equipos electrónicos, suministrados u homologados por el fisco nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre y cuando dicha conducta fuere susceptible de provocar perjuicio y no configurare un delito más severamente penado.

18 Pueden consistir en multa de dos a diez veces la deuda verificada, suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrán exceder los cinco años, suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales, cancelación de la personería, pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere, y publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona de existencia ideal.

Brasil

Fábio Ramazzini Bechara

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.

Promotor de Justiça em São Paulo.

1. Introdução

A legislação penal e processual penal brasileira constituiu uma pauta sempre presente na agenda parlamentar nacional, que embora muitas vezes seja concebida para a resolução de problemas pontuais e de curto prazo, sempre suscita importantes reflexões.

Tão importante quanto relacionar as alterações ocorridas no período de 2009 a 2012, é destacar os principais projetos e anteprojetos de lei que buscam promover mudanças significativas no sistema vigente.

Nesse sentido, o presente relatório estará dividido em duas partes, notadamente, as alterações legislativas e as propostas de alteração legislativa.

2. Das alterações legislativas

No tocante à legislação penal, pode-se destacar a alteração da parte geral do Código Penal no capítulo da prescrição, em que a nova redação deixou de computar para fins de contagem de prazo prescricional o lapso entre a data do fato e o início da ação penal (Lei n. 12.234/2010/art. 110 do Código Penal).

Já na parte especial, o capítulo dos crimes contra os costumes sofreu uma importante inovação, a começar pela mudança da nomenclatura do capítulo, passando a

denominar crimes contra a dignidade sexual. A principal novidade foi a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor no mesmo tipo penal, como crime único. A grande discussão em relação à mudança refere-se à responsabilidade do agente que pratica o coito vaginal e outros atos libidinosos, hipótese em que pela nova redação haverá crime único e não concurso de crimes, como anteriormente. Outra questão a ser ressaltada nesse caso é que a exposição de motivos da lei que alterou o Código Penal ressalva a importância de adequar a legislação brasileira ao Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, o qual prevê o estupro e o atentado violento ao pudor como crime único (Lei n. 12.015/2009/artigos 213, 214, 218-A, 218-B, 224, 225, 229, 230, 231, 231-A, 234-A, 234-B, 234-C).

Mais recentemente outra modificação de destaque refere-se às fraudes cometidas em concursos públicos, cujo motivo foi exatamente os frequentes vazamentos de informações sigilosas que quebraram a igualdade de participação e competição (Lei n. 12.550/2011/artigo 311-A).

Quanto à legislação processual penal o movimento reformista busca cada vez mais adequar o ordenamento vigente ao modelo constitucional cuja matriz é os tratados internacionais de direitos humanos, notadamente a Declaração Universal de 1948 e a Convenção Interamericana de Direitos Cívicos e Políticos de 1962, de modo a prestigiar a oralidade dos atos, a participação ativa das partes na formação da prova, a dialética judicial, o protagonismo da vítima, a independência e imparcialidade do juiz, o uso seletivo e proporcional da prisão cautelar às hipóteses com efetiva e maior gravidade, o interrogatório do réu por videoconferência, dentre outros. Nesse sentido as leis n. 11.689/2008 (artigos 406 a 497), 11.690/2008 (artigos 155 a 159), 11.719/2008 (artigos 394 a 405), 11.900/2009 (artigo 185) e 12.403/2011 (artigos 282 a 350).

3. Projetos e anteprojetos de lei em andamento

No que se refere aos anteprojetos e projetos de lei em andamento ou discussão merece inicialmente destaque a reforma do Código de Processo Penal e a reforma do Código Penal.

No ano de 2010 o Senado Federal criou uma comissão de juristas que elaborou o anteprojeto que cria o novo Código de Processo Penal. Esta iniciativa foi formalmente transformada em projeto de lei e aprovada em dois turnos no Senado Federal, encontrando-se atualmente em discussão na Câmara dos Deputados. Dentre os temas tratados no texto apresentado, sem dúvida algu-

ma a grande inovação é a criação do denominado juiz de garantias, cuja competência se restringe à fase de investigação, afastando ou mesmo mitigando, a possibilidade de prejulgamento (Projeto de Lei n. 8046/2010).

Quanto à reforma do Código Penal há dois movimentos paralelos. O primeiro na Câmara dos Deputados, em que foi criada uma comissão formada por juristas e entidades com o objetivo de apresentar uma proposta de adequação das penas previstas na legislação penal comum e especial. O segundo no Senado Federal, em que foi criada uma comissão de juristas com o objetivo de apresentar um novo projeto de Código Penal, cujo conteúdo contemple a atual legislação penal especial, bem como outros tipos penais que não possuem regulação, como o terrorismo, por exemplo. Esta comissão discute ainda a possibilidade de revogação da lei de contravenções penais, que descreve as infrações de menor gravidade, transformando em crime somente algumas condutas.

Para além da alteração dos códigos, é importante salientar os anteprojetos e projetos de lei que procuram adequar a legislação brasileira às Convenções das Nações Contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo) e contra a Corrupção (Mérida).

Nesse sentido:

- a) Projeto de lei n. 6578/2009, que tipifica como crime a organização criminosa, e ao mesmo tempo define regras processuais próprias e proporcionais à sua gravidade, com destaque para a colaboração premiada, a infiltração de agentes, dentre outros; a proposta confere ao tema do crime organizado, um regime jurídico próprio, o que é saudável e necessário em vista não se tratar de uma questão convencional ou comum. Importante consignar a inovação contida no texto no tocante à colaboração processual, na medida em que possibilita ao Ministério Público, em determinadas situações e observados certos critérios, não ajuizar a ação penal contra o colaborador; trata-se de inovação que introduz novos mecanismos de negociação no sistema processual penal brasileiro;
- b) Projeto de lei n. 3443/2008, que altera a lei de lavagem de dinheiro de modo a admitir qualquer infração penal como crime antecedente, além, de dispor expressamente sobre o financiamento ao terrorismo;
- c) Anteprojeto de lei que cria a ação civil de perdimento de bens, também denominada ação de extinção de domínio, cujo objetivo é alcançar os bens de origem ilícita obtidos pelos criminosos, principalmente aqueles envolvidos em organizações criminosas, ainda que na posse de terceiros;

d) Anteprojeto de lei que busca adequar os tipos penais no Brasil às convenções sobre corrupção, criando, por exemplo, o crime de enriquecimento sem causa;

e) Projeto de lei 2902/2011, que altera o Código de Processo Penal no capítulo das medidas cautelares de natureza real, simplificando a designação para medida de indisponibilidade de bens, ampliando a possibilidade de alienação cautelar, e regulando a administração judicial.

f) Projeto de lei n. 6826/2010, que trata da responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas envolvidas com atos de corrupção.

4. Conclusão

Todas as modificações e propostas de alteração legislativa, que acima foram citadas, não esgotam, por óbvio, todo o universo de preocupações em torno do sistema jurídico brasileiro, contudo, é de se ressaltar que a construção normativa tem se pautado pela preocupação de ajustar a legislação em vigor aos novos tempos, com particular destaque para com os compromissos internacionais assumidos, bem como pelo constante diálogo com a sociedade e com as instituições direta e indiretamente ligadas ao sistema de justiça. Tal modelo tem gerado avanços significativos, embora sempre presente a percepção quanto à necessidade de aperfeiçoamento.

Colombia

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Profesor de las Universidades Santo Tomás de Bogotá y Católica de Colombia

La normativa «sustancial» y «procesal» durante los años 2009 a 2012 ha sido objeto de bastantes modificaciones, particularmente como consecuencia de la importancia que cada vez se le otorga más a la víctima, sobre todo frente a delitos sexuales y de maltrato en general; como resultado de la *onda* que más se transfiere por las vías de comunicación; por los temas de moda; por aquello que requiere ambientación para justificar severidad punitiva escandalosa; y, por supuesto, consecuencia de las coyunturas, por ejemplo la detección de un «submarino» con estupefacientes y la aprehensión de un joven que con sus computadoras penetraba la intimidad de parientes de personas muy importantes en el país. Aquí sintetizamos las principales disposiciones penales de los últimos años. No se agota la lista. Simplemente se resumen la de mayor trascendencia.

1. Ley 1273, del 5 de enero del 2009 (Diario Oficial N.º 47223). Especialmente hace lo siguiente:

1.1. Adiciona el Libro II del Código Penal —Parte Especial— con el Título VII (Bis), denominado «De la protección de la información y de los datos». Agrega este articulado al Título señalado [artículo 1º]:

Capítulo Primero. De los atentados contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y de los sistemas informáticos.

Artículo 269 A. Acceso abusivo a un sistema informático. El que, sin autorización o por fuera de lo acordado, acceda en todo o en parte a un sistema informático protegido o no con una medida de seguridad, o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 269 B. Obstaculización ilegítima de sistema informático o red de telecomunicación. El que, sin estar facultado para ello, impida u obstaculice el funcionamiento o el acceso normal a un sistema informático, a los datos informáticos allí contenidos, o a una red de telecomunicaciones, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con una pena mayor.

Artículo 269 C. Interceptación de datos informáticos. El que, sin orden judicial previa intercepte datos informáticos en su origen, destino o en el interior de un sistema informático, o las emisiones electromagnéticas provenientes de un sistema informático que los transporte incurrirá en pena de prisión de treinta y seis (36) a setenta y dos (72) meses.

Artículo 269 D. Daño Informático. El que, sin estar facultado para ello, destruya, dañe, borre, deteriore, altere o suprima datos informáticos, o un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes lógicos, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 269 E. Uso de software malicioso. El que, sin estar facultado para ello, produzca, trafique, adquiera, distribuya, venda, envíe, introduzca o extraiga del territorio nacional software malicioso u otros programas de computación de efectos dañinos, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 269 F. Violación de datos personales. El que, sin estar facultado para ello, con provecho propio o de un tercero, obtenga, compile, sustraiga, ofrezca, venda, intercambie, envíe, compre, intercepte, divulgue, modifique o emplee códigos personales, datos personales contenidos en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 269 G. Suplantación de sitios web para capturar datos personales. El que con objeto ilícito y sin estar facultado para ello, diseñe, desarrolle, trafique, venda, ejecute, programe o envíe páginas electrónicas, enlaces o ventanas emergentes, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa y seis (96) meses y en multa de 100 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena más grave.

En la misma sanción incurrirá el que modifique el sistema de resolución de nombres de dominio, de tal manera que haga entrar al usuario a una IP diferente en la creencia de que acceda a su banco o a otro sitio personal o de confianza, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena más grave.

La pena señalada en los dos incisos anteriores se agravará de una tercera parte a la mitad, si para consumarlo el agente ha reclutado víctimas en la cadena del delito.

Artículo 269 H. Circunstancias de agravación punitiva: Las penas imponibles de acuerdo con los artículos descritos en este título, se aumentarán de la mitad a las tres cuartas partes si la conducta se cometiere:

1) Sobre redes o sistemas informáticos o de comunicaciones estatales u oficiales o del sector financiero, nacionales o extranjeros. 2) Por servidor público en ejercicio de sus funciones. 3) Aprovechando la confianza depositada por el poseedor de la información o por quien tuviere un vínculo contractual con este. 4) Revelando o dando a conocer el contenido de la información en perjuicio de otro. 5) Obteniendo provecho para sí o para un tercero. 6) Con fines terroristas o generando riesgo para la seguridad o defensa nacional. 7) Utilizando como instrumento a un tercero de buena fe. 8) Si quien incurre en estas conductas es el responsable de la administración, manejo o control de dicha información, además se le impondrá hasta por tres años, la pena de inhabilitación para el ejercicio de profesión relacionada con sistemas de información procesada con equipos computacionales.

Capítulo Segundo. De los atentados informáticos y otras infracciones.

Artículo 269 I. Hurto por medios informáticos y semejantes. El que, superando medidas de seguridad informáticas, realice la conducta señalada en el artículo 239¹ manipulando un sistema informático, una red de sistema electrónico, telemático u otro medio semejante, o suplantando a un usuario ante los sistemas de autenticación y de autorización establecidos, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 240 de este Código.

Artículo 269 J. Transferencia no consentida de activos. El que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consiga la transferencia no consentida de cualquier activo en perjuicio de un tercero, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena más grave, incurrirá en pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento veinte (120) meses y en multa de 200 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La misma sanción se le impondrá a quien fabrique, introduzca, posea o facilite programa de computador destinado a la comisión del delito descrito en el inciso anterior, o de una estafa.

Si la conducta descrita en los dos incisos anteriores tuviere una cuantía superior a 200 salarios mínimos legales mensuales, la sanción allí señalada se incrementará en la mitad.

1.2. Adiciona un numeral al artículo 58 del Código Penal, norma que relaciona las 16 causales genéricas de mayor punibilidad. Añade este texto:

17. Cuando para la realización de las conductas punibles se utilicen medios informáticos, electrónicos o telemáticos.

1.3. En su artículo 3°, adiciona el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal para entregar a los jueces penales municipales el conocimiento de los ilícitos definidos en el citado Título VII Bis (N.º 6°).

1.4. Y su artículo 4° deroga todas las disposiciones contrarias a su texto, especialmente el contenido del artículo 195 del Código Penal, que describía el delito de *acceso abusivo a un sistema informático* con estas palabras: «El que abusivamente se introduzca en un sistema informático protegido con medida de seguridad o se mantenga contra la voluntad de quien tiene derecho a excluirlo, incurrirá en multa».

2. Ley 1311, del 9 de julio del 2009 (Diario Oficial N.º 47405)

Agrega dos tipos penales al Capítulo II (Tráfico de estupefacientes y otras infracciones) del Título XIII

(Delitos contra la salud pública) del Libro II del Código Penal (Parte Especial). Las definiciones nuevas son estas:

Artículo 377 A. Uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles. El que sin permiso de la autoridad competente financie, construya, almacene, comercialice, transporte, adquiera o utilice semisumergible o sumergible, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. Para la aplicación de la presente ley, se entenderá por semisumergible o sumergible, la nave susceptible de moverse en el agua con o sin propulsión propia, inclusive las plataformas, cuyas características permiten la inmersión total o parcial. Se exceptúan los elementos y herramientas destinados a la pesca artesanal.

Artículo 377 B. Circunstancias de agravación punitiva. Si la nave semisumergible o sumergible es utilizada para almacenar, transportar o vender, sustancia estupefaciente, insumos necesarios para su fabricación o es usada como medio para la comisión de actos delictivos la pena será de ocho (8) a catorce (14) años y multa de setenta mil (70.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un Servidor Público o quien haya sido miembro de la Fuerza Pública.

3. Ley 1312, del 9 de julio del 2009. (Diario oficial N.º 47405), que reforma el principio de oportunidad establecido en la Ley 906 del 2004, último Código de Procedimiento Penal que se ha elaborado en Colombia. Dispone:

Artículo 1º. El artículo 323 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Aplicación del principio de oportunidad. La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de

la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

Artículo 2º. El artículo 324 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1) Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público. Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior. 2) Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia. 3) Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada. 4) Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. 5) Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial. En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio. 6) Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción. 7) Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas. 8) Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado. 9) En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico fun-

cional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes. 10) En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio. 11) Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social. 12) Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social. 13) Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse. 14) Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito. 15) Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad. 16) Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización². *Parágrafo.* En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas. *Parágrafo 2º.* La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proférica por el Fiscal General de la Nación o por quien él delegue de manera especial para el efecto. *Parágrafo 3º.* No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra

o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años³. *Parágrafo 4º*. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

Artículo 3º. El artículo 325 de la Ley 906 de 2004, quedará así: *Suspensión del procedimiento a prueba*. El imputado o acusado, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba, de la misma forma en que lo pueden hacer las personas simplemente imputadas, mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en la forma inmediata o a plazos, en el marco de la justicia restaurativa.

Presentada la solicitud, individual o colectiva, el Fiscal consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a los principios de justicia restaurativa establecida en este Código. Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.

Parágrafo. El Fiscal podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia al ejercicio de la acción penal.

Artículo 4º. El artículo 326 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Condiciones a cumplir durante el periodo de prueba. El Fiscal fijará el período de prueba, el cual no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una o varias de las condiciones que deberán cumplir el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de juzgamiento, entre las siguientes: a) Residir en un lugar determinado e informar al Fiscal del conocimiento cualquier cambio del mismo. b) Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de superar problemas de dependencia a drogas o bebidas alcohólicas. c) Prestar servicios a favor de instituciones que se dediquen al trabajo social a favor de la comunidad. d) Someterse a un tratamiento médico o psicológico. e) No poseer o portar armas de fuego. f) No conducir vehículos auto-

motores, naves o aeronaves. g) La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley. h) La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas. i) La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento. j) La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa. k) La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social. l) La dejación efectiva de las armas y la manifestación expresa de no participar en actos delictuales. m) La cooperación activa y efectiva para evitar la continuidad en la ejecución del delito, la comisión de otros delitos y la desarticulación de bandas criminales, redes de narcotráfico, grupos al margen de la ley, o, aquellas organizaciones vinculadas con los delitos a los que hace referencia el parágrafo 2º del artículo 324.

Parágrafo. Durante el periodo de prueba el imputado o acusado hasta antes de la audiencia deberá someterse a la vigilancia que el fiscal determine sin menoscabo de su dignidad. Vencido el periodo de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal solicitará el archivo definitivo de la actuación de acuerdo a lo reglamentado en el artículo siguiente.

Artículo 5º. El artículo 327 de la Ley 906 de 2004 quedará así:

Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano.

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

4. Ley 1326, del 15 de julio del 2009 (Diario Oficial N.º 47411), que modifica el artículo 110 del Código Penal, que alude a las circunstancias de agravación punitiva del homicidio culposo. Dice:

La pena prevista en el artículo anterior (definición de homicidio culposo) se aumentará: 1) Si al momento

de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena. 2) Si el agente abandona sin justa causa el lugar de la comisión de la conducta, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena. 3) Si al momento de cometer la conducta el agente no tiene licencia de conducción o le ha sido suspendida por autoridad de tránsito, la pena se aumentará de una sexta parte a la mitad. 4) Si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando pasajeros o carga pesada sin el lleno de los requisitos legales, la pena se aumentará de una cuarta parte a tres cuartas partes. 5) Si al momento de los hechos el agente se encontraba transportando niños o ancianos sin el cumplimiento de los requisitos legales, la pena se aumentará de una cuarta parte a tres cuartas partes⁴.

5. Ley 1329 del 13 de julio del 2009 (Diario Oficial N.º 47413), sobre delitos sexuales

5.1. Crea el tipo penal de proxenetismo con menor de edad, así:

Artículo 213 A. El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero, o para satisfacer los deseos sexuales de otro, organice, facilite o participe de cualquier forma en el comercio carnal o la explotación sexual de otra persona menor de 18 años, incurrirá en prisión de 14 a 25 años y multa de 67 a 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5.2. Adiciona la «Explotación sexual» con el artículo 217 A del Código Penal, con este texto:

Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad. El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de 14 a 25 años.

Parágrafo. El consentimiento dado por la víctima menor de 18 años, no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

La pena se agravará de una tercera parte a la mitad: 1) Si la conducta se ejecuta por un turista o viajero nacional o extranjero. 2) Si la conducta constituyere matrimonio o convivencia, servil o forzado. 3) Si la conducta es cometida por un miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley. 4) Si la conducta se comete sobre persona menor de 14 años de edad. 5) El responsable sea integrante de la familia de la víctima.

5.3. Su artículo 4º. modifica el artículo 219 A del Código Penal. Queda así:

Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años. El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de 10 a 14 años y multa de 67 a 750 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años.

6. Ley 1357 del 13 de julio del 2009, que hace modificaciones al Código Penal, así:

6.1. En su artículo 1º modifica la definición que del delito de captación masiva y habitual de dineros plasmaba el artículo 316 del Código Penal. Ahora es esta:

El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si para dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social u otros de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte.

6.2. El artículo 2º adiciona el Código Penal con el artículo 316 A, del siguiente tenor:

Independientemente de la sanción a que se haga acreedor el sujeto activo de la conducta por el hecho de la captación masiva y habitual, quien habiendo captado recursos del público, no los reintegre, por esta sola conducta incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6.3. El artículo 3º modifica el artículo 325 del Código Penal, que describía el delito de omisión de control. Su actual redacción es la siguiente: El miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una institución financiera o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico

co para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6.4. Agrega otro artículo al Código Penal. El 325, con el nombre de *Omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo*. Dice: Aquellos sujetos sometidos a control de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) que deliberadamente omitan el cumplimiento de los reportes a esta entidad para las transacciones en efectivo o para la movilización o para el almacenamiento de dinero en efectivo, incurrirán, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se exceptúan de lo dispuesto en el presente artículo quienes tengan el carácter de miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de instituciones financieras o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, a quienes se aplicará lo dispuesto en el artículo 325⁵ del presente Capítulo.

7. Ley 1421 del 21 de diciembre del 2010 (Diario Oficial N.º 47930)

Esta amplia norma, vinculada con la justicia «restaurativa» y con la justicia «transicional» para Colombia, con los desmovilizados de los grupos armados y con los «beneficios» que se otorgan a algunos procesados relacionados con esta temática, fundamentalmente hace lo siguiente:

7.1. Prorroga por cuatro años la vigencia de varias disposiciones inherentes a los asuntos mencionados, por ejemplo las Leyes 418 de 1997, 782 del 2002, 1106 del 2006 (artículo 1º).

7.2. Define los «Grupos armados al margen de la Ley», conforme a los cánones del Derecho Internacional Humanitario.

7.3. Define al miembro-representante de los grupos armados: aquella persona que es designada por el grupo para participar en los diálogos, negociación o suscripción de acuerdos con el Gobierno Nacional o sus delegados.

7.4. Niega todo beneficio a los condenados por reclutamiento ilícito de menores de edad (artículo 14), y por otros factores, por ejemplo, cuando se cometen delitos con posterioridad a la desmovilización.

7.5. Prevé el indulto por delitos políticos.

8. Ley 1426, del 29 de diciembre del 2010

Establece la prescripción de la acción penal en 30 años respecto de los delitos de genocidio, desplazamiento forzado, desaparición forzada, tortura y homicidio en miembro de organización sindical, defensor de derechos humanos y en periodista. Y agrava el homicidio y el secuestro extorsivo cuando tiene como objeto de la acción a servidores públicos, periodistas, jueces de paz, defensores de derechos humanos, miembros de organizaciones sindicales, políticos y religiosos.

9. Ley 1453 del 24 de junio del 2011

Esta Ley, constituida por 111 artículos, es casi un Código Regulator por modificación, adición o agregado, de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y de la Infancia - Adolescencia, así como de la normativa sobre extinción del derecho de dominio. En esencia, aumenta penas, crea unos tipos penales, amplía términos procesales y reduce posibilidades liberatorias. Se ocupa de muchos temas, en especial de estos: vigilancia de la detención domiciliaria; vigilancia electrónica; registro nacional de órdenes de captura; registro nacional de permisos para porte de armas; tráfico de menores; uso de menores para cometer delitos; utilización ilícita de redes de comunicaciones; usurpación fraudulenta de inmuebles; empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos; tráfico de estupefacientes; simulación de investidura o cargo; financiación de terrenos; favorecimiento de la fuga; enajenación ilegal de medicamentos; violación de los derechos de reunión y asociación; comercialización de autopartes usadas; reducción de beneficios y subrogados; recursos naturales; manejo y uso ilícito de organismos, microorganismos y elementos genéticamente modificados; manejo ilícito de especies exóticas; lavado de activos; violencia contra empleados oficiales; reglas sobre la multa; función de control de garantías; duración del procedimiento penal; registros y allanamientos; vigilancia y seguimiento de personas; flagrancia; libertad «provisional»; protección de testigos; extradición simplificada; extinción del dominio; infancia-adolescencia, etc.

10. Ley 1482 del 30 de noviembre del 2011, cuyo objeto es garantizar la protección de los derechos de la persona, de grupos de personas, de comunidades o pueblos, de aquellos actos de racismo o de discriminación. Establece:

10.1. Dentro del Título I del Libro II de la Parte Especial del Código Penal, introduce el Capítulo

Noveno, bajo el nombre «De los actos de discriminación».

10.2. Crea estas normas penales:

Artículo 134 A. Actos de Racismo o discriminación.

El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 134 B. Hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología, política, u origen nacional, étnico o cultural. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

Artículo 134 C. Las penas previstas en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando: 1) La conducta se ejecute en espacio público, establecimiento público o lugar abierto al público. 2) La conducta se ejecute a través de la utilización de medios de comunicación de difusión masiva. 3) La conducta se realice por servidor público. 4) La conducta se efectúe por causa o con ocasión de la prestación de un servicio público. 5) La conducta se dirija contra niño, niña, adolescente, persona de la tercera edad o adulto mayor. 6) La conducta esté orientada a negar o restringir derechos laborales.

Artículo 134 D. Las penas previstas en los artículos anteriores, se reducirán en una tercera parte cuando: 1) El sindicado o imputado se retracte públicamente de manera verbal y escrita de la conducta por la cual se le investiga. 2) Se dé cumplimiento a la prestación del servicio que se denegaba.

10.3. Modifica el artículo 102 del Código Penal, que queda así: El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien, promuevan, el genocidio o el antisemitismo o de alguna forma lo justifiquen o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funcio-

nes públicas de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses.

Notas

1 El artículo 239 del Código Penal define el delito de hurto como el apoderamiento de cosa mueble ajena con el propósito de obtención de provecho ilícito para el autor o un tercero.

2 La norma adoptaba otro numeral, el 17, referido a los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley, pero la Corte Constitucional lo declaró inexecutable mediante Sentencia C-936 del 23 de noviembre del 2010.

3 Este párrafo fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-936 del 23 de noviembre del 2010, en el entendido que también comprende las graves violaciones de derechos humanos.

4 La Ley añade los tres últimos numerales. Los dos primeros han sido tradicionales en Colombia como causales de agravación.

5 Que define el delito de Omisión de control, atrás transcrito.

Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora

Aspectos legales

Durante el período estudiado y con posterioridad a las reformas denominadas Ley 8754 «Contra la Delincuencia Organizada», Ley 8720 «Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, Reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal» y Ley 8696 «Reforma Parcial de la Ley de Tránsito por vías públicas terrestres N.º 7331 y Normas Conexas» todas referidas ya en un anterior reporte para esta sección de la Revista Penal se promulgó en nuestro país una reforma a las normas relacionadas con el recurso de casación penal que reviste una importancia trascendental.

Esta ley denominada «Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal» (número 8837 de 29 de abril de 2010) fue el resultado de la condenatoria que contra Costa Rica dictó la Corte Interamericana de Derechos Humanos por carecer de un recurso que permitiera el examen integral de una sentencia penal.

El dictado de dicha condenatoria se dictó dentro del proceso que el periodista Mauricio Herrera Ulloa amparado por el poderosísimo periódico La Nación para el que trabajaba interpuso contra el estado costarricense al ser condenado por el delito de injurias por la prensa, a raíz de una serie de reportajes sobre la figura de un

diplomático de nuestro gobierno acreditado en un país europeo.

Dicha condena ratificada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a la sazón instancia encargada de conocer los recursos de casación por el delito mencionado fue elevada ante el susodicho tribunal internacional alegándose que ese recurso de casación (único recurso ordinario existente en ese momento en la legislación nacional para recurrir las sentencias de instancia) no permitía un examen integral de la sentencia y en ese tanto violaba la garantía contenida en el artículo 8 párrafo segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra el derecho de toda persona inculpada de cometer un delito de lograr el examen de su fallo por un tribunal de alzada.

La condena del alto tribunal sobre derechos humanos obligó a una reforma legal que indistintamente del nombre que quisiera darle al mecanismo de impugnación de la sentencia penal garantizara ese requisito del examen integral de la sentencia, algo que por demás nunca fue definido por la mencionada Corte Interamericana.

En todo caso el estado costarricense promulga la ya mencionada ley con redacción de altos personeros del Poder Judicial cuyos detalles más importantes son los siguientes.

Se reformula el régimen impugnatorio contra la sentencia penal desdoblando el existente Recurso de Casación en el nuevo Recurso de Apelación y el nuevo Recurso de Casación. A partir del 9 de diciembre de 2011 —fecha en que entró a regir la nueva legislación luego de un período de vacancia legislativa de aproximadamente año y medio que tenía la finalidad de organizar toda la logística necesaria para la puesta en marcha del proyecto (incluyendo la capacitación de los funcionarios penales— desaparecen los Tribunales de Casación Penal que estudiaban los recursos de casación contra las sentencias dictadas en procesos abreviados, juicios por los delitos de Infracción a la Ley de Psicotrópicos, delitos de agresión sexual y delitos sancionados con penas no mayores a cinco años de prisión y se convierten —dichos tribunales— en los nuevos Tribunales de Apelación de la Sentencia Penal que conocerán de los recursos de apelación contra todo tipo de sentencias dictadas en fase de juicio por cualquier clase de delito.

A su vez la Sala de Casación Penal que conocía los existentes recursos de casación contra las restantes sentencias vuelve a ser el único tribunal encargado en efecto de la casación que ahora será un nuevo recurso que se permite únicamente contra las sentencias dictadas por los Tribunales de Apelación de la Sentencia

Penal cuando en el dictado de las mismas se haya vulnerado alguna norma procedimental o cuando exista jurisprudencia contradictoria, ya sea por comparación de precedentes dictados entre los propios Tribunales de Apelación de la Sentencia Penal (existen cuatro en todo el país) o por comparación de precedentes de estos con los dictados por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a los motivos para recurrir en apelación y con la finalidad de permitir el examen integral de la sentencia desaparece el existente artículo 369 del Código Procesal Penal que enumeraba lo que se consideraban vicios de la sentencia que permitían la anterior casación, y se sustituye por el actual 460 que pretende consagrar una apertura total por la vía de señalar la posibilidad de presentar el nuevo recurso de apelación por razones de inconformidad con la determinación de los hechos, la incorporación y valoración de la prueba, la fundamentación jurídica o la fijación de la pena.

Se disciplina en la nueva legislación la posibilidad de ofrecer prueba en apelación cuando el motivo del recurso sea contradecir la forma en que según los registros se celebró un determinado acto procesal. De igual forma se podrá ofrecer prueba nueva relacionada incluso con los hechos objeto del juicio siempre y cuando la misma fuera arbitrariamente rechazada, la que aparezca como novedosa luego de haberse dictado la sentencia o la que aunque existente desde antes de la sentencia no estuviera en posibilidad de ser ofrecida por la parte en su momento.

De igual forma se podrán examinar los registros de las pruebas producidas en el juicio y por excepción se podrá reproducir la prueba testimonial durante la fase de apelación si existe duda sobre el alcance de sus manifestaciones.

De sumo interés es hacer ver que la legislación en comentario también modificó lo relativo al Recurso de Revisión eliminando la causal por violación al Debido Proceso, la cual resultaba ser el sustento para la inmensa mayoría de recursos presentados volviendo al antiguo régimen que reducía la posibilidad de este recurso para los casos de falsedad de la prueba demostrada con posterioridad a la sentencia, declaratoria de prevaricato u otros delitos cometidos por los jueces sentenciadores, descubrimiento de nueva prueba o nuevos hechos, inconciabilidad de los hechos tenidos por probados con los de otra sentencia o por la aprobación de reformas legales que despenalicen o rebajen la pena del hecho juzgado.

No está de más hacer ver que en vista de que la mencionada causal del debido proceso se encontraba conte-

nida en la Ley de la Jurisdicción Constitucional que se trata de una ley de aprobación calificada, se hizo necesario recurrir a un trámite adicional para lograr la definitiva eliminación de la misma algo que contó con toda la voluntad política de los impulsores de la legislación en comentario y de los diputados que la aprobaron.

En igual sentido se eliminó la garantía de doble conformidad que impedía al Ministerio Público impugnar la segunda sentencia absolutoria que se hubiera dictado por los mismos hechos en favor de una persona.

Como su nombre lo indica esta ley reformó también aspectos que llamaríamos menores del procedimiento en comparación con los cambios ya reseñados pero que también resultan de interés para el perfil de reflexión criminológica que intentamos imprimirlo siempre a estos reportes nuestros, como son aspectos relativos al trámite oral de los recursos tramitados durante las fases preparatoria e intermedia, la interrupción de la prescripción y la prórroga del plazo de prisión preventiva.

Aspectos criminológicos

La condena en contra de Costa Rica por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cayó como un balde de agua fría en los círculos académicos y políticos de un país como el nuestro con una cierta dosis de chauvinismo cuando se trata de hablar del tema del respeto a los derechos humanos y al ambiente. Esto más el convencimiento de las altas esferas judiciales y políticas costarricenses de que tanto la legislación existente en nuestro país sobre el anterior recurso de casación —que había tendido hacia su desformalización— como la aplicación de la misma en la práctica cumplían de sobra con los requerimientos del Pacto de San José, implicaron que la reforma legal en comentario requiriera un cierto trabajo de parto.

En rigor de verdad debe además decirse que la Corte Interamericana ni en su sentencia ni en otras resoluciones propias del proceso de seguimiento a la reforma que realizaba el país, clarificó nunca que debía entenderse por examen integral del fallo.

En este contexto en el foro nacional y sobre todo entre los antiguos jueces de casación hoy convertidos en jueces de apelación de la sentencia penal es muy común la opinión de que lo único que hubo fue un cambio de nombres y lo que se ha llamado «un fraude de etiquetas», en igual sentido pero en voz baja se hace sentir un rumor que dice que después de varios intentos de convencer a la Corte Interamericana de que nuestro país sí cumplía con lo exigido por la Convención Americana

la nueva nomenclatura fue la única forma de lograr su aprobación; nueva nomenclatura que en la realidad no cambiaría en mucho el disciplinamiento que ya existía respecto a la impugnación de la sentencia penal.

Lo que sí es cierto es que el sector que redactó, defendió e impulsó la nueva legislación —conformado por juristas de entre lo más connotado del Poder Judicial— aprovechó la coyuntura para asestar un golpe mortal contra dos garantías del proceso que definitivamente no se encontraban a tono con la campaña de ley y orden en que se constituye la actual política criminal en nuestro país y a la que venimos haciendo referencia sistemáticamente desde hace tiempo en todos nuestros reportes para esta publicación.

En efecto en primer lugar el Principio de Doble Conformidad que limitaba a dos oportunidades la persecución penal que la fiscalía podía intentar contra una persona por la vía de impedirle la impugnación de una sentencia absolutoria, y que evidentemente reflejaba un postulado de persecución criminal racional no podía ser mantenido en un contexto en que todas las posiciones garantistas son neutralizadas con el anatema de la impunidad y en el que el llamado populismo punitivo receta más derecho penal a diestra y siniestra.

En segundo lugar la reforma logró deshacerse de la muy incómoda —para el poder constituido— causal de revisión llamada del debido proceso, según la cual por la vía de aquel recurso extraordinario podían reclamarse cualesquiera atentados contra las garantías procesales acaecidas durante la tramitación de un proceso. Desde hace más de cinco años las voces más conservadoras dentro del Poder Judicial se quejaban de que la mencionada causal atentaba contra la seguridad jurídica y resultaba muy onerosa para el estado costarricense que debía costear el constante y prácticamente interminable reexamen de causas penales por denuncias de violación a los derechos de los ciudadanos.

De nada valió el alegato de que más importante que la seguridad jurídica lo es la correcta y legítima resolución de los casos debiendo imperar —si es que hay un conflicto entre ellos— lo cumplido de la justicia que lo pronta de la misma, ni la constatación de la enorme cantidad de recursos declarados con lugar; algo que evidenciaba entonces la necesidad de un mecanismo que sin límites temporales permitiera la corrección de errores cuyo resultado es el encarcelamiento de seres humanos.

En cuanto a la aplicación práctica de la nueva legislación y el comportamiento que tendrán los tribunales en cuanto a la apertura para realmente permitir y llevar

a cabo un examen integral del fallo, el tiempo de aplicación de dicha legislación es aun muy corto (apenas si llega a los cuatro meses) como para poder identificar una tendencia.

Sin embargo dos hechos podrían servir de nefasto punto de referencia para destruir algunas esperanzas.

Por una parte durante las charlas oficiales de capacitación dirigidas por la Escuela Judicial del Poder Judicial a los jueces de instancia y a aquellos que tendrán que fungir como jueces de apelación de la sentencia penal, actividades de capacitación dirigidas por personas de la mayor vinculación al proceso de promulgación de la ley en comentario, se hizo hincapié por una parte de que el nuevo Recurso de Apelación de la Sentencia no era una doble instancia por lo cual en modo alguno tenía siquiera que acercarse a lo que pudiera significar un nuevo juicio y por la otra de que la prueba nueva o la reproducción en instancia de apelación de aquella producida durante el juicio era una posibilidad excepcional. Enseñanzas estas dos que obviamente van dirigidas en el sentido de impulsar una aplicación restringida de las posibilidades que algunos podían ver en el nuevo recurso.

El segundo hecho tiene que ver con la posición adoptada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en relación con la posibilidad de convertir anteriores recursos de casación no resueltos al momento de entrar en vigencia la Ley de Apelación de la Sentencia Penal en nuevos recursos de apelación.

Esta posibilidad que se encuentra consagrada en la mencionada ley para aquellos casos en que durante el período de vacancia legislativa el recurrente hubiera alegado que la inexistencia del recurso de apelación le violentaba su derecho consagrado en el artículo 8 párrafo segundo de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha sido interpretada por aquella Sala —ante quien deberían presentarse las conversiones en aquellos recursos de casación que según la anterior ley le correspondía a la misma conocer— de manera restrictiva y ritual sosteniendo que el impugnante no sólo tenía que alegar la vulneración del derecho al examen integral del fallo sino que además tiene la obligación de demostrar la diferencia que implica que su recurso sea analizado como casación y no como apelación y concretar en qué consiste el agravio.

Ante esta posición la Defensa Pública de Costa Rica ha presentado una acción de inconstitucionalidad al amparo de la posibilidad que se tiene de presentar una acción de este tipo contra jurisprudencia reiterada de los tribunales. A la espera de que esa gestión sea resuelta por la Sala Constitucional es lo cierto que de

momento cabría pensar que «si por la víspera se saca el día» el interés oficial de la cúpula judicial es que impere el formalismo y enviar un mensaje de interpretación restrictiva sobre los alcances de la nueva legislación.

España

Prof^a Dra. Elena Núñez Castaño

Universidad de Sevilla

El período transcurrido entre 2009 y 2012 se centra en dos reformas esenciales en materia penal, la producida por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de Marzo que establece una nueva regulación respecto del delito de aborto y de los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, y la derivada de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de reforma del Código penal, en la que se acomete una extensa y profunda reforma de la regulación penal existente hasta ese momento marcando una tendencia hacia el endurecimiento de las penas y una mayor amplitud y severidad de las figuras delictivas. 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 más adecuado sería centrarse en la enumeración y breve análisis de las reformas más importantes en esta materia.

1. Reformas de la Parte General del Derecho Penal

Son numerosas y diversas las reformas que la LO 5/2010 incorpora a la Parte General del Código penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la introducción y modificación de nuevas circunstancias atenuantes y agravantes, la introducción del «período de seguridad», de la libertad vigilada y modificaciones en materia de comiso y de prescripción.

A) Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el art. 31 bis Cp:

La reforma efectuada por la LO 5/2010, introduce el art. 31 bis CP, en el que se recoge la directa e independiente (aunque derivada) responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos realizados por las personas físicas que la componen, siempre que se hayan cometido *en nombre* o *por cuenta* de la persona jurídica y *en su provecho*. Este precepto recoge un modelo de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas que establece un *sistema de doble vía* de imputación de los delitos cometidos:

- por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, siempre que hayan sido cometidos en su nombre o por su cuenta y en su provecho (art. 31 bis 1, párrafo primero CP). Se trata de un supuesto de *responsabilidad por representación*, que se deriva de la actuación de determinados sujetos con facultades para obligar a la persona jurídica, siempre que actúen en beneficio de la misma.
- en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica, por quienes, estando sometidos a la autoridad de los representantes legales o administradores de hecho o de derecho (esto es, los empleados o subordinados), han podido realizar los hechos *por no haberse ejercido* sobre ellos *el debido control* (art. 31 bis 1, párrafo segundo CP). Se trata de un caso de *culpa in vigilando*, derivado de un defecto de organización que implica la infracción del deber de control.

B) Novedades en materia de circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal:

En materia de circunstancias atenuantes la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio introduce la *dilación extraordinaria o indebida en la tramitación del procedimiento* (art. 21.6 CP) que, para poder ser apreciada, requiere: que el retraso en la tramitación tenga carácter extraordinario, que no guarde proporción con la complejidad de la causa, y que no sea atribuible a la conducta del propio imputado.

Junto con ella, en materia de circunstancias atenuantes se establecen una serie de circunstancias aplicables a las personas jurídicas, así, según el art. 31 bis 4 del Cp, serían: confesar la infracción a las autoridades, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos, haber procedido, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral, a reparar o disminuir el daño causado por el delito y, haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Por lo que se refiere a las circunstancias agravantes, la LO 5/2010, amplía y modifica la redacción del art. 22.4 Cp relativa a la *discriminación*, introduciendo un nuevo concepto: la *identidad sexual*, haciendo refe-

rencia al sentimiento de pertenencia a uno u otro sexo. Además, se sustituye el término «minusvalía» por el de *discapacidad*.

C) Reformas en materia de consecuencias jurídicas:

En el caso de penas privativas de libertad superiores a cinco años, se instaura el denominado *período de seguridad* (exigencia de cumplimiento de al menos la mitad de la condena antes de obtener la clasificación en tercer grado), que resulta obligado en determinados delitos considerados de extrema gravedad (terrorismo, relativos a organizaciones y grupos terroristas, cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, delitos sexuales contra menores y delitos de corrupción y prostitución de menores de trece años) (art. 36.2 Cp). En el caso de delitos menos graves, se elimina el *automatismo* y se concede margen al arbitrio judicial.

Se modifica la pena de *localización permanente*, que adquiere mayor importancia y protagonismo en virtud del art. 37 del Código penal, pasando su duración máxima de doce días a seis meses, permitiéndose la utilización de dispositivos y sistemas electrónicos de localización.

En materia de *comiso* se produce una importante reforma del art. 127 del Código penal, siendo las novedades más llamativas la introducción de la posibilidad del que el Juez acuerde el comiso para los delitos imprudentes sancionados con pena superior a un año, y el denominado *comiso ampliado* (art. 127.1.2). De este modo, se podrá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal, entendiéndose que el patrimonio cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales se entenderá que proviene de una actividad delictiva.

Se introduce la medida de *libertad vigilada* cuyas características, régimen y posibilidades se detallan en el art. 106 CP y consiste en el sometimiento del condenado a control judicial por medio de una serie de obligaciones o prohibiciones: Se trata de una medida que puede imponerse conforme a un doble régimen:

- Con carácter potestativo por el Juez o Tribunal: Podrá imponerla de forma razonada en los casos previstos en los arts. 101 a 104 CP cuando imponga la medida privativa de libertad o durante su ejecución (art. 105 CP).
- Con carácter obligatorio: En los casos previstos expresamente por la ley (art. 105 CP y 106.2). En estos casos opera, en definitiva, como un instru-

mento de control posterior a la excarcelación de quienes han cumplido una pena de prisión y son, por ello, totalmente imputables.

En cuanto a la duración, si bien en general es de cinco años, alcanza los diez años en determinados supuestos previstos por el Código penal, como es el caso de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 192 CP).

D) Modificaciones en materia de prescripción:

La LO 5/2010 introduce diversas novedades en materia de prescripción de los delitos y de penas. En primer lugar se establece que no prescribirán los delitos ni las penas en los supuestos de terrorismo a que hayan causado la muerte a una persona (art. 131.4 segundo párrafo y art. 133.2 párrafo segundo del Cp). Junto a ello, se introduce un apartado 5 en el art. 131 relativo a la prescripción en el caso de concurso de delitos, estableciendo que el plazo de prescripción corresponde al del delito más grave. Por último, introduce una serie de reglas en materia de interrupción de la prescripción.

2. Reformas de la Parte Especial del Derecho Penal

En relación con las reformas de la Parte Especial del Derecho penal durante el periodo entre 2009 y 2012, la primera reseña corresponde a la introducida en materia del delito de aborto realizada por la LO 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*; posteriormente, la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, modifica la regulación de numerosas figuras delictivas e introduce otras muchas de nuevo cuño. Haremos referencia a las más importantes o novedosas dada la imposibilidad de analizar todas ellas.

A) Modificación de figuras delictivas ya existentes:

1. Delito de aborto

La principal novedad de la reforma introducida por la LO 2/2010, de 3 de marzo, ha sido la introducción en nuestra legislación de un *sistema de plazos*, en sustitución del tradicional sistema de indicaciones existente hasta ese momento. De este modo, el legislador introduce seguridad jurídica en relación con los límites de la permisibilidad en la práctica. Así, se deroga expresamente el sistema de indicaciones regulado en el art. 417 bis del Código penal de 1973, y la LO 2/2010 en su art. 14, establece que antes de las *14 primeras semanas* de gestación se podrá interrumpir voluntariamente el

embarazo, siempre que se cumplan determinados requisitos formales.

2. Delito de Trata de personas

La LO 5/2010, ha creado un nuevo Título en el Código penal, el VII bis, con un único artículo, el 177 bis, donde se regula la trata de personas o trata de seres humanos. Con ello, al sacar esta figura delictiva de los delitos contra los derechos de los trabajos y de los derechos de los ciudadanos extranjeros, se está diseñando un tratamiento penal separado de dos criminalidades perfectamente diferenciadas, como son el delito de trata de seres humanos y el delito de inmigración clandestina e ilegal. Sobre esta base, en el nuevo art. 177 bis se regula la prohibición de la trata de seres humanos como atentado contra la dignidad y libertad de las personas, que convierte al ser humano en mera mercancía objeto de explotación comercial. Por ello, el legislador de 2010 ha considerado adecuado ubicarlo entre los bienes jurídicos individuales.

La conducta consiste en un conjunto de actividades destinadas a la organización de la captación o traslado de personas, así como el auxilio a la trata que consista en el acogimiento, recepción y alojamiento de las víctimas, siempre que sean realizadas mediante la utilización de violencia, intimidación, engaño o abusos de distinto tipo.

3. Delitos contra la libertad sexual

Aunque no es la única que afecta a esta materia, la principal reforma en materia de libertad sexual realizada por la LO 5/2010, ha sido la creación de un Capítulo II bis en el Título VIII, denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años», donde, en el art. 183, se reunifican todos los comportamientos delictivos que impliquen un ataque contra la indemnidad sexual de los menores de trece años. De este modo, se establece un paralelismo con las conductas de agresión y abuso sexual reguladas en los arts. 178 a 182, con el elemento diferenciador que todas las contenidas en el art. 183 del Código penal tienen en común que el sujeto pasivo de las mismas es un menor de 13 años.

Esta unificación de los delitos sexuales con víctima menor, permite el incremento de la pena en relación con los mismos comportamientos relativos a mayores de 13 años, al tiempo que concurre en todos los supuestos una presunción *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento, incluso en los casos en los que haya sido el menor quien hubiera provocado el contacto sexual.

4. Delitos patrimoniales

También son variadas las modificaciones que la LO 5/2010 realiza respecto de los delitos patrimoniales. Sin embargo como mas relevantes podemos señalar, la modificación del denominado *hurto habitual*, regulado en el segundo párrafo del art. 234 del Código penal, castigando como tal la comisión de *tres faltas de hurto* en el plazo de un años (a diferencia de las cuatro que exigía la regulación anterior). Además se introduce un nuevo *tipo cualificado*, en el art. 235.5, que agrava la pena para aquellos que hayan *empleado a menores de catorce años para la comisión del hecho*. Su fundamento se encuentra en la proliferación de supuestos en que sujetos mayores de edad utilizan y manipulan a los menores para que realicen actos delictivos aprovechándose de que no podrán ser objeto de reproche penal.

En relación con el delito de *estafa*, la LO 5/2010, introdujo un nuevo tipo defraudatorio en el apartado c) del art. 248.2 del Código penal, consistente en la realización de una estafa mediante la utilización de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje. Así, se castiga la utilización de estos medios de pago, o los *datos obrantes en los mismos*, para la realización de operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero.

Tras la modificación que se ha producido en el seno de las *falsedades documentales*, donde se incluye un nuevo art. 399 bis, que sanciona la falsificación de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje, se producirán importantes problemas concursales entre ambas figuras delictivas, fundamentalmente de concurso de leyes, a resolver por el principio de alternatividad.

Por último, podemos señalar como modificación relevante en el ámbito de los delitos patrimoniales, la introducción en el art. 264 del Código penal, los *daños en archivos o programas informáticos*, respondiendo con ello a la DM 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información. Por tanto, se sancionaría el ataque realizado por cualquier medio o procedimiento y sin autorización que borrarse, dañase, deteriorase, suprimiese o hiciese inaccesibles los datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, un sistema informático ajeno o cualquier tipo de datos informáticos almacenados o transmitidos en aparatos y redes; no es preciso que este ataque afecte al funcionamiento del sistema. Por otra parte, el apartado segundo del art. 264 castiga la obstaculización o interrupción de un sistema informático ajeno, esto es, la funcionalidad del mismo, de manera que resulte inoperativo.

4. Cohecho

La reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio ha venido a simplificar la regulación de los delitos de cohecho. Se unifican todas las variedades de cohecho pasivo propio en el art. 419 de Código penal, sancionándolas con una única pena, mientras que el cohecho activo propio se contiene en el art. 424. El cohecho impropio se regula en los arts. 420 del Código penal (pasivo) y 424 (activo). El art. 422 del Código penal regula la aceptación de regalos, mientras que el art. 421 sanciona lo que se ha denominado como *cohecho subsiguiente*.

5. Modificaciones en materia de delitos de organización

Tras la reforma realizada por la LO 5/2010, se incorporan dos nuevos capítulos en el Título XXII («Delitos contra el orden público»): el Capítulo VI «De las organizaciones y grupos criminales», y el Capítulo VII, «De las organizaciones y grupos terroristas y los delitos de terrorismo». Se han derogado los arts. 515.2 y 516, dentro de los delitos de asociación ilícita, que hacían referencia al terrorismo. La subsistencia del delito de asociación ilícita en el art. 515 puede plantear serios problemas de delimitación respecto de las organizaciones y grupos criminales de los arts. 570 bis, ter y quater.

Respecto del *delito de organización criminal*, es preciso señalar que se sanciona a quienes promuevan, constituyan, organicen o coordinen una organización criminal, y con menor pena la participación activa en la misma o la cooperación. Se trata de un delito de mera actividad, no siendo preciso que se realice ningún hecho delictivo, basta con la constitución de la misma.

Por lo que se refiere a las *Organizaciones y grupos terroristas*, la reforma ofrece una interpretación auténtica de lo que por tal debe entenderse en el art. 571.3 del Código penal, siendo uno de sus elementos esencial el ánimo tendencial de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Se castiga tanto a los organizadores y dirigentes como a los integrantes o partícipes.

Dentro de los concretos delitos de terrorismo, se incorpora en el art. 576 bis, una nueva figura delictiva, el delito de *financiación del terrorismo*, que castiga la recolección, aportación o allegar fondos, tanto de manera directa como indirecta, planteando serios problemas concursales tanto respecto al art. 575 (financiación económica de las actividades terroristas) como al 576 (colaboración con organizaciones y grupos terroristas) del Código penal.

B) Introducción de nuevos tipos penales:

1. Trasplante de órganos

La reforma operada por la LO 5/2010 introdujo en el Código penal el art. 156 bis que castiga las conductas relacionadas con el tráfico de órganos humanos. Así, la conducta regulada consiste en *promover, favorecer, facilitar o publicitar la obtención o tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o su trasplante*. Con ello se equiparan tanto las formas de autoría como de participación, y formas consumadas con actos preparatorios, como pudiera ser la publicidad. Las penas de este nuevo delito se gradúan atendiendo a la condición de principal o no del órgano. Si es órgano principal, se impondrá una pena de prisión de seis a doce años; y si es no principal, de tres a seis años.

2. Nuevas conductas de acoso

Entre las modificaciones introducidas en la parte especial por la LO 5/2010, destacan por novedosas las referidas a la introducción de nuevas modalidades de acoso, como el acoso inmobiliario, el acoso laboral y el acoso a menores o *grooming*.

Así, el *acoso laboral*, se introduce en el párrafo segundo del art. 173.1, dentro de los delitos contra la integridad moral, y consiste en el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Ello exige una vinculación laboral o funcional entre los sujetos activo y pasivo, y que la conducta se realice prevaliéndose de su relación de superioridad.

El párrafo 3º del art. 173.1 del Código penal, regula el nuevo delito de *acoso inmobiliario*, mediante el cual una persona ejerce un conjunto de comportamientos caracterizados por una violencia psicológica, aplicada de forma sistemática durante un periodo de tiempo sobre otra persona con el fin de impedir que pueda disfrutar del bien inmueble libremente.

El art. 183 bis, en sede de delitos contra la libertad sexual, introduce el delito de acoso a menores o *child grooming*. Tal como se encuentra configurado, en realidad se trata de un delito preparatorio de otro delito sexual más grave; de este modo se castigan acciones deliberadamente emprendidas por un adulto, utilizando medios tecnológicos virtuales, teléfono o cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, encaminadas a concertar un encuentro con el menor con el fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los arts. 179 a 183 y 189 del Código penal.

3. Corrupción privada

La LO 5/2010, incorpora al texto penal un nuevo artículo, el 286 bis, que se integra como artículo único de la Sección Cuarta del Capítulo XI del Título XIII, intitulada «De la corrupción entre particulares», sin precedente en nuestra legislación. Así, el legislador ha considerado oportuno sancionar la corrupción, más allá de la que afecta a funcionarios públicos, en dos ocasiones: aquella que tiene lugar en competiciones deportivas y la corrupción entre privados, conducta que antes podía ser considerada un comportamiento de competencia desleal y por tanto sujeto a la Ley de Competencia Desleal. La corrupción entre privados responde a la misma estructura que los delitos de cohecho de funcionarios públicos. Existen dos modalidades independientes, la activa (art. 286 bis 1 CP) en el que un tercero intenta corromper al directivo, administrador, empleado o colaborador acepta su oferta de corrupción y la pasiva (art. 286 bis 2 CP) en el que la empleado acepta la oferta de corrupción o toma el la iniciativa.

Al mismo tiempo se introduce en el apartado 4 del art. 286 bis, la *corrupción en actividades deportivas profesionales*. Con ello se trata de proteger un bien jurídico de estructura similar a la competencia leal, el juego limpio dentro de las competiciones deportivas, con el fin de proteger un resultado que derive del respeto a estas reglas. Su estructura es similar a la del cohecho y la corrupción entre privados, pero la diferencia se encuentra en los sujetos activos que en este caso serían los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces.

4. Estafa de inversores

La reforma del 2010 incorpora una nueva figura típica en el art. 282 bis, denominada **fraude o estafa de inversores**. Según señala la Exposición de motivos de la LO 5/2010, la incorporación de este comportamiento típico responde al cumplimiento de las disposiciones de la Directiva 2003/06/CE del Parlamento europeo y del Consejo, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, y de la Directiva 2004/109/CE, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado. En relación con el art. 282 bis hay que señalar que, en mi opinión, no constituye ningún delito de estafa por cuanto no responde plenamente a su estructura típica. Así, aunque existe engaño, sin embargo no se da ni error, ni desplazamiento

to patrimonial y perjuicio, que estén conectados entre sí en relación de causalidad. Se trata de una figura que responde a una estructura similar a la contenida en el delito de falseamiento de documentos sociales del art. 290 del Código penal, de manera que el tipo básico se configura como un delito de peligro consistente en el falseamiento de determinados documentos e información, y el tipo cualificado, se fundamenta en la concurrencia de un efectivo perjuicio patrimonial.

5. Delito de piratería

La L.O. 5/2010, de 22 de junio, introdujo un nuevo Capítulo en el Título XXIV del Libro II, el Capítulo V, dedicado al *Delito de piratería*, incorporando los arts. 616 ter y 616 quater, encaminados a dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. La regulación realizada por el legislador de 2010 no realiza distinción alguna en relación a que los hechos sean cometidos en aguas españolas o extranjeras, nacionales o de jurisdicción internacional, siendo el objeto material del delito las aeronaves, buques o cualquier otro tipo de embarcación o plataforma en el mar. Las conductas reguladas consisten en apoderamiento, daños, destrucción de cualquiera de los objetos materiales, atentar contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de los mismos, y resistencia o desobediencia en los casos de prevención o persecución.

Además de las reformas expuesta, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio ha modificado muchas otras figuras delictivas como las falsedades de tarjetas de crédito o débito y los cheques de viaje, el delito urbanístico, descubrimiento y revelación de secretos mediante el acceso a sistemas informáticos ajenos, propiedad intelectual, la ejecución de penas y medidas de seguridad, etc., que por razones de espacio resulta imposible analizar en este momento.

Honduras

Dra. Angie A. Arce Acuña

Doctora en Derecho Penal

Introducción I

El Código Penal Hondureño encuentra sus antecedente en las Siete Partidas de Don Alfonso X el Sabio, El primer Código Penal de Honduras fue emitido el 27 de agosto de 1880, como parte de la reforma liberal efectuada durante el gobierno del Presidente Marco

Aurelio Soto, y derogó la legislación penal contenida en las Siete Partidas de Don Alfonso X el Sabio, el Código Penal de 1880 fue derogado por el Código Penal de Honduras de 1899, promulgado el 29 de julio de 1898, seguidamente en la historia aparece el Código Penal de 1895, 1906, 1984 que es el actual que ha sufrido varias reformas, de las cuales se analizarán las efectuadas entre el año 2006-2009.

Por su parte el Código Procesal Penal encuentra igualmente sus orígenes en las Siete Partidas de Don Alfonso X el Sabio, y el primero código que se instauró fue el *Código de Procedimientos de Honduras de 1899*, años después el *Código de Instrucción Criminal de Honduras de 1904*, seguido del *Código Procesal Penal de Honduras de 1985*, y en febrero de 2002, se promulga un nuevo Código Procesal Penal.

En los últimos dos años el Congreso apostado por una serie de reformas en materia de seguridad ciudadana, evasión tributaria, y violación a derechos de autor, debido al aumento de la criminalidad y la evasión. De igual manera se promueve por parte del gobierno reformas al Código Procesal Penal en aspectos como autorizar allanamientos las 24 horas al día, no limitarlo de las seis de la mañana a seis de la tarde. Asimismo, ampliar de seis a doce días el tiempo para inquirir, así como incrementar de 24 a 72 horas el tiempo para presentar a los tribunales a un capturado in fraganti. Se socializa condenar a cadena perpetua a quienes asesinen a jueces, fiscales, pastores, abogados y periodistas,

Sin embargo estos planteamientos no se han concretado ya que existen grupos de derechos humanos que se oponen a los mismos, no existiendo aun una aprobación en el seno del Congreso. Por otro lado se sostiene como una de las propuestas más importantes reformas al Código Penal y Tributario, que debe existir una regulación adecuada y que sea totalmente acorde con las necesidades del país y de cada ciudadano en materia de recaudación de impuestos. Se esta impulsando una ley anti evasión fiscal con el fin de poner un limite a todos estos delitos. Sin embargo al igual que las reformas en materia de seguridad no se ha logrado concretar aun.

A) Reformas al Código Penal

El Decreto 14-2006 de 21 de marzo del 2006, reforma por adición los artículo 248, 366 y adiciona el 248 B- y el 248-C así como el 366-A contenido en el Decreto 144-83 del 23 de agosto de 1983. La reforma al artículo 248, se refiere a la violación al derecho de autor y derechos conexos, donde se agrega el siguiente párrafo al artículo 248 existente «*En las mismas penas*

incurrirá, quien importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización».

El catorce de mayo de 2008 se reformo el artículo 9 del Código Penal, del 335^a-335L, donde se viene a fortalecer todo lo que tiene que ver con financiamiento del terrorismo.

Por su parte se agrega un artículo 248B respecto a la evasión de medidas tecnológicas efectivas que indica: *En las mismas penas del artículo 248 incurrirá, quien sin autorización de los respectivos titulares del derecho de autor y de los derechos conexos eluda evada cualquier medida tecnológica efectiva que controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución, o fonograma, u otra materia objeto de protección.* Por su parte el artículo 248C que trata de Violación a información sobre gestión de derechos reza: *« En las mismas penas del artículo 248 incurrirá, quien con el fin de lograr una ventaja comercial o ganancia financiera privada y a sabiendas que este acto podrá inducir, permitir, facilitar o encubrir una infracción de un derecho de autor o derecho conexas: 1) A sabiendas suprima o altera cualquier información sobre gestión de derechos o 2) Distribuya, importe para su distribución, transmita, comunique o ponga a disposición del público o copias de obras, interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, teniendo conocimiento que la información sobre gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización del titular del derecho».*

El artículo 366 del mismo cuerpo de ley viene a tutelar lo referente al soborno domestico que hace ilusión cuando este delito ocurre en el territorio nacional regulando la conducta de la siguiente manera: *«Cualquier persona natural que ofrezca u otorgue intencionalmente, directa o indirectamente a un funcionarios publico, o una persona que desempeñe funciones publicas, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio como favores, promesas o ventajas para sí mismo, u otra persona, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones publicas, será sancionado con reclusión de cinco a siete años más inhabilitación absoluta por el doble de tiempo que dure la reclusión sin perjuicio de la pena aplicable al delito cometido en razón de la dádiva o promesa. La persona natural que ayude, instigue i conspire en la comisión de los actos descritos en el párrafo anterior, será sancionado con la mitad del tiempo de reclusión más inhabilitación con la mitad del tiempo de reclusión más inhabilitación especial igual al tiempo que dure la reclusión.*

Las personas jurídicas que participen en cualquiera de los actos descritos anteriormente serán sancionadas de acuerdo a lo siguiente:

1) Sanciones establecidas en el párrafo segundo del artículo 369-C del Código Penal

2) Multa de cien mil a un millón de lempiras dependiendo de la gravedad del acto o el doble del beneficio obtenido o 3) Una combinación de ambas.

Lo anterior establecido para las personas jurídicas se aplica sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34-A del presente Código.

Las personas que de buena fe denuncien los actos de corrupción descritos anteriormente, serán protegidas por las autoridades correspondientes».

Se regula además el soborno cuando este es cometido fuera del territorio regulando la conducta de la siguiente manera: *Cualquier persona natural sujeta a jurisdicción hondureña. Que ofrezca, prometa otorgue cualquier ventaja pecuniaria o de otra índole, directa o indirectamente a funcionarios público de otro Estado u organización internacional, para ese funcionario o para otra persona con el fin de que dicho funcionario actuó o se abstenga de actuar en la ejecución de sus funciones oficiales, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida de naturaleza económica o comercial, será sancionado con reclusión de cinco a siete años, más inhabilitaron especial igual al tiempo que dure la reclusión.*

La persona natural que ayude, instigue o conspire en la comisión de los actos descritos en el párrafo anterior, serán sancionadas con la mitad del tiempo de reclusión más inhabilitación especial igual al tiempo que dure la reclusión.

Las personas jurídicas sujetas a la jurisdicción hondureña que participen en cualquiera de los a descritos anteriormente serán sancionadas de acuerdo a lo siguiente:

1) Las sanciones establecidas en el párrafo segundo del artículo 369-C del Código Penal.

2) Multa de cien mil a un millón de lempiras dependiendo de la gravedad del acto o el doble beneficio obtenido.

3) Una combinación de ambas.

Lo anterior establecido para las personas jurídicas se aplica sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34-A del presente código.

Reformas al Código Procesal Penal.

En cuanto al Código Procesal penal se proponen varias reformas por decreto N.º 9-99-E del 20 de

mayo de 2000, la primera de ellas el artículo 26 referente acciones públicas dependientes de instancia particular modificando el inciso ocho que dice: *Los siguientes delitos solo podrán ser perseguidos por el Ministerio Público a instancia de la víctima* 8) *Los relativos a la propiedad intelectual o industrial y a los derechos de autor, excepto por lo establecido en el Artículo 26-A.*

Se modifica el artículo 26-A que trata sobre la acción pública para preservar pruebas que dice «*Con el propósito de preservar pruebas y prevenir la continuación de la actividad infractora, podrán investigar o tomarse otras medidas de observación de oficio sin necesidad de una denuncia formal de un privado o titular del derecho, los casos de presunta falsificación de marcas o piratería lesiva de derecho de autor.*»

De igual manera se reforma el Artículo 219-A. Donde se propone la incautación, decomiso y destrucción de mercancía falsificada o pirateada donde se proponen las siguientes medidas: 1) *La incautación de la mercancía presuntamente falsificada o pirateada, todos los materiales y accesorios utilizados para la comisión del delito, todo activo relacionado con la actividad infractora y toda evidencia documental relevante al delito. Los materiales sujetos a incautación en dicha orden judicial no requerirán ser identificados individualmente siempre y cuando entren en las categorías generales especificadas en la orden:*

2) *El decomiso de todo activo relacionado con la actividad infractora*

4) *El decomiso y destrucción de toda mercancía falsificada o que infrinja el derecho de autor o derecho conexos, sin compensación alguna al demandado, con el fin de evitar su ingreso con los canales comerciales,*

5) *El decomiso y destrucción de los materiales e implementos utilizados en la creación de la mercancía infractora.*

Otras Reformas Penales de Importancia

Reforma los artículos 248 y 366 del Código Penal y agrega los artículos 248-B, 248-C y 366-A sobre violación al derecho de autor y derechos conexos, evasión de medidas tecnológicamente efectivas, violación a información sobre gestión de derechos, soborno doméstico y soborno transnacional. Asimismo, reforma el artículo 26 numeral 8 y adiciona los artículos 26-A y 219-A del Código Procesal Penal, sobre acciones públicas dependientes de instancia particular, acción pública para preservar pruebas e incauta-

ción, decomiso y destrucción de mercancía falsificada o pirateada.

Además de las reformas que se hacen al Código Penal y Procesal Penal, se fortalece la normativa penal a través de convenios de cooperación y en materia de lavado de activos. Todos estos cambios y necesidades de regulación e implementación en materia penal surgen sin lugar a dudas de la realidad que hoy por hoy vive este país, y como forma de ejercer una política criminal adecuada, siendo que la lucha contra la delincuencia, el narcotráfico en todos sus ámbitos es necesario, y por ser uno de los flagelos que más golpea esta nación es que se firman estos convenios, El Decreto 81-2006 de 06 de septiembre del 2006 contiene la firma de la *Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, tratado que promueva entre los países firmantes una cooperación mutua en contra del delito, y que hasta ahora Honduras procede a firmar.*

En este mismo sentido y por Decreto 152-2006, se firma el Tratado sobre asistencia jurídica mutua en materia penal entre Honduras y Los Estados Unidos de América, donde se comprometen a colaborar mutuamente en investigaciones y denuncias penales, trata de ayudar para reunir evidencias, proveer información, documentos y otros archivos, así como localización de personas y objetos entre otras cosas que facilitan la investigación en materia penal y lograr disminuir los índices de impunidad.

Por su parte y siempre tendiente a fortalecer las normas penales el Decreto 3-2008 del 14 de marzo del 2008, reforma Artículo 37,38, 39, 44 y 45 Ley contra el Delito de Lavado de activos, estas reformas están dirigidas en la creación de la unidad de información financiera como dependencia de la comisión nacional de Bancos y Seguros y en la que el Ministerio Público contará con un representante permanente con el propósito de recibir, analizar y consolidar la información en reportes de transacciones en efectivo. De los formularios que reciba de las instituciones o personas obligadas por ley. De igual forma el artículo 37 reforma amplia una lista de las instituciones que estarán sujetas a supervisión que no estaban antes contemplados.

Conclusión

En este último año para la Legislación Hondureña lo que se da es una serie de propuestas que pretenden regular lo referente a materia de seguridad ciudadana, prisión preventiva, homicidio de funcionarios públicos, como ampliación de allanamientos, sin embargo a estas propuestas y a las necesidades que presenta el país, no

ha existido un consenso, siendo que las reformas de los últimos años se enfocan a los delitos en derechos de autor, tecnológicos, terrorismo entre los más destacados.

Por otro lado el tema Tributario y Fiscal, preocupa grandemente a Honduras donde a pesar de que existen propuestas y proyectos por los conflictos políticos y de intereses de distintos sectores no se ha podido concretar una reforma.

Sin embargo no se descarta que estas reformas al Código Penal y Código Procesal Penal puedan concretarse en este año.

Italia

Olmo Artale

(Universidad de Módena y Reggio Emilia)

Nicola Santi

(Universidad de Bolonia)¹

1. Introducción

El trienio 2009-2012 se ha caracterizado por el abandono por parte del legislador italiano de todo intento de reforma orgánica de la materia penal, tanto sustancial como procesal, confirmando la tendencia constante de la política criminal italiana a la realización de *numerosas y fragmentarias reformas del Código penal, carentes de un diseño unitario y realizadas principalmente como respuesta a factores contingentes*.

2. Parte general: circunstancias del delito

El artículo 61 CP regula las *circunstancias agravantes comunes*, las cuales conllevan la agravación de un tercio de la pena. La Ley 199/2010, de 16 de noviembre, conocida como «vaciacárceles» («*svuotacarceri*»), en un contexto de medidas contra la sobrepoblación carcelaria, regula también una nueva circunstancia agravante aplicable a quien cometa un delito no imprudente «durante el periodo en el que hubiera sido dictada una medida alternativa a la encarcelación». La previsión se debe a la preocupación del legislador en relación a la prevista salida del sistema penitenciario de un elevado número de sujetos, beneficiarios de las nuevas medidas alternativas a la prisión.

Por otra parte, el apartado 11° del citado artículo 61 CP ha sido objeto de una declaración de inconstitucionalidad por parte de la Corte constitucional. Dicho apartado había sido introducido por la Ley 125/2008, de 24 de julio, y preveía la agravación de la pena para aquellos sujetos que hubieran cometido un delito mientras se encontra-

ban «ilegalmente sobre el territorio nacional»². La Corte ha confirmado en su sentencia la violación por parte de dicha norma de los artículos 3 y 25 de la Constitución italiana y ha procedido a la eliminación de la misma³.

Moviéndonos a la materia de *circunstancias atenuantes*, es necesario dar cuenta de la intervención del Tribunal constitucional respecto al apartado 2° del art. 62 bis CP. Dicho apartado, modificado por la Ley 251/2005, de 5 de diciembre, conocida como «*pacchetto sicurezza*», introducía un límite a la concesión de las circunstancias atenuantes genéricas respecto a los reincidentes reiterados que hubiesen cometido delitos de particular gravedad. En particular, el juez no podía aplicar la atenuante cuando esta dependiese de la reducida intensidad del dolo durante la comisión del delito o del comportamiento del autor contemporáneo o sucesivo a la comisión del hecho⁴. La Corte constitucional ha declarado la incompatibilidad de esta norma respecto con el sistema constitucional italiano afirmando que «es inconstitucional, por violación del principio de razonabilidad y de la finalidad reeducativa de la pena, [...] en la parte en la que establece que, a fines de aplicación del apartado 1° del mismo artículo, no se puede tener en cuenta la conducta del reo subsiguiente al delito»⁴.

3. Parte especial: medio ambiente

La *materia ambiental y de la gestión de los residuos* está disciplinada en Italia principalmente por el llamado Código del Medio Ambiente («*Codice dell'ambiente*»), recogido en el D.Leg. 152/2006, de 3 de abril, y objeto de una reciente reforma por parte del D.Leg. 205/2011, de 3 de diciembre, el cual ha incidido también en la parte sancionatoria al prever una exasperación de las sanciones administrativas previstas en el mismo. La novedad de mayor importancia está constituida por la introducción, por parte del D.Leg. 121/2011, de 7 de julio, de 2011, n.º 121, de ciertos delitos medioambientales en el catálogo de delitos para los que se prevé la responsabilidad por delito de las personas jurídicas, cuya disciplina está contenida en el art. 260 del D.Leg. 231/2001. Por otra parte, la ya «lejana» Ley de delegación 300/2000 — que contiene los principios que el Gobierno habría debido seguir al producir la legislación delegada en esta materia— preveía respecto a las sociedades «la responsabilidad en relación a la comisión de delitos en materia de tutela del Medio Ambiente y del Territorio que [fueran] castigados con pena privativa de la libertad no inferior en el máximo a un año, incluso en el caso de penas alternativas a la pecuniaria». Sin

embargo, dicha delegación nunca se verificó hasta la entrada en vigor de la Directiva CE 2008/99, la cual produjo la introducción en el 2011 del art. 25 *undecies* del D.Leg. 231/2001. De acuerdo con este último apartado, en los casos en los que el ente o una unidad organizativa sean utilizados de forma estable con el único o prevalente objetivo de permitir o facilitar la comisión del delito grave de actividades organizadas para el tráfico ilícito de residuos, será posible aplicar la interdicción definitiva del ejercicio de la actividad⁶.

4. (cont.): criminalidad organizada

La materia de *criminalidad organizada* ha sido objeto de una reciente organización, sistematización y reordenación por obra del D.Leg. 159/2011, de 6 de septiembre, conocido como «Código de las leyes antimafia y de las medidas preventivas». Los puntos de mayor interés son la sistematización de las medidas de prevención dentro de un único cuerpo normativo; la previsión de procedimientos específicos dirigidos a la administración, gestión y destinación de los bienes sometidos a confiscación y secuestro antimafia, con particular interés por las medidas tomadas en el transcurso de un proceso concursal⁷; la previsión de nuevas medidas sancionatorias; el haber precisado las competencias de las direcciones nacional, distrital, instructora antimafia y del Consejo General para la Lucha contra la Criminalidad Organizada; y, finalmente, el refuerzo de las disposiciones en materia de documentación antimafia⁸.

El art. 71 del nuevo Código prevé una circunstancia agravante especial en relación a una multitud de delitos contra la Administración pública, la Administración de Justicia, el orden público, la persona o el patrimonio, que sean cometidos por un sujeto sometido a una medida preventiva personal⁹. Es de gran interés el delito previsto por el art. 74 respecto a una amplia categoría de sujetos que tienen como única característica común la obligación general de tutela del buen funcionamiento de la Administración pública.

También de interés son las disposiciones penales dictadas por el art. 76.8 del Código, según el cual el sujeto sometido a medida preventiva de vigilancia especial que viole la prohibición de desarrollar propaganda electoral en favor o en contra de alguno de los candidatos en cualquier proceso electoral podrá ser castigado con una pena privativa de libertad de uno a cinco años. La misma pena se aplica al candidato que «teniendo conocimiento directo de la condición de sometimiento de forma definitiva a la medida de vigilancia especial por motivos de seguridad pública, solicita de dicho sujeto

el desarrollo de las actividades de propaganda electoral previstas en el art. 67.7 y se beneficia concretamente de las mismas». Estas disposiciones, pese a ciertos problemas aplicativos que nacerán, por ejemplo, respecto al inciso «se beneficia concretamente de las mismas» («*se ne avale concretamente*»), tienen como objetivo la disolución del vínculo clientelista-electoral entre sujetos sospechosos de pertenecer o de ser cercanos a grupos mafiosos (aunque no hayan sido nunca condenados por el delito de asociación mafiosa) y administradores públicos a nivel local y nacional.

5. (cont.): inmigración

La Ley 129/2011, de 2 de agosto, ha introducido algunas reformas incisivas en el D.Leg. 286/1998, de 25 de julio, conocido como *Texto Unificado de la Inmigración*. Objeto particular de la reforma han sido el art. 3 TUI, que regula la expulsión administrativa del extranjero irregular, así como las sanciones penales conectadas con la inobservancia de las órdenes de expulsión emanadas del cuestor. También se ha reformado el sucesivo art. 14 TUI, ya declarado contrario al Derecho de la Unión por parte del TJCE con la conocida sentencia de 28 de abril de 2011. Del mismo modo han sido modificados los arts. 14 ter y 16. El hilo conductor de la reforma es la eliminación de las penas privativas de libertad que estaban previstas para el extranjero que cometiese infracciones en el ámbito del proceso de repatriación con el fin de adecuar la legislación nacional a los principios provenientes de la jurisprudencia europea¹⁰.

6. (cont.): Derecho penal tributario

La *materia penal tributaria* es regulada en Italia principalmente por el D.Leg. 74/2000, de 10 de marzo¹¹. El Decreto ley 138/2011, de 13 de agosto, ha aportado numerosas reformas, sobre todo en términos de exasperación de las penas de muchos de los delitos previstos por el texto normativo analizado. En la misma óptica de mayor represión, el decreto ha redimensionado las barreras de tipicidad de las conductas (cuantitativas, relativas a los impuestos evadidos o a los elementos activos sustraídos de la imposición), considerando ofensivos y por lo tanto merecedores de sanción penal comportamientos que antes no superaban los citados límites. Por otra parte, una novedad de probable grande impacto en la praxis es la imposibilidad de «pactar» la pena (en el sentido del art. 444 CPC) cuando el imputado no haya dado curso al pago de la deuda tributaria y de las sanciones administrativas conectadas con la evasión¹².

7. Reformas procesales: el «*pacchetto sicurezza*»

Respecto a las *reformas en materia procesal*, hay que señalar que el objetivo del llamado «*pacchetto sicurezza*» del 2009 (Ley 38/2009) de contrarrestar la extensión de delitos de naturaleza sexual, es perseguido a través de la previsión de una medida cautelar *ad hoc* de «prohibición de acercamiento a los lugares frecuentados por la persona ofendida» (art. 282 ter CPC) y de la obligación de imponer la custodia cautelar en prisión, además de para los delitos graves previstos en el art. 51.3 bis y quater CPC, también para los delitos de prostitución de menores, pornografía de menores, turismo sexual de menores, agresión sexual, actos sexuales con menores, agresión sexual en grupo (art. 275 CPC). Se prevé también el arresto obligatorio ante un delito flagrante de agresión sexual o agresión sexual en grupo (art. 380 CPC) y la limitación de los beneficios penitenciarios previstos por la Ley 663/1986 a los condenados por los mismos delitos.

Por otra parte, la Ley 94/2009, que contiene «disposiciones en materia de seguridad pública» introduce una serie de innovaciones tendentes a combatir el fenómeno de la inmigración clandestina. En primer lugar, atribuye al Juez de Paz la competencia por el delito de «ingreso y permanencia ilegal en el territorio del Estado» (art. 10 bis D.Leg. 286/1998). El art. 1 dispone el arresto obligatorio en caso de delito flagrante para los previstos en el art. 12.1 y 12.3 del D.Leg. 286/1998 y el art. 3.1 hace lo propio para el delito de hurto con arrastramiento o «tiron» (art. 624 bis CP) y prevé además el arresto facultativo en caso de delito flagrante de violación del domicilio (art. 614 CP).

Finalmente la Ley 217/2010 introduce, aunque limitando su eficacia al 30 de junio de 2013, el instituto del llamado arresto en flagrancia diferida de quien comete delitos durante el desarrollo de manifestaciones deportivas y que sea identificado a través de tomas de video, norma que permite el arresto no solo de forma inmediata, sino hasta las 48 horas posteriores al hecho.

Sin embargo, la Corte constitucional ha considerado que la presunción absoluta de que solo la custodia en prisión es adecuada, introducida por los preceptos analizados, es contraria a los arts. 3 y 27 de la Constitución, que recogen el principio de igualdad y el principio de no culpabilidad hasta la sentencia definitiva. En otras palabras, con las sentencias 265/2010, 164/2011, 231/2011, 331/2011 y 110/2012 la Corte constitucional ha restituido la regulación relativa a la aplicación de las medidas cautelares que estaba vigente antes de la intervención normativa del 2009-2010.

8. (cont.): medidas para disminuir la sobrepoblación carcelaria

De gran actualidad es también el problema de la *sobrepoblación carcelaria*. Como parte de un intento de solución, la Ley 199/2010 ha introducido el arresto domiciliario «anual», que permite cumplir en la propia vivienda o en algún otro lugar público o privado de acogida, la pena privativa de libertad no superior a doce meses, incluso constituyendo residuo de una pena mayor. Sin embargo, de dicho beneficio son excluidos los condenados por los delitos previstos en el art. 4 bis 354/1975, los delincuentes declarados habituales, profesionales o por tendencia, o aquellos detenidos respecto a los cuales sean reconocidas particulares exigencias preventivo-especiales. Con la reciente Ley 9/2012, el umbral de 12 meses se ha ampliado hasta 18, facilitando aun más la evitación del sistema penitenciario.

Además, para evitar el fenómeno de las llamadas «puertas giratorias», es decir, supuestos de encarcelación por tiempos brevísimos, la citada ley, interviniendo de forma conjunta en los arts. 386 y 558 CPP, dispone que los arrestados en flagrancia, autores de delitos por los cuales sea competente el Juzgado (*Tribunale in composizione monocratica*), en el periodo comprendido entre su aprensión y la audiencia de convalidación de la resolución restrictiva, sean custodiados en su propia vivienda o en estructuras idóneas activadas en los puestos locales de la policía judicial y, solo en vía subsidiaria, en prisión.

9. (cont.): el «legítimo impedimento»

El legislador italiana se ha ocupado también de intervenir sobre la *participación en audiencias, como imputados, del presidente del Consejo y de los ministros*. Así, la Ley 51/2010 reguló la materia permitiendo a estos aducir un legítimo impedimento para la comparecencia, instituto regulado por el art. 420 ter CP, en razón del concomitante ejercicio de las atribuciones que la ley les atribuye o de las actividades impuestas por las funciones de gobierno. Sin embargo, la Corte constitucional declaró inconstitucional la mencionada disposición en la parte en la que no preveía que el juez pudiese valorar, en el caso concreto, la incidencia del impedimento en relación a la efectiva posibilidad de participar en la audiencia¹³. Posteriormente, como resultado del referéndum celebrado el 12 y 13 de junio de 2011, la Ley 51/2010 fue derogada integralmente.

10. (cont.): las bases de datos genéticos a nivel europeo

Con la Ley 85/2009, con la que Italia se ha adherido al Tratado de Prüm, ha adoptado una serie de *disposiciones con el objetivo de combatir el terrorismo y la criminalidad transfronteriza*, entre las cuales se recoge la creación de la Base de datos de ADN (art. 7.1 Ley 85/2009) sobre la base de muestras recogidas de sujetos en custodia cautelar, arrestados por delito flagrante, detenidos por orden de sentencia irrevocable o, en algunas circunstancias, de aquellos que estuviesen sometidos a medidas de seguridad privativas de libertad.

11. (cont.): operaciones encubiertas

Otro reciente elemento de novedad es la Ley 136/2010 que, además de delegar en el Gobierno la redacción del ya citado Código de la leyes antimafia¹⁴, regula las *operaciones encubiertas* y su incidencia procesal: el art. 8.1 de la citada ley permite a los agentes que hayan desarrollado dicha operación la utilización de los datos recabados en su deposición en el juicio oral (que se deberá desarrollar evitando desvelar el rostro del agente) y en la redacción de sus informes. Finalmente, *el art. 78 permite al procurador competente la intervención de las comunicaciones o conversaciones telefónicas o telemáticas con el fin de controlar a los sujetos objeto de las medidas preventivas ya mencionadas, aunque los elementos derivados de tal operación serán utilizables exclusivamente para la continuación de las investigaciones y son carentes de todo valor a fines procesales.*

12. (cont.): intervenciones jurisprudenciales en materia procesal

Igualmente relevante son algunas *intervenciones jurisprudenciales* que han revisado la actividad legislativa o han suplido sus carencias. Así, la sentencia 113/2011 de la Corte constitucional ha ampliado el elenco de casos de revisión (art. 630 CPP), permitiendo la reapertura del proceso ya resuelto con sentencia irrevocable cuando sobrevenga una decisión del TEDH que haya identificado una violación interna de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Notas

1 Traducción a cargo de Víctor Manuel Macías Caro (Universidad de Módena y Reggio Emilia).

2 Esta agravante había suscitado múltiples dudas y críticas en la doctrina italiana: *Ex multis* PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Diritto penale e processo*, 2008, p. 1080; GATTA, *Aggravante della «clan-*

destinità» (art. 61 n. 11 bis c.p.): *uguaglianza calpestate*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, p. 713 ss.

3 Sentencia del Tribunal constitucional n.º 249 del 5 de julio de 2012, en *Cass. Pen.* 2010, 11, pag. 3741; *Guida al diritto*, 2010, 30, pag. 15. Para un comentario sobre la línea argumentativa del Tribunal, v. NUZZO, *Appunti sulla incostituzionalità dell'art. 61, n. 11 bis c.p.*, en *Cass. Pen.*, 2010, 11, pag. 3748. Para una análisis en clave crítica, v. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, en *RIDPP*, 2010, n. 3, pag. 1373 e ss.; v. además *Cass. Pen.*, sez. I, del 27 ottobre 2011, n. 977 publicada sobre www.penalecontemporaneo.it del 19 de enero de 2012.

4 Dicha norma ya fue criticada. Cfr. MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, en GIUNTA (ed.) *Le innovazioni al sistema penale: apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Giuffrè, 2006, p. 181; PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, en *Guida dir., dossier n. 1*, 2006, p. 32; ROSI, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, en SCALFATI (ed.), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Cedam, 2006, p. 5.

5 Sentencia del Tribunal constitucional n.º 183 de 10 de junio de 2011.

6 Cfr. VAGLIASINDI, *La direttiva 2008/99/CE e il Trattato di Lisbona: verso un nuovo volto del diritto penale ambientale italiano?*, en *Dir. Comm. Internaz.*, 2010, n. 03, pag. 449; SCARCELLA, *Il decreto di recepimento della direttiva-quadro sui rifiuti tra modifiche, abrogazioni e novità*, en *Cass. Pen.*, 2011, 4, pag. 1302.

7 Cfr. MINUTOLI, *Codice antimafia: il rapporto fra misure di prevenzione, fallimento e tutela dei terzi - verso una fallimentarizzazione del giudice della prevenzione antimafia*, in *Il fallimento*, 2011, n. 1, pag. 1266 y ss.

8 En general sobre el nuevo Código, GIARDA, *Un ulteriore sforzo legislativo contro la criminalità organizzata*, in *Corriere del merito*, 2011, 12, pag. 1133 y ss.; VISCONTI, *Contro la mafia non solo confische, ma anche bonifiche giudiziarie per imprese infiltrate*, en www.penalecontemporaneo.it del 20 de enero de 2012.

9 Las medidas preventivas *ante delictum* son resoluciones de naturaleza administrativa (dictadas por el cuestor) o jurisdiccionales (dictadas por la autoridad judicial) reguladas por los arts. 1 y ss. del mencionado Código, las cuales prescinden de la declaración judicial de la comisión de un delito por parte del sujeto sobre los que vienen dictadas. Varían en cuanto al contenido aflictivo y a los presupuestos aplicativos, siendo de gran interés y actualidad las medidas preventivas patrimoniales reguladas en los arts. 16 y ss. del citado Código: cfr. GIARDA, *Un ulteriore sforzo legislativo*, cit. pag. 1133.

10 Sobre el punto, v. Gatta, *Il reato di clandestinità e la direttiva rimpatri*, en www.penalecontemporaneo.it de 8 febbraio 2012; v. también la Sentencia del TJCE de 6

de diciembre de 2011; y VIGANÒ, *L'incriminazione dell'ingresso e soggiorno irregolare dello straniero avanti alla Corte di Giustizia UE*, en www.penalecontemporaneo.it del 9 de noviembre de 2011; más en general, v. DI MARTINO - RAFFAELLI, *La libertà di Bertoldo: «direttiva rimpatri» e diritto penale italiano*, en www.penalecontemporaneo.it del 26 de julio de 2011.

11 Sobre el decreto en general v. los manuales SOANA, *I reati Tributari*, Milano, 2009; MUSCO-ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2010;

12 También esta previsión encontrará dificultades de aplicación debido al hecho de que, en referencia a estos delitos, ha sido introducida la posibilidad para la autoridad judicial de proceder al secuestro preventivo, en la fase de las investigaciones preliminares, con el fin de confiscar (como resultado del proceso) los impuestos evasos. El reo podría de cualquier forma encontrarse en la imposibilidad material de adoperar la reparación.

13 Hay que señalar que la propia Corte constitucional, con la sentencia 262/2008, había declarado inconstitucional la Ley 124/2008 (conocido como «Lodo Alfano»), la cual suspendía los procesos penales, también los derivados de hechos anteriores a la asunción del cargo, respecto al Presidente de la República, del Senado, de la Cámara de Diputados y del Consejo de Ministros.

14 Sobre las medidas preventivas que se pueden adoptar de acuerdo con el Código de leyes antimafia, v. *supra* epígrafe 3.

México

Manuel Vidaurri Aréchiga

Profesor Investigador del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, México y Secretario General de la misma Casa de Estudios. Es Coordinador General de la Red Estatal de Profesoras y Profesores en Derechos Humanos. Fue Procurador de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato de 2000 a 2008. Correo electrónico: vidaurri@ugto.mx

J. Jesús Soriano Flores

Profesor Investigador del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, México y Secretario de la Red Estatal de Profesoras y Profesores en Derechos Humanos. Correo electrónico: jesussorianomx@yahoo.com.mx

I. Nota previa

La historia reciente de los Derechos Humanos, al menos desde la perspectiva jurídica, ha mostrado diver-

sos avances importantes que se han concretado en modificaciones a criterios jurisdiccionales, y por supuesto a textos legales, incluyendo a las Constituciones.

No omitimos manifestar que aunque el desarrollo teórico y normativo de «Derechos», es precisamente uno de los puntos torales del Derecho Constitucional, y que incluso nuestra Constitución vigente fue en su momento elogiada por su contenido garantista, la teoría de los Derechos Humanos ha desarrollado progresivamente nuevos conceptos y contenidos, fundamentalmente a partir del término de la Segunda Guerra Mundial, cuando se establece la primera carta internacional de Derechos, denominada «Declaración Universal de los Derechos Humanos» (1948), lo que trajo como consecuencia que los Derechos Humanos se internacionalizaran fundamentalmente mediante la firma y ratificación de Tratados Internacionales y el surgimiento de Sistemas específicos de protección de estos Derechos.

Estos dos elementos han provocado entre otras cosas, la incorporación de nuevos y mejores estándares de protección de estos derechos a los Sistemas Jurídicos Nacionales han sido, en términos generales, rígidos en la incorporación de referencia.

En este orden de ideas, en el mes de mayo de 2011, se contó con la validación de 22 Entidades Federativas en México¹, número suficiente para la aprobación de una de las Reformas Constitucionales más importantes en la historia del Constitucionalismo mexicano en materia de Derechos Humanos, que finalmente fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, y de la que ahora comentaremos diez temas que consideramos fundamentales.

II. El contenido de la reforma constitucional: 10 temas fundamentales

2.1. De las Garantías a los Derechos: la modificación de la denominación del Primer Capítulo de la Constitución.

La Reforma de mérito, en principio modificó la denominación del capítulo primero, que antes se llamaba «De las Garantías Individuales», y que ahora se constituye como «De los Derechos Humanos y sus Garantías».

Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano, han pasado por momentos emblemáticos, y como en la Historia Universal, estas prerrogativas generalmente han atravesado por un camino muchas veces accidentado, a pesar de que desde la Constitución de Cádiz de 1812, promulgada primero en España y posteriormente en la Nueva España, reconoció algunos derechos, cuando en su artículo 4 estableció que «la nación está

obligada a conservar y proteger por leyes sabias la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen».

Pues bien, después de otros textos constitucionales en México, como el de 1857 que incorporó los «Derechos del Hombre», la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, es decir la de 1917 (en adelante CPEUM), representa un avance claro en esta materia, situación que colocó a ese texto constitucional como un referente internacional, fundamentalmente en la elevación de los Derechos Sociales al rango constitucional. En este sentido, en 1917, la Constitución denominó a su primer capítulo: «De las Garantías Individuales», pues como se aprecia en el Diario de los Debates de aquellos tiempos, influyeron ideas como las de José N. Macías, quien apuntaba que «las constituciones no necesitan declarar cuáles son los Derechos; necesitan garantizar de la manera más completa y más absoluta todas las manifestaciones de la libertad; por eso deben otorgarse las garantías individuales»².

El texto Constitucional, entonces, hasta antes de la Reforma de 2011 materia de esta exposición, incorporó un apartado específico con derechos individuales y colectivos, la historia reciente de los Derechos Humanos, fundamentalmente a partir de la internacionalización de los mismos ha planteado una visión mucho más completa, integral y progresista de los Derechos Humanos, en donde esta acepción, distinta a la de Garantías Individuales, Derechos del Hombre o Derechos Naturales por ejemplo, establece un discurso jurídico y político más garantista y democrático en el que por ejemplo, los documentos internacionales en la materia, se convierten en un referente obligado.

Por lo anterior, estimamos que la modificación a la Denominación del Capítulo Primero de la CPEUM, representa un avance sustancial en la asignatura que nos ocupa.

2.2. La referencia a los Tratados Internacionales en el Artículo Primero

El artículo 1 reformado de la CPEUM, indica que:

«En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece».

La modificación del párrafo que antecede fundamentalmente tiene que ver con la incorporación de

los Tratados Internacionales, y por supuesto, como lo señalábamos en el apartado anterior, con la denominación «Derechos Humanos», en lugar de «Garantías».

El criterio garantista de la reforma al hacer referencia expresa en esta parte a los Tratados Internacionales, es sin duda alguna un gran avance, y lo más importante es que ha repercutido enormemente en el ejercicio profesional del Derecho, por ejemplo en los poderes judiciales (federal y estatales) donde se verifica la capacitación constante de las y los juzgadores, secretarios y demás personal, así como en la obligatoriedad que ahora han establecido dichos poderes respecto de la fundamentación de las resoluciones jurisdiccionales en Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes en México.

No queremos terminar este apartado, sin señalar que anteriormente a la reforma constitucional en comento, el artículo 133 del CPEUM vigente, ya señalaba la obligatoriedad de los Tratados Internacionales al indicar lo siguiente:

«Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.»

En este orden de ideas, aunque reconocemos la importancia y las repercusiones de la reforma al incorporar los Tratados Internacionales en el numeral primero, ya existía la obligatoriedad para el Estado Mexicano relativa a la observancia de dichas normas internacionales, por lo que no es correcto afirmar, como se ha dicho en múltiples ocasiones, que es a partir de la Reforma Constitucional, cuando se incorporaron como obligatorios los Tratados Internacionales.

2.3. El Principio Pro Persona o Pro Homine

Igualmente en el artículo 1, la Reforma Constitucional agregó el siguiente párrafo:

«Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.»

El criterio de interpretación al que alude la Reforma, es el que teóricamente se conoce como «principio

pro persona o pro homine», y cuya incorporación en la Constitución estimamos es sumamente afortunada, pues establece categóricamente «un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los Derechos Humanos en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos»³.

Coincidimos con José Luis Caballero Ochoa, cuando indica que esta aplicación más favorable a las personas, tiene una clave de lectura, no precisamente jerárquica, pues «el sentido clásico de la jerarquización tiene por objeto evitar conflictos normativos, pero no integra ni expande, como es propio de las normas sobre Derechos Humanos»⁴, de esta manera, «la cláusula de interpretación conforme, es más compatible con los criterios de interpretación en Derechos Humanos, como los que se han venido desarrollando en la práctica del Estado Constitucional contemporáneo»⁵.

Por lo anterior, estamos convencidos de que esta es una de las adiciones más afortunadas de la Reforma.

2.4. El Estado, como principal Sujeto Obligado

Es un lugar común la discusión acerca de los sujetos obligados en materia de Derechos Humanos en donde incluso se ha inscrito a los particulares, no obstante que Organismos Internacionales como Naciones Unidas ha estimado que los órganos del poder del Estado son los que tienen una responsabilidad directa en la materia. Por lo anterior, afortunadamente la CPEUM ahora agrega un párrafo al primer artículo que dispone lo siguiente:

«Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.»

En este tenor las obligaciones genéricas del Estado en esta materia quedan establecidas en el texto constitucional, y por tanto el resto del andamiaje jurídico deberá incorporar más y mejores mecanismos de validación de estos Derechos.

2.5. El Derecho a la No Discriminación: hacia un desarrollo más garantista

Respecto al Derecho a la No Discriminación, la modificación que aparece en la Reforma Constitucional únicamente agregó la prohibición de toda discrimina-

ción por motivo de «preferencias sexuales», quedando de la siguiente manera:

«Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.»

A pesar de como lo han establecido algunos especialistas, en relación a que era más acertada la noción «orientaciones», que «preferencias», estimamos que fue afortunado que el texto constitucional expresamente aludiera a dicha prohibición específica que correlativamente entendemos como un Derechos Humano.

De conformidad con la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México 2010⁶, una de cada dos personas lesbianas, homosexuales o bisexuales considera que el principal problema que enfrenta es la discriminación, seguida de la falta de aceptación y las críticas y burlas. En este orden conceptual, el problema se manifiesta severo en este ámbito, motivo por el cual pensamos que fue acertada la incorporación textual de esta forma de discriminación.

2.6. Educación Pública y Derechos Humanos

El artículo 3 de la CPEUM se refiere al Derecho a la Educación, que como lo indica la observación general número 11 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural, señalando además que es, todos esos derechos al mismo tiempo y que también de muchas formas es un derecho civil y un derecho político»⁷. Pues bien, en relación a esta prerrogativa, la reforma constitucional apunta lo siguiente:

«La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.»

Estamos convencidos de que si la educación pública incluye la perspectiva de Derechos Humanos obligatoriamente, tal y como lo establece ahora el texto constitucional, fortalecerá en un futuro la cultura de respeto a estas prerrogativas en un momento histórico en el que a pesar de que ya se ha avanzado notablemente en la positividad de los derechos, la educación en los mismos sigue siendo una asignatura pendiente.

2.7. *Respecto de la Restricción o Suspensión de Derechos*

El artículo 29 constitucional sigue refiriendo que en los casos en los que autoridades específicas pueden restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos con determinadas características. No obstante, por medio de la reforma se determinó que en los decretos que se expidan:

«No podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.»

Finalmente se adicionó también al artículo la obligatoriedad en la motivación y fundamentación de la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías en el marco de ciertos principios, indicando que cuando se ponga fin a la restricción o suspensión, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata; y «que los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez».

2.8. *El Fortalecimiento de los Organismos Públicos de Derechos Humanos*

La creación de los Organismos Públicos de Derechos Humanos en México (en adelante OPDH), deviene directamente de un mandamiento constitucional que instruye al Poder Legislativo tanto Federal, como a los Estatales a que establezcan dichos organismos, que protegerán prerrogativas fundamentales vigentes en el orden jurídico mexicano, y que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Actualmente en México, y desde el año de 1992, se fueron estableciendo los OPDH, de tal manera que al día de hoy, la totalidad de las entidades federativas incluyendo al Distrito Federal y a la Federación tienen

OPDH que de acuerdo al texto constitucional debían establecerse, en este orden conceptual, estamos ante el Sistema No Jurisdiccional de Derechos Humanos más grande del mundo, integrado por treinta y dos OPDH en las entidades federativas, comprendiendo el Distrito Federal y uno Nacional.

A diferencia de los Sistemas «Jurisdiccionales» que emiten sentencias y cuya estructura es claramente identificable, los OPDH formulan «recomendaciones» de naturaleza pública que nos son vinculantes. Las recomendaciones se formulan después de un proceso indagatorio cuando éste concluye con elementos que determinan responsabilidad de una o varias autoridades públicas por violaciones a Derechos Humanos. En este sentido, dichas resoluciones conservan sin duda el espíritu del ombudsman sueco que fundamenta su actuación en su reconocimiento ético y por supuesto jurídico, elementos que dan soporte a una resolución que aunque en términos de derecho estricto no es obligatoria, si conlleva una fuerza indiscutible en su solvencia ética. Ante dicha no obligatoriedad, la Reforma Constitucional en comento, indica en primer término que «todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos», claro, pudiendo o no aceptarlas, pero continúa la reforma constitucional señalando que:

«Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.»

En este tenor, nos encontramos, sin duda ante elementos que deberán fortalecer las tareas del Ombudsman contemporáneo que en el mismo texto constitucional señala ahora únicamente las materias jurisdiccional y electoral, como aquellas en las que los OPDH no tienen competencia para conocer, suprimiendo la materia laboral, en la que ahora debe intervenir.

El texto constitucional igualmente pone énfasis en la garantía que deben establecer las Constituciones de los Estados y el Estatuto del Distrito Federal, respecto de la autonomía de los OPDH, adición que nos parece sumamente afortunada, pues un OPDH sin autonomía, no tiene ningún sentido en su existencia. En este sentido coincidimos con el extraordinario constitucionalista, recientemente fallecido, Dr. Jorge Carpizo, que a pe-

sar de que consideraba también adecuada la adición en comento, estableció que «era deseable y necesario ser más específicos en estos casos; se debieron haber enumerado las garantías: presupuesto, elección del titular, remuneración, inamovilidad, o haber equiparado estos aspectos al Tribunal Superior de Justicia y sus Magistrados»⁸.

La CPEUM refiere que «la elección del titular de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, se ajustarán a un procedimiento de consulta pública, que deberá ser transparente, en los términos y condiciones que determine la ley.»

Finalmente, se establece ahora en la CPEUM que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas. Esta facultad, igualmente ha sido criticada con argumentos solventes por el Dr. Carpizo y otros estudiosos, por lo que se sugiere revisar el texto citado.

2.9. Otros aspectos importantes

En el artículo 11, relativo al «derecho que tiene toda persona para entrar a la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia», se agregó al texto constitucional que «en caso de persecución, por motivos de orden político, toda persona tiene derecho de solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio.»

Respecto a los Derechos de las personas extranjeras, el artículo 33, anteriormente señalaba que «el Ejecutivo de la Unión tenía la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente». Ahora en el texto constitucional, el Ejecutivo de la Unión, puede «previa audiencia», expulsar del territorio nacional a personas extranjeras, pero con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención.

Finalmente dentro de este apartado, es importante señalar que en el numeral 18 se estableció que el sistema penitenciario deberá organizarse sobre la base del respeto a los derechos humanos.

2.10. Sobre la Legislación Secundaria

Es importante señalar que la Reforma Constitucional además contempla en sus Artículos Transitorios una serie de normas secundarias que deben establecerse y que versan sobre las siguientes materias:

- Ley sobre Reparación del Daño por Violaciones a Derechos Humanos.
- Ley a que se refiere el artículo 11 constitucional sobre el Asilo.
- Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de Suspensión del ejercicio de los Derechos y las Garantías.
- Ley Reglamentaria del artículo 33 constitucional, en materia de Expulsión de Extranjeros.

III. A manera de conclusión

La Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos de 2011, se inscribe claramente en una de las modificaciones constitucionales más importantes desde la promulgación del texto en 1917, pues desarrolla un contenido garantista y progresista en la materia que nos ocupa, de acuerdo con los tópicos seleccionados.

Como bien lo ha escrito García Ramírez, la Reforma se funda, no solamente en un compromiso jurídico, sino también en uno político y ético con los Derechos Humanos, es decir, con el sujeto central de la organización social y jurídica, el ser humano, y con sus bienes más importantes y trascendentes, por lo que concluye García Ramírez, «la reforma se inserta en la mejor corriente constitucional e internacional contemporánea»⁹.

En este texto, hemos dejado anotados diez temas que nos parecen de primerísima importancia, unos claramente novedosos en la Carta Constitucional y otros que «clarifican» contenidos ya existentes antes de esta reforma, que sin duda, se constituye en un referente constitucional contemporáneo de una trascendencia indiscutible.

Notas

1 Es importante hacer notar que el Congreso del Estado de Guanajuato, fue la única Legislatura que votó en contra de esa Reforma Constitucional.

2 Diario de Debates, t. I, pp. 1048 y 1050, citado por Lara Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Sociales en el Constitucionalismo Mexicano*, 4ª ed., Porrúa, México, 2007, p. 138.

3 Pinto, Mónica, «El principio Pro Homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos» en Abregú, Martín y Courtis Christian, *La aplicación de los Tratados de Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, 1ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires. 1997, p. 163.

4 Caballero Ochoa, José Luis, «La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)», en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (Coordinadores), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, 1ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2011, p. 109.

5 *Ibidem*.

6 Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *ENADIS 2010*, 1ª ed., CONAPRED, México, 2011, p. 46.

7 Vidaurri, Aréchiga, Manuel, Rostro Hernández Fátima y Olivares Díaz Durán María de Jesús (Compiladores), *Derechos Humanos y Educación: Textos Básicos*, Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, 1ª ed., México, 2008, p. 37.

8 Carpizo, Jorge, ¿Es acertada la probable transferencia de la función de Investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos?, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (Coordinadores), *op. cit.*, p. 13.

9 García Ramírez, Sergio, «Hacia una nueva regulación constitucional sobre Derechos Humanos (2009-2011)», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, IJUNAM, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011, México, 2011, p. 840.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán

sergio.cuarezma@inej.net

Profesor de Derecho penal

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

www.inej.edu.ni

Introducción

Nicaragua, como hemos indicado oportunamente, ha aprobado el Código procesal penal. El 13 de noviembre del 2001, la Asamblea Nacional de Nicaragua aprobó el Proyecto de Código Procesal Penal (CPP), publicado posteriormente en La Gaceta, Diario Oficial, el 21 de diciembre del 2001; Ley 406/2001, que entró en vigencia en 21 de diciembre del 2002 (como producto de lo que el profesor de la Universidad de Múnich BERND SCHUNEMANN ha denominado la *marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo*) y la misma fecha y mes, pero del año dos mil siete, el Código penal (CPn), Ley 641/2008, publicado en La Gaceta el 5, 6, 7, 8 y 9 de Mayo del 2008.

El CPP, deroga el Código de Instrucción Criminal de 1879, instaura formalmente un sistema acusatorio, la investigación criminal estrictamente bajo el control de la Policía Nacional (PN), la justicia negociada (*plea bargaining*), el juicio oral y público (con o sin jurado), la ejecución de sentencia y crea la novedosa figura del juez de ejecución de sentencia y vigilancia penitenciaria, entre los aspectos relevantes. Con la entrada en vi-

gencia del CPP se pone fin a la larga vida del Código de Instrucción Criminal (In). El In., era un texto en esencia inquisitivo, el juez no era un sujeto neutral, asumía variados roles que lo convertían en un juez parcial; asumía la investigación o pesquisa de los hechos, realizaba actividades propias del órgano acusador y de órgano de resolución. La prisión preventiva era, por regla general, una respuesta de los judiciales en todos aquellos casos que no fueran causas leves; la confesión era uno de los medios esenciales para obtener la verdad llegándose a la aplicación de la coacción o presión para obtenerla; era un proceso secreto, despersonalizado y predominaba la escritura.

El CPn, por su parte, derogó el Código penal de 1974, que a su vez era el mismo español de 1879. El CPn de 2008 toma la nueva dogmática penal, desarrolla que cierto nivel de precisión los principios constitucionales que limitan el ejercicio punitivo del Estado, prohíbe la responsabilidad objetiva por el resultado y estructura la teoría del delito desde los postulados actualmente en discusión. Integrado por un Título preliminar sobre las garantías penales y de aplicación de la ley penal, el Libro primero regula las disposiciones generales sobre delitos, faltas, penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias de la infracción penal y de las personas responsables; el libro segundo, sobre los delitos y las penas y el libro tercero, sobre las faltas.

Reformas 2009 a 2012

Todo incide que el legislador nicaragüense había renunciado a las leyes penales especiales, así se desprende del art. 566 CPn en la que deroga de forma exhaustiva todas las leyes especiales. Sin embargo, la tentación fue mayor. El legislador nicaragüense ha iniciado nuevamente con la tendencia de formular leyes especiales con normas tanto de carácter sustantivo como de carácter procesal penal, y en algunas de ellas, desmantela garantías que se habían logrado en el nuevo CPP y el CPn, por razones de espacio no podré hablar de tal fenómeno.

La Asamblea Nacional, el nueve de septiembre del año dos mil diez aprobó la Ley 735/2010, Ley de prevención, investigación y persecución del crimen organizado y de la administración de los bienes incautados, decomisados y abandonados, publicada en La Gaceta de 19 de octubre de 2010.

Esta la ley tiene por objeto «regular las funciones del Estado para prevenir, detectar, investigar, perseguir y procesar los delitos relacionados con el crimen orga-

nizado 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» (art. 1)

En este sentido, y según el citado artículo, la ley regula, 1. La política nacional de enfrentamiento al crimen organizado; 2. Normas para la prevención, control, fiscalización, investigación y procesamiento de delitos de crimen organizado, según la clasificación a que hace referencia el artículo 3 de la presente Ley; 3. La prevención, tratamiento, rehabilitación, control, fiscalización, investigación, procedimientos para coadyuvar en el juzgamiento de toda actividad relativa al financiamiento, producción, extracción, tenencia, industrialización o procesamiento, transporte, traslado, siembra, cultivo, cosecha, almacenamiento, tráfico, elaboración, promoción, suministro, posesión, uso, consumo, así como toda forma de comercialización de estupefacientes, psicotrópicos, precursores y otros productos químicos y sustancias controladas, así como otras sustancias inhalables susceptibles de producir dependencia física o psíquica y que estén incluidas en las listas o cuadros anexos a la presente Ley y sus actualizaciones que según el orden de incorporación de nuevas sustancias que realice el Ministerio de Salud, así como los contenidos en los instrumentos internacionales vigentes; El Ministerio de Salud publicará las listas actualizadas sobre estupefacientes, psicotrópicos, precursores, productos químicos, sustancias inhalables y otras sustancias controladas, en cualquier diario de circulación nacional, sin perjuicio de su publicación posterior, en La Gaceta, Diario Oficial; 4. la organización de la actividad pública y privada y la participación de organismos no gubernamentales, en materia de prevención y educación de la sociedad en general, sobre el fortalecimiento de habilidades protectoras ante la oferta de drogas, los efectos de su consumo, el tratamiento, rehabilitación y reinserción en la sociedad de las personas adictas; 5. la creación y funciones de la Unidad Administradora de Bienes Incautados, Decomisados y Abandonados.

El primero de diciembre del año dos mil diez aprobó la Ley 745/2011, Ley de ejecución, beneficios y control jurisdiccional de la sanción penal, publicada en La Gaceta el 26 de enero del 2011.

Esta ley tiene por objeto, según su artículo 1, «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». O dicho en otras palabras, esta ley viene a regular tanto la ejecución de la sentencia (ejecución de la pena) como la labor del juez de ejecución y de vigilancia penitenciaria, que establece el Libro IV del CPP, art. 402 y siguientes.

El veintiséis de enero de 2012, la Asamblea Nacional aprobó la Ley 779/2012, Ley integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la ley n.º 641, «código penal», publicada en La Gaceta el 22 de febrero del 2012.

Esta 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» (art. 1) y se «aplicará tanto en el ámbito público como en el privado a quien ejerza violencia contra las mujeres de manera puntual o de forma reiterada. Los efectos de esta Ley, serán aplicables a quien se halle o hubiere estado ligado por relación de consanguinidad, afinidad, sujetos a tutela, cónyuge, ex-cónyuge, conviviente en unión de hecho estable, ex conviviente en unión de hecho estable, novios, ex novios, relación de afectividad, desconocidos, así como cualquier otra relación interpersonal que pueda generar este tipo de violencia» (art. 2) Esta disposición define la violencia en el ámbito público y el privado. Por violencia en el ámbito público «es la que por acción u omisión dolosa o imprudente, tiene lugar en la comunidad, en ámbito laboral e institucional o cualquier otro lugar, que sea perpetrada en contra de los derechos de la mujer por cualquier persona o por el Estado, autoridades o funcionarios públicos» y la «violencia en el ámbito privado: La que se produce dentro del ámbito familiar o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer». Esta ley entrará en vigencia el 21 de junio del 2012.

Panamá

Prof. Dr. Carlos Muñoz Pope

I. Introducción

Panamá tiene un nuevo Código Penal, aprobado mediante la Ley 14 de 2007 y empezó a regir el 21 de mayo de 2008. Dicho Código sustituyó al anterior, de 1982 que rigió desde marzo de 1983.

Si el Código de 1982, siguiendo los lineamientos generales del Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina, reprodujo en su articulado con mayor o menor fortuna el texto que le sirvió de antecedente, el nuevo tiene como base los códigos vigentes en Europa a mediados de 2006 cuando se presenta la versión inicial del Anteproyecto que luego fue el Código de 2007.

Mientras que el Código de 1982 reproducía en su articulado la estructura de un Manual de Derecho Penal de corte neocausalista, el Código de 2007 reproduce en su articulado la estructura de un Manual de la Parte General de corte finalista. Sin duda esta situación es a todas luces innecesaria e inconveniente, como han puesto de manifiesto los profesores Bustos Ramírez y Bacigalupo desde la década de los años setenta del siglo pasado.

El nuevo Código luego de los principios y garantías básicas, regula la aplicación de la ley penal, los hechos punibles y personas penalmente responsables, las penas, la suspensión, reemplazo y aplazamiento de la pena, la extinción de la pena, las medidas de seguridad y la responsabilidad civil de forma tal que prácticamente reproduce el mismo esquema del Código de 1982 en la exposición del Libro Primero, quedando la Parte Especial con las infracciones contra la persona, la sociedad y el Estado.

En el nuevo Libro Segundo, además de los tradicionales delitos, se incluyen ahora se distingue entre delitos contra el patrimonio económico y los delitos el orden económico, que antes eran los delitos contra la economía nacional, se incluyen los delitos contra el ambiente y el ordenamiento territorial, que incluye los delitos contra la vida silvestre y los delitos contra los animales domésticos y los nuevos delitos contra la humanidad, de conformidad con las normas del Derecho Internacional.

Desde el inicio de su vigencia, el Código Penal de 2007 requirió de una modificación, pues antes de regir ya habíamos denunciado algunos errores en el mismo al tiempo que el Ministerio Público advirtió de una grave omisión en la tipificación del delito de explotación sexual comercial.

Por esta razón la Ley 26 de 21 de mayo de 2008, corrigió un error del texto original y se introdujeron seis modificaciones estimadas imprescindibles respecto de las figuras de lesiones personales, quiebra, posesión de armas de fuego y corrupción de servidores del sistema judicial.

Con posterioridad a dicha reforma de 2008, que rigió a partir del 22 de mayo de 2008, fecha en que empezó a regir el texto punitivo de 2007, se han efectuado otras cinco reformas al nuevo Código en los años 2009, 2010 y 2011.

II. Las reformas de 2009

En enero de 2009, antes de cumplirse el primer año de vigencia del Código de 2007, la Ley 5, de 4 de enero, de ese año introdujo varias reformas al texto vigente desde mayo de 2008.

Con esta nueva reforma, se modificaron las agravantes del delito de lesiones personas, para extender la agravante cuando se causa la lesión a un servidor público en ejercicio de sus funciones o por motivo de estas; se aumentaron las agravantes del hurto, para incluir los nuevos numerales 15 y 16 al artículo 211, que castigan severamente el hurto contra turistas y contra conductores o usuarios del transporte público de pasajeros durante la prestación del servicio; las mismas agravantes antes mencionadas, se repitieron en el delito de robo agravado, del artículo 215 y se reformó otra vez la posesión injustificada de armas para aumentar seriamente las penas de las diversas figuras de posesión ilegal de armas.

Ese mismo año, la Ley 68, de 2 de noviembre, de 2009, modificó nuevamente el Código Penal de 2007 para cambiar 23 disposiciones del mismo, al tiempo que se introdujeron 5 modificaciones al ordenamiento procesal penal previsto en el Libro Tercero del Código Judicial.

Entre los aspectos más importantes de esta nueva reforma, podemos citar los siguientes:

1. Se aumenta el máximo de la pena de prisión, que por un solo delito no excederá de 30 años, pero por concurso de delitos puede llegar hasta los 50 años.
2. Se modifican sustancialmente el concurso ideal y el concurso real.
3. En algunos casos, el concurso real se resuelve por la acumulación matemática de penas, sin exceder de los 50 años de prisión.
4. Se introduce la reincidencia como agravante común de todos los delitos.

5. Para la aplicación del reemplazo de penas cortas de privación de libertad, el sujeto no debe haber cometido delito durante los 10 años anteriores (cuando antes solo era dentro de los 5 años anteriores).
6. Se modificó la suspensión de la prescripción de la pena.
7. Se aumentaron las penas en el homicidio culposo, que pueden llegar hasta los 10 años de prisión, pero se penalizó de forma defectuosa la muerte culposa de varias personas o de una y la lesión de varias.
8. Se aumentaron de forma desproporcionada las penas por lesiones culposas.
9. Se introdujo una nueva forma de lesión, cuando el sujeto pasivo sea miembro de la Fuerza Pública, servidor del Órgano Judicial o del Ministerio Público, de la autoridad de Aduanas y otros establecimientos de seguridad.
10. Se protege a las personas antes mencionadas, cuando son víctimas de una amenaza real, tangible y comprobable.
11. Se aumentó de 15 a 20 la pena del secuestro extorsivo, que ya estaba en prisión de 10 a 15 años.
12. Se aumentó la pena del hurto agravado, que era de 4 a 6 años, por la de 5 a 10 años de prisión y se añadió un párrafo adicional para castigar con pena de 3 a 5 años de prisión cuando la cosa hurtada es de aquellas que se destinan a la prestación de un servicio público de energía, agua, telefonía y televisión abierta o cerrada.
13. Se aumentó la pena para el hurto de vehículos a motor de forma sustancial y absurda de 7 a 10 años de prisión, al tiempo que se incriminó con esa misma pena el conducir un vehículo hurtado, se le encuentren al sujeto piezas de un vehículo hurtado, se encuentre al sujeto en posesión de un vehículo con su estructura o signos de identificación alterados y al propietario de un inmueble en el que se halle un vehículo hurtado o restos del mismo.
14. Se modificó la pena de la figura agravada de falso testimonio.
15. Se modificó la pena, para aumentarla, a quien corrompa o intimide a un testigo para cometer falso testimonio.
16. Se aumentó la pena de 5 a 10 años de prisión, al que cometa resistencia a la autoridad, cuando éste es un funcionario del Órgano Judicial o del Ministerio Público.

17. Se aumentó la pena a la evasión de personas privadas de libertad y,

18. Se incriminó como delito utilizar, poseer, fabricar o vender uniformes, placas, equipos, carros, señales especiales, emblemas originales o simulados de uso exclusivo de los cuerpos de seguridad o protección pública, cuando tenga por propósito facilitar o cometer un hecho delictivo.

III. Las reformas de 2010

La Ley 30, de 16 de junio, de 2010 sobre aviación comercial, incluyó un capítulo sobre disposiciones penales y procesales.

En la parte penal, que es la que nos interesa, se introdujeron cuatro nuevos delitos al Código Penal de 2007 y se reformó, además, el artículo 442 del texto de 2007.

Por medio de estas reformas, se incriminó la alteración de la estructura de un medio de transporte para destinarlo a la elaboración, almacenamiento, distribución, venta o transporte de drogas o actividades relacionadas con el blanqueo de capitales y se fijó la pena entre 5 y 10 años de prisión.

Además se castigó como delito, el adquirir o hacer uso de un pasaporte panameño, la cédula de identidad, de la licencia de conducir, de visas o documentos que hagan sus veces o las reemplacen, alteren o falsifiquen y todo ello se castigó con prisión de 2 a 4 años. Sin duda, estas conductas ya están contempladas dentro de las figuras de falsedad de documentos.

También se introdujo como delito, el ingresar al país y no declarar que se trae diez mil balboas o más, lo que crea un conflicto con la Autoridad de Aduanas, que tiene esa conducta como infracción aduanera en su Ley Orgánica.

Todas las reformas antes mencionadas, se hicieron mediante la supuesta reforma de disposiciones que no existían previamente, por lo que se creó una situación por efecto de una mala técnica legislativa.

Finalmente, se modificó el artículo 442 del Código, sobre tráfico de seres humanos, para incriminar tales actos con pena de 15 a 20 años de prisión y la agravante se aumentó en dos terceras partes, cuando el sujeto que dirige la actividad forma parte de una organización nacional o internacional dedicada al tráfico de personas.

Con la Ley 67, de 26 de octubre, de 2010 se adicionaron 4 disposiciones del Código de 2007, para salvar los defectos de una errada técnica legislativa, pues no se podía reformar una norma que no existía. Por tal razón, con esta ley se adicionan las normas

que se introdujeron en la ley sobre aviación comercial que ahora se «adicionan» al texto original del Código de 2007.

IV. La reforma de 2011

La última reforma al Código Penal de 2007 se produjo por medio de la Ley 1, de 13 de enero, de 2011.

Esta ley modificó dos disposiciones del Código Penal y añadió un nuevo artículo al texto original.

En efecto, se modificó la privación de libertad de personas, cuando los responsables son servidores públicos o actúan al amparo del Estado, que ahora se incrimina con pena de 15 a 20 años de prisión.

Así mismo, se incriminó con penas que oscilan entre dos y 8 años de prisión al servidor público que someta a un privado de libertad a castigos indebidos o castigos infamantes.

Por último, se incrimina infligir a las personas penas o sufrimientos físicos o mentales con fines de investigación, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o como cualquier otro fin. Para estos casos, la pena es de 10 a 15 años de prisión.

Sin duda la redacción de esta última figura punitiva, por lo menos, es muy defectuosa, pues decir que hacer eso como forma de penar o con cualquier otro fin era suficiente.

V. Consideraciones finales

Es indudable que las reformas reseñadas evidencian una hipertrofia de nuestra reciente codificación penal, pues se han introducido delitos que no se necesitaban y se han aumentado penas de forma indiscriminada y sin mayor justificación.

Desde la llegada en julio de 2009 al poder, el gobierno actual ha reformado el Código de 2007 para aumentar el máximo de la pena de prisión hasta 50 años sin ningún estudio que justifique tal proceder y con un sistema penitenciario arcaico que es una vergüenza para nuestro país.

Aplaudo que la Corte Suprema de Justicia, integrada por magistrados que en su mayoría, provienen del gobierno actual o de quienes fueron sus aliados, haya ordenado al Ejecutivo atender el problema del hacinamiento en la cárceles, pues desde que el ilustre patriota Justo Arosemena, el panameño más ilustre del siglo diecinueve, puso de manifiesto nuestro insostenible sistema penitenciario en 1855, las cosas no han cambiado para mejor sino para peor.

Perú

Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal

Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia

Las reformas penales en el Perú: objeto y función

Las reformas penales suelen ser la expresión formal de un proceso de decisiones de política criminal que comunican a la sociedad, la necesidad inminente de implementar un nuevo planeamiento estratégico en el control penal que diseña y aplica el Estado.

Ahora bien, las posibilidades de eficacia de toda reforma en lo penal, estarán siempre condicionadas por el grado de conocimiento de la realidad social donde interactúan las situaciones problemáticas que identifican la criminalidad existente en un espacio geográfico y en un momento histórico determinados. Sólo esa necesaria e imprescindible información criminológica posibilitará que la formulación de una renovada estrategia de prevención y control de la delincuencia, resulte idónea a la vez que contrastable en sus efectos positivos o disfunciones (Cfr. José Hurtado Pozo. Reflexiones sobre la Reforma Penal, en Anuario de Derecho Penal 2009. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 2010, p. 274).

Pero, además, la aplicación de toda estrategia de reforma penal demanda también la formulación de otros actos y procesos menores de planeamiento, más focalizados y concretos, a los que la teoría designa como *planes tácticos u operativos*. La importancia de los mismos radica en que a ellos corresponde, en definitiva, la identificación específica y material de las necesidades, recursos u oportunidades que posibiliten una inserción auspiciosa de los cambios esperados, sea que estos incidan en la legislación penal o en la actividad de los órganos encargados de aplicarla.

Lo sensato de un proceder político criminal de tales características hace impensable que un Estado moderno pueda actuar en el presente de modo distinto al descrito. Por tanto, bajo esa premisa es de esperar que las acciones reformistas que aquel decida y practique contra la criminalidad cuenten siempre con un razonable grado de probabilidades de efectividad positiva o cuando menos de eficacia controlable.

Sin embargo, el *ser* de aquel *debe ser* ha reproducido siempre una praxis muy distinta a través de la reciente evolución histórica de la política criminal peruana. En nuestra realidad nacional la improvisación, la pérdida de oportunidades y el desconocimiento o desatención de las consecuencias de lo que se hace y decide en el dominio de la prevención y control de

la criminalidad, han constituido siempre una grave constante. Esta lamentable tradición del control penal en nuestro país se ha visto siempre agravada por el permanente uso simbólico del derecho penal positivo que sólo oferta funciones latentes, las cuales socialmente se desgastan encubiertas en continuos procesos de criminalización y sobrecriminalización o en meras modificaciones coyunturales o de tránsito. En un contexto psicosocial de esas características, no resulta extraño que el discurso político se desplace con frecuencia hacia propuestas alentadoras del retorno de la pena de muerte, como ocurrió al inicio del gobierno aprista y como se viene expresando todavía por algunos políticos en la coyuntura presente “*ante un grave rebrote del terrorismo*”. Por tanto, todas estas decisiones y actitudes colocan al Estado, como a su política criminal, en un escenario cíclico y concéntrico de errores e irresponsabilidades que no alteran en nada el espectro siempre en crecimiento y expansión de la criminalidad. Los recién cumplidos veintiún años de vigencia del Código Penal de 1991, dan un irrefutable testimonio de todo ello. Por consiguiente, consideramos pertinente reflexionar sobre esta experiencia y efemérides como inevitable telón de fondo para cualquier repaso cualitativo o cuantitativo que se pueda hacer sobre las “*últimas*” reformas en la legislación penal ocurridas en el trienio 2009-2012.

Características de las reformas del Código Penal de 1991

Una característica común de los continuos procesos reformistas que han incidido en el sistema de normas del Código Penal vigente en el país, desde abril de 1991, sigue siendo la exagerada vocación *importadora* del derecho y de la política criminal que inspiran su diseño y configuración. Para algunos críticos, como Hurtado Pozo, se trata de un grave defecto que deviene en un abuso del empleo de la recepción jurídica hasta límites intolerables (Cfr. José Hurtado Pozo. Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3ª. Edición. GRIJLEY. Lima. 2005, p. 129). Tal proceder ha generado con frecuencia efectos colaterales negativos de mayor trascendencia técnica, que las ventajas que la traslación normativa de normas e instituciones extranjeras aparentaba involucrar. Efectivamente, en no pocas ocasiones, un afán oportunista del legislador, unido al escaso nivel de información que preceden a la elección y adopción de las fuentes legales extranjeras, ha determinado, finalmente, que se recepcionen instituciones “*innovadoras*” pero que carecen de antecedentes en

nuestra legislación o que se asimilen fórmulas legislativas incompletas y no validadas, siquiera, en el sistema jurídico del cual son originarias. Ello, por lo demás, también aconteció durante las etapas prelegislativas que antecedieron al Código del 91. Un ejemplo de estas malas prácticas fue la recepción de las consecuencias accesorias aplicables a personas jurídicas (Artículo 105°), y que, siguiendo su modelo español (Proyecto de 1980 y Anteproyecto de 1983), se introdujeron sin estar acompañadas de reglas de determinación judicial para su aplicación concreta, lo cual no fue advertido en su oportunidad por los actores de la reforma y hasta la fecha no ha sido enmendado por los receptores de la misma. Consecuencia de ello ha sido su nula aplicación judicial pese a la presencia activa de modalidades de criminalidad como el lavado de activos que involucra con frecuencia la intervención de personas jurídicas en sus diferentes modalidades de realización.

Otro rasgo disfuncional de los procesos de reforma que han acompañado los 21 años de vigencia del Código Penal peruano, fue el escaso interés del legislador por hacer partícipe de sus debates y decisiones modificatorias a los diferentes sectores de la población nacional. Incluso en el cotidiano espacio de los medios de comunicación las modificaciones legales suelen ser objeto de marginación y desinterés. Es más, pese a que en algunas ocasiones ellas van acompañadas de una línea de información sensacionalista que destaca los altos grados de la violencia criminal y de la inseguridad ciudadana como justificantes de su pertinencia, tal actitud mediática suele ser muy efímera, coyuntural y poco polémica. Por ejemplo, una actitud psicosocial de tal naturaleza se ha manifestado cada vez que se han replanteado las agravantes y las penas para los delitos de robo, secuestro y extorsión. También cuando se han anunciado flexibilizaciones en el régimen penal del aborto o en la ampliación constitucional de los supuestos tolerados para la aplicación de la pena de muerte.

Ahora bien, en lo concerniente a su técnica legislativa y a su visión político criminal, los procesos reformistas sucedidos en estas dos décadas no sólo han mostrado improvisación o dispersión, sino que ellos ha logrado contados aciertos y muy notables como continuos desaciertos y contradicciones. Al respecto, cabe señalar lo ocurrido el año 2011 con las sucesivas modificaciones que sufrió la normativa sobre los delitos contra la administración pública a través de las leyes 29703 y 29758.

De otro lado, una frecuente “*huida al derecho penal*” propicia la continua inclusión de nuevas crimina-

lizaciones que han ido extendiendo y saturando la parte especial, generando además una desorbitada desarmonía interna. Al respecto cabe señalar que entre mayo de 1991 y mayo de 2012 se han tipificado cuarenta y cuatro nuevos delitos. Es decir, se han incorporado al Código Penal un promedio de más de dos nuevos delitos cada año. Muchos de estos ilícitos han ingresado a nuestra legislación acompañados de sus respectivos catálogos de circunstancias agravantes. Por ejemplo, hoy encontramos infracciones penales tan específicas e innecesarias como el delito de turismo sexual infantil regulado en el artículo 181° A, el delito de comercialización ilegal de alcohol metílico previsto en el artículo 288° A o el delito de ensamblado, comercialización y utilización en el servicio público de transporte de ómnibus sobre chasis adulterados, sancionado por el artículo 279° E. Igualmente, coexisten con aquellas nuevas conductas criminalizadas otros ilícitos de aparente complejidad o sofisticada configuración, como el delito de hurto mediante la fabricación de dispositivos para la decodificación de señales de satélite portadoras de programas al que se alude en el artículo 186° A, o el delito de clonación o adulteración de terminales de telefonía celular que contiene el artículo 222° A. Ahora bien, la exagerada corriente criminalizadora adoptada por las reformas posteriores a 1991, difiere abismalmente de la casi imperceptible acción descriminalizadora del legislador, la cual en un lapso de veintiún años sólo se ha manifestado en una ocasión para suprimir el delito de desacato que se encontraba tipificado en el artículo 374°.

No ha sido menos significativa la influencia que en todo este tiempo ha ejercido la política criminal internacional, dimanante de convenios globales o regionales (ONU, OEA, CAN), en la ampliación de los delitos y de las penas en nuestra legislación penal fundamental. La búsqueda globalizada de una armonización legislativa o de una estrategia universal contra la criminalidad organizada ha obligado al legislador nacional a incorporar también un significativo elenco de nuevos delitos relacionados con esta criminalidad de proyección transnacional (Cfr. Víctor R. Prado Saldarriaga. *Criminalidad Organizada*. IDEMSA. Lima. 2006, ps. 30 y 31). Así se han incluido novedosos tipos penales en la parte especial para sancionar delitos no convencionales como la trata de personas (Artículo 153°), la pornogra-

fía infantil (Artículo 183° A), el tráfico de armas químicas (Artículo 279° A), el tráfico ilícito de migrantes (Artículo 303° A), los actos de discriminación (Artículo 323°) o de manipulación genética (Artículo 324°), así como el cohecho transnacional (Artículo 397° A) y la revelación indebida de identidad de agentes encubiertos, colaboradores eficaces, peritos o testigos protegidos (Artículo 409° B).

Las últimas reformas penales 2009-2012

Ahora bien, ¿deben continuar las reformas penales con las características antes mencionadas?; o, quizás, como sostiene algunos, es la ocasión de que el Código Penal de 1991 deba ser reemplazado por otro. A nuestro modo de ver el periodo de vigencia que aquel cuerpo normativo ha acumulado es todavía corto, por lo que una reforma total del mismo no sólo es de momento innecesaria, sino que planteamientos políticos en ese sentido pueden devenir incluso en irresponsables. Lo que cabe hacer es repasar lo acontecido para identificar aquellas áreas que deben ser reformuladas o suprimidas. En ese contexto, los debates de la doctrina o las dudas jurisprudenciales en torno a la aplicación de muchas disposiciones generales y delitos, deben ser un insumo mínimo de dicho proceso de revisión.

No obstante, la praxis seguida por el Estado entre los años 2009 y lo que va del 2012, ratifica su voluntad política criminal de seguir impulsando cambios normativos parciales a la vez que intentar, en paralelo, otros de carácter integral. En tal sentido, junto a nuevas normas criminalizadoras como la inclusión en el primer semestre de 2012 del delito de “Minería Ilegal” con el Decreto Legislativo 1102 del 29 de febrero y el de “Marcaje o Reglaje” con la Ley 29858 del 2 de mayo; se viene impulsando la elaboración de anteproyectos sustitutorios del Código Penal vigente. Es más, a la fecha ya se han hecho públicos dos de estos documentos. El primero data del año 2004 y el segundo del año 2009. Ambos sólo se refieren a la parte general (Véase el articulado de los Anteproyectos en Anuario de Derecho Penal 2009. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 2010, p. 303 y ss.).

A continuación incorporamos un listado y sumillado de las reformas al código penal producidas entre los años 2009 y 2012:

NORMA LEGAL	FECHA DE PROMULGACIÓN	SUMILLA
Ley 29316	14 de Enero del 2009	Incorpora artículos 186A y 194A sobre delitos de descodificación de señales de satélite portadoras de programas; y artículo 397A sobre cohecho activo internacional.
Ley 29407	18 de Septiembre del 2009	Incorpora artículo 50A sobre concurso real de faltas.
Ley 29439	19 de Noviembre del 2009	Incorpora artículos 274A y 279F sobre manipulación de herramientas peligrosas y empleo de armas en estado de armas en estado de ebriedad o drogadicción.
Ley 29460	27 de Noviembre del 2009	Deroga artículos 30 y 334 en lo referente a la pena de expatriación.
Ley 29570	25 de Agosto del 2010	Modifica artículos 46B y 46C sobre agravantes por reincidencia y habitualidad.
Ley 29583	18 de Septiembre del 2010	Introduce en los artículos 195, 186 y 206 agravantes para los delitos de receptación, hurto y daños cuando los bienes objeto del delito son equipos de seguridad de los servicios públicos de saneamiento, electricidad, gas o telecomunicaciones.
Ley 29632	17 de Diciembre del 2010	Incorpora artículo 288C para reprimir producción o comercialización de bebidas alcohólicas ilegales.
Ley 29660	4 de Febrero del 2011	Incorpora artículo 251B para reprimir manipulación de precios en el mercado de valores.
Ley 29675	12 de Abril del 2011	Modifica artículo 294 e incorpora artículos 294A, 294B y 294C para reprimir delitos de suministro ilegal de productos farmacéuticos y médicos.
Ley 29699	4 de Junio del 2011	Modifica artículo 121A y 122A sobre agravantes en lesiones graves y leves cuya víctima sea un menor de edad.
Ley 29703	10 de Junio del 2011	Incorpora artículo 393A para reprimir soborno internacional pasivo.
Ley 29758	21 de Julio del 2011	Modifica artículos 384, 387, 388, 393A 400 y 401 sobre delitos contra la administración pública.
Decreto Legislativo 1102	29 de Febrero del 2012	Incorpora artículos 307A, 307B, 307C, 307D, 307E, 307F, 314, y 314D para reprimir la minería ilegal.
Decreto Legislativo 1103	3 de Marzo del 2012	Modifica artículo 272 sobre comercialización ilegal de productos gravados.
Decreto Legislativo 1104	18 de Abril del 2012	Modifica procedimiento de pérdida de dominio.
Decreto Legislativo 1106	18 de Abril del 2012	Regula represión del delito de lavado de activos.
Ley 29859	2 de Mayo del 2012	Incorpora artículo 317 para reprimir actos de marcaje o reglaje (seguimiento de personas que luego serán víctimas de delitos de robo o secuestro)

A modo de conclusión

Es indudable que el tránsito por más de dos décadas del Código Penal peruano de 1991, daría lugar a un examen más exhaustivo y complejo de su evolución y futuro. Nuestro breve análisis debe, por tanto, ser apreciado como una aproximación dogmática y crítica que ha procurado dar líneas generales para el trabajo

futuro de historiadores, sociólogos, politólogos y penalistas. Más que un acto jubilar por el tiempo de vigencia transcurrido, la oportunidad de esta efemérides, como se señaló en un inicio, debe asimilarse como un espacio de reflexión sobre lo que representa el derecho penal en sociedades como la nuestra, donde la búsqueda de una consolidación democrática y constitucional debe lidiar de modo sinuoso y continuo con coyunturas de excesos

y despropósitos autoritarios o dictatoriales. Por consiguiente, la incertidumbre es de momento el horizonte de proyección del Código Penal de 1991. Lo cual, por lo demás, se refleja permanentemente en la producción, modificación y aplicación de sus normas. Urge, pues, la necesidad de promover el desarrollo de la investigación criminológica sobre la etiología de la inseguridad ciudadana, a la vez que de formular una política criminal inteligente y responsable que evite el continuismo de la demagogia o el populismo penal. Ahora bien, para poder impulsar e internalizar debidamente esta nueva actitud y visión frente a la problemática de la criminalidad nacional, y frente al rol que corresponde al derecho penal deben tenerse muy en cuenta las lúcidas advertencias de HASSEMER:

*“Si la violencia, riesgo y amenaza se convierten en fenómenos centrales de la percepción social, entonces, este proceso tiene consecuencias ineludibles en cuanto a la actitud de la sociedad frente a la violencia. Esta es la hora de conceptos como **luchar, eliminar o represión**, en perjuicio de actitudes como **elaborar o vivir con**.*

*Incluso la prevención pierde su resabio de terapia individual o social y se consolida como un instrumento efectivo y altamente intervencionista de la política frente a la violencia y el delito. La sociedad, amenazada por la violencia y el delito, se ve puesta contra la pared. En su percepción, ella no se puede dar el lujo de un derecho penal entendido como protección de la libertad, como **Carta Magna del delincuente**, lo necesita como **Carta Magna del ciudadano**, como arsenal de lucha efectiva contra el delito y represión de la violencia. El delincuente se convierte tendencialmente en enemigo, y el derecho penal, en **derecho penal del enemigo**”* (Winfried Hassemer. Crítica al Derecho Penal de Hoy. AD-HOC. Buenos Aires. 1995, p. 52).

Tenemos, pues, la obligación democrática y constitucional de evitar que esa sea la única opción de futuro que le quede al Código Penal de 1991. La evocación de destacados penalistas nacionales que contribuyeron a su redacción original, apostando por la orientación humanista y garantista de sus normas, así como de aquellos que a lo largo de sus veintidós años han aportado su comprometido esfuerzo intelectual para dotarle hermenéuticamente de esa orientación ideológica y política así lo demandan a las nuevas generaciones de penalistas peruanos. Personalmente estoy convencido de que nunca será tarde para empezar a cumplir con ese ineludible deber y con esa imprescindible tarea.

Portugal

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

*Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
(FCostaPinto@fd.unl.pt; www.fd.unl.pt)*

I. Enquadramento das reformas

O sistema penal português organiza-se a partir de duas codificações básicas —o Código Penal (1982) e o Código de Processo Penal (1987)— e um conjunto de legislação complementar, de natureza substantiva e adjectiva. As reformas dos últimos três anos têm incidido sobre todas as dimensões referidas, em especial na legislação processual e na legislação substantiva avulsa.

A pesar de em 2007 as leis penais terem sido objecto de uma intervenção ampla, embora sem um consenso equivalente, o legislador voltou, por um lado, a alterar as codificações básicas do sistema e desenvolveu, por outro, a legislação especial de forma muito significativa.

Em parte, tal deveu-se à ausência de um consenso alargado quanto à reforma de 2007 e às críticas que magistrados, advogados e académicos dirigiram a algumas soluções então acolhidas (v.g. prisão preventiva, segredo de justiça, crime continuado, responsabilidade criminal de pessoas colectivas). No âmbito de um trabalho de monitorização das reformas penais, o Observatório Permanente da Justiça apresentou dois relatórios (em Julho e Outubro de 2009) que reclamavam no mínimo alguns ajustamentos significativos (cfr. <http://opj.ces.uc.pt>).

Mas sentiu-se também uma inquietude genética do legislador penal que, intervindo normalmente sob pressão política e com horizontes curtos, tem negado qualquer pretensão de estabilidade à legislação dessa natureza, através de uma sucessão de pequenas reformas destinadas a cumprir um calendário político próprio, em regra limitado a uma legislatura. À data em que se encerra este texto (Abril de 2012) o Governo anunciou já novas alterações às codificações penais, cujas propostas se encontram neste momento num circuito reservado de consultas a instituições ligadas ao sistema de justiça.

Na prática, o legislador penal segue uma agenda de reformas políticas que permitem apresentar «obra feita», mas na verdade a obra fica por fazer e a resolução dos problemas acaba por ser passada para os tribunais.

Uma parte do excesso quantitativo destas reformas penais deve-se assim a um legislador impaciente e ansioso por deixar uma marca no sistema penal, no que

será seguido por outra reforma logo que ocorra uma mudança do ciclo político.

A forma como a sucessão de alterações legislativas é recebida revela-se igualmente ambivalente, oscilando entre uma postura de saturação perante novas alterações e um juízo crítico sobre a insuficiência das mesmas. À falta de uma reforma profunda, fundamentada, consequente e seriamente participada, traçada com horizonte de Estado, o sistema penal tem vivido uma sucessão de pequenas alterações, mais ou menos eficazes, mais ou menos necessárias, mas rapidamente ultrapassadas por novas necessidades legislativas reais ou fictícias (muitas vezes deformadas pela comunicação social e por políticos menores). A democracia não é sinónimo de racionalidade legislativa em matéria penal.

II. Alterações ao Código Penal

Nos últimos três anos o Código Penal foi alterado quatro vezes.

O primeiro conjunto de alterações foi realizado pela Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, que ampliou o âmbito do regime de perda de vantagens obtidas com a prática do crime (art. 111.º, n.º 2 CP), alargou o elenco de crimes sujeitos ao prazo de 15 anos de prescrição do procedimento criminal (artigo 118.º, n.º 1, al. a) CP), reformulou os tipos incriminadores de recebimento indevido de vantagens e de corrupção passiva (art. 372.º e 373.º CP) e criou novos tipos de incriminação relativos à violação de regras urbanísticas (arts 278.º-A e 382.º-A, CP).

A reforma de 2007 tinha ampliado a figura do crime continuado ao admitir a sua aplicação a crimes contra bens jurídicos eminentemente pessoais se estivesse em causa a mesma vítima. A solução provocou uma profunda polémica nos meios jurídicos nacionais por, entre outras razões, privilegiar de forma injustificada o autor de agressões sexuais repetidas contra a mesma vítima. A Lei n.º 40/2010, de 3 de Setembro, veio repor a solução inicial: não se aplica o privilégio do crime continuado quando estejam em causa bens jurídico eminentemente pessoais (trate-se ou não da mesma vítima).

A Lei n.º 4/2011, de 16 de Fevereiro, limitou-se a corrigir algumas gralhas na formulação das agravantes dos crimes de corrupção e de titulares de cargos políticos.

Finalmente, a Lei n.º 56/2011, de 15 de Novembro, alargou o âmbito de aplicação do crime de incêndio florestal (artigo 274.º CP), reformulou os tipos de crime de danos contra a natureza (artigo 278.º CP) e de po-

luíção (artigo 279.º CP), alargando por um lado o seu âmbito de aplicação e restringindo por outro os tipos, ao exigir a violação de disposições legais e regulamentares ou um certo patamar mínimo de danosidade dos factos. Foi ainda criada uma nova incriminação que contempla actividades perigosas para o ambiente (art. 279.º-A, CP).

III. Alterações ao Código de Processo Penal

Neste período de 2009 a 2012 devem destacar-se três conjuntos de alterações ao Código de Processo Penal, duas já efectivadas e uma em fase de discussão pública.

A entrada em vigor de um novo Código de Execução de Penas determinou a reformulação de alguns preceitos do CPP sobre esta matéria (Lei n.º 115/2009, de 12 de Outubro).

A Lei n.º 26/2010, de 30 de Agosto, introduziu mudanças extensas e significativas em algumas matérias processuais. Na impossibilidade de enunciar todos os aspectos (por razões de espaço), podem salientar-se as seguintes soluções: limitação do regime de publicidade do processo (art. 86.º, n.º 6, al. a) na fase de inquérito (corrigindo uma solução demasiado ampla da reforma de 2007); ampliação do direito de consulta do processo pelo arguido em caso de aplicação de medida de coacção ou garantia patrimonial (art. 194.º, n.º 7); alargamento do catálogo de crimes que admitem prisão preventiva (artigo 202.º), corrigindo algumas restrições criadas pela reforma de 2007; e, uma das matérias mais significativas e consequentes, o alargamento e alguma simplificação das formas especiais de processo (em especial, da forma sumária, artigos 382.º e ss), no sentido de alargar o seu campo de aplicação e limitar as vicissitudes processuais que poderiam determinar o envio para a forma comum (mais solene e morosa)

Em Dezembro de 2011, o Governo submeteu a consulta nos meios judiciais um conjunto de novas propostas de alteração ao CPP, a saber: a possibilidade de o Juiz de Instrução Criminal (JIC) aplicar na fase de inquérito uma medida de coacção mais grave do que a requerida pelo Ministério Público (MP), um limite expressamente acolhido na lei pela reforma de 2007 que foi muito questionado pelo poder judicial; a obrigatoriedade assistência de defensor em qualquer interrogatório em que intervenha uma autoridade judiciária (JIC ou MP) e a possibilidade de leitura em julgamento de autos com declarações de arguido obtidas em fases anteriores (inquérito e instrução), desde que proferidas perante autoridade judiciária e com informação

expressa da possibilidade de tal acontecer antes de as declarações serem prestadas. Tais soluções deverão ser consagradas legalmente ainda durante este ano.

IV. Legislação específica

O domínio em que se verifica uma maior inflação de intervenções é o da legislação complementar. Em apertada súpula:

A Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho, veio agravar as sanções (penas e coimas) nos crimes e contra-ordenações contra o mercado, elevando-as respectivamente para um limite de 5 anos de prisão (no abuso de informação e na manipulação do mercado) e 5 milhões de euros (nas contra-ordenações).

A Lei n.º 25/2009, de 5 de Junho, veio regular as decisões de apreensão de bens ou elementos de prova na EU.

A Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho, criou um regime destinado a combater a dopagem no desporto, criando para o efeito diversos crimes e contra-ordenações neste domínio (art. 43.º e ss); por seu turno, a Lei n.º 39/2009, de 30 de Julho, veio regular diversos aspectos relativos à segurança desportiva, designadamente o combate à violência, racismo, xenofobia nos espectáculos desportivos, através da criação de regimes administrativos de prevenção e controlo e de um regime sancionatório (art. 27.º e ss) que contempla vários crimes e contra-ordenações.

A Lei n.º 74/2009, de 12 de Agosto, veio estabelecer na ordem jurídica interna o regime do intercâmbio de informações criminais na EU.

Foi igualmente aprovada a Lei do cibercrime (Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro) que contempla diversos crimes cometidos com recurso a tecnologias informáticas, cria critérios adicionais de vigência territorial da lei penal e sujeita o correio electrónico ao regime de apreensão da correspondência (contrariamente ao que resultava da reforma de 2007 que tinha integrado tal matéria no regime das escutas telefónicas).

A lei n.º 36/2010, de 2 de Setembro, alterou o Regime Geral das Instituições de Crédito, e com uma modificação (muito) subtil do seu artigo 79.º eliminou o regime de segredo bancário perante as autoridades judiciais que conduzam processos criminais. A jurisprudência posterior tem confirmado que, após esta alteração, os bancos não podem opor segredo profissional aos pedidos das autoridades judiciais formulados no âmbito de processos criminais. Em suma, no sistema penal português deixou o segredo bancário deixou de ser oponível à investigação criminal.

Através da Lei n.º 40/2010, de 3 de Setembro, foi alterado o Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

O regime de protecção de testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho) foi reforçado pelas alterações introduzidas com a Lei n.º 42/2010, de 3 de Setembro.

A Lei n.º 17/2011, de 3 de Maio, veio criminalizar o incitamento público, o recrutamento e o treino de terroristas.

Foi criado no âmbito da Polícia Judiciária um Gabinete de Recuperação de Activos, pela Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho.

Através da Lei n.º 46/2011 foi criado um tribunal de competência específica, o Tribunal da Propriedade intelectual, da Regulação, Supervisão e Concorrência, que concentra a competência para conhecer as impugnações judiciais e realizar os julgamentos das decisões sancionatórias dos reguladores independentes (banca, bolsa, seguros, concorrência).

Foi igualmente aprovada, em 2012 (aguardando publicação), uma nova Lei da Concorrência que alargou significativamente os poderes de autoridade da Autoridade da Concorrência e regulou de forma pormenorizada a tramitação do processo sancionatório da sua competência.

Após um intenso e complexo debate público e parlamentar, foi aprovada uma lei criminalizadora do enriquecimento ilícito. Sujeita a fiscalização prévia de constitucionalidade foi considerada inadmissível, por ser: violadora do princípio da presunção da inocência (ao contemplar uma presunção de ilicitude quanto à origem de patrimónios discrepantes), carecer de um bem jurídico a tutelar que a pudesse legitimar materialmente e derogar o princípio da legalidade ao não permitir identificar a acção ou omissão proibidas (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, de 4 de Abril).

V. Tendências e previsões

Os elementos reunidos permitem identificar duas grandes tendências quanto à evolução do sistema penal em Portugal:

Por um lado, uma forte tendência neo-criminalizadora que se faz sentir não tanto (mas também) na gravidade das penas, como em especial no alargamento do campo da intervenção penal, com particular incidência na legislação complementar. Uma parte desta expansão do sistema penal tem resultado de compromissos internacionais designadamente no âmbito da União Europeia.

Por outro lado, nota-se uma profunda alteração dos paradigmas processuais de realização da justiça penal, com uma marcada obsessão pela celeridade e eficiência, um alargamento pontual dos poderes de intervenção das autoridades judiciárias, um privilegiamento das formas imediatistas de justiça penal (v.g. alargamento da forma sumária de processo e soluções mais expeditas, como sentenças orais ditadas logo no final do julgamento) e uma tentativa de combater formas de litigância de matriz dilatória que promovem a morosidade processual.

As duas tendências são no entanto contraditórias entre si, pois o alargamento da intervenção penal aumenta as pendências e agrava a morosidade processual. De igual modo, a intervenção legislativa por vezes precipitada, pouco reflectida, sujeita a agendas políticas de horizontes curtos só pode agravar a morosidade processual: as intervenções legislativas descuidadas pagam-se depois nos processos, em recursos, repetição de actos processuais e prescrições.

O tempo da política legislativa e o tempo da realização judicial da justiça penal continuam assim profundamente desencontrados no início deste século, revelando características antagónicas. O legislador deveria conter a sua fúria legislativa (trabalhando as leis penais com tempo, sentido crítico e avaliações fundamentadas) e o sistema judicial deveria reformular as suas formas de organização e gestão. Um excesso de leis e de modificações às mesmas significam em regra um excesso de problemas. Uma justiça lenta que ignora o mundo que a rodeia é deslocada e torna-se perigosamente supérflua.

Não podemos correr o risco de os sistemas penais europeus —que constituem padrões de civilização no plano dos direitos fundamentais— se converterem num luxo do Estado de Direito. Urge por isso repensar a arquitectura do sistema penal, o alcance do princípio da intervenção mínima e o modelo de processo penal que os podem realizar de forma adequada.

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 2009 to 2012 is no exception in terms of changes⁴. Moreover, in many respects this phase has been a critical turning point for some institutes and concepts of the criminal as well as the criminal procedure law.

In the criminal law the significant changes have been introduced to the General Part of the CC RF, e.g., in terms of sentencing. The amendments of the Special Part of the CC RF concern the decriminalization of some offenses such as slander (art. 129 CC RF), insult (art. 130 CC RF), pseudo-entrepreneurship (art. 173 CC RF) etc.⁵

With regard to the criminal procedure should be pointed out the introduction of the new institute, which is supposed to enhance an accusatorial element in Russian criminal procedure. This is a special procedure of the pre-trial agreement for cooperation between prosecution and defense (chapter 40.1. CPC RF) an **analogue of plea bargaining**⁶.

Many of the legal innovations are ambiguous and contradictory. In this article will be discussed only some of them in a more detailed way.

Changes in Criminal Law

As the goals of one of the most far-reaching reforms (2009-2012) of criminal law since the existence of the CC RF (1996) are proclaimed the humanization of the criminal law, «unloading» of the prisons, recovery of the business environment and creating a more favorable investment climate⁷.

Most of the changes of 2011 were related to criminal sanctions⁸. To this extent, almost all articles of the Special Part CC RF and the relevant articles of the General Part CC RF were amended.

The amendments of the **General Part CC RF** within the analyzed period are mainly remarkable by the providing a broader discretion to judges in sentencing matters.

Firstly, the *lower threshold for the penalties for minor crimes* was changed. For example, earlier kidnapping (art. 126 CC RF) was punishable by imprisonment for a term of four to eight years. Since 2011 the sanction for this crime has been changed: the imprisonment for a term of *two months* to five years (art. 126 and pa. 2 art. 56 CC RF)⁹.

Secondly, according to the new amendments the *judges were given the competence to change the category of crime*. So the category of crime can be reduced

by no more than one level under the condition of the absence of aggravating circumstances (art. 63 CC RF) as well as existence of the mitigating circumstances (art. 61 CC RF), pa. 6 art. 15 CC RF and N 6.1. pa. 1 art. 299 CPC RF¹⁰.

The categories of crimes are represented in the art. 15 CC RF. The CC RF distinguishes between the following categories of crimes: crimes of small gravity (e.g., infecting with HIV infection, pa. 1 art. 122 CC RF), crimes of average gravity (e.g., switching a child, art. 153 CC RF), grave crimes (e.g., human beings' trafficking, pa. 1 art. 127.1 CC RF) and especially grave crimes (e.g., murder, pa. 1 art. 105 CC RF). For instance, the crimes of small gravity shall be deemed to be intentional and negligent acts, for the commission of which the maximum punishment provided for by the CC RF does not exceed three years of deprivation of freedom (pa. art. 15 CC RF)¹¹. Thus, every criminal offense—depending on the nature, degree of social danger and the relevant penalties provided for in the CC RF—falls under one of these categories.

According to the recent changes the judges can «requalify» the category upon their discretion, e.g., an especially grave crime into a crime of average gravity.

Changing the category of crimes has, however, a practical significance. For example, the investigating authorities are entitled to telephone tapping, if they investigate crimes that fall under the category from 'average gravity' to 'especially grave crimes' (pa.1 art. 186 CPC RF). With the change of the category of crime the conditions of the conducting of these inquiry measures will vary, e.g., some measures of inquiry may be conducted more often than before.

Hence, on one hand, the legislative changes can help the judges to individualize the sentences to larger extent, making criminal law more flexible and humane - so the adherents of the reform¹². On the other hand, here should be considered the arguments against.

Firstly, such a broad judicial discretion is not entirely consistent with the logic and the continental criminal law tradition: changing the gravity of offense, the court infringes upon the “objective legal criteria,” which is deemed to be the prerogative of the legislature.

Secondly, under the circumstance of the judicial independence on executive the expanded discretion of judges in imposing sentences can lead to serious abuse and open new “horizons of corruption».

Another controversial change is the introduction of a new form of criminal punishment - *compulsory labor* (art. 53.1, art. 59.1 CC RF and N 7.1 pa. 1 art. 299 CPC RF)¹³.

At first glance, the introduction of the alternative to imprisonment, which is currently imposed by the courts in the most criminal cases, can be estimated as positive. One of the reasons is that because prisons in Russia are overcrowded¹⁴. It is, however unclear, how effective in practice the new penalty will be, which can be already imposed by the courts from the 1st of January, 2013. The mechanism for the implementation of compulsory labor—which, in particular, consists of the correctional centers for persons sentenced to compulsory labor, appropriate jobs for them, adequate infrastructure—has not been created yet¹⁵.

With regard to the above mentioned changes there is a number of problems connected primarily with the application of the *retroactive force of the criminal law* (art. 10 CC RF).

Thus, the new lower threshold for the penalties as well as the broader competence of judges with regard to the category of crime are posing the following question: whether these changes are the basis for the application of art. 10 CC RF, i.e. circumstances “mitigating punishment or in any other way improving the position of a person who has committed a crime”, or not.

Relating to this controversy, the opinion of the Constitutional Court of the Russian Federation differs from with the position of the Presidential Administration and the General Prosecutor's Office¹⁶. The latter do not regard these changes as ‘improving the situation of the person who has committed a crime’ (art. 10 CC RF). Hence, the amendments are not regarded as the basis for the review of sentences.

On the contrary, the Russian Constitutional Court in its previous decisions has already clearly classified the case of any new criminal provision as the case of art. 10 CC RF, if it mitigates the criminal punishment in any possible way. Subsequently, according to the Constitutional Court the new criminal norms have the retroactive force and are applicable to all stages of criminal proceedings, including the review of the decisions entered into force and execution of the sentences¹⁷.

Here, the position of the Constitutional Court is more convincing. Lowering of the minimum limit of the sanction shall, certainly, be understood as ‘a law mitigating punishment’ (art. 10 CC RF). Especially it is hard not to recognize this fact in relation to those crimes, where the minimum penalty has been significantly reduced, e.g., by art. 164 (theft of items of particular value) the lower limit has been changed from six years down to two months. Hence, there is the necessity of reviewing sentences under the articles with the modified sanctions. In particular, it is necessary, if

the minimum punishment was imposed according to the previous law, so if there is any chance to impose a softer punishment under the new legal provisions

The same ‘mitigating’ issue (art. 10 CC RF) arises relating to the compulsory labor. Controversial is the estimation, whether the alternative punishment can be considered milder as imprisonment and therefore as the ground for the review of earlier convictions.

With regard to the **Special Part CC RF** the articles of *economic crimes* (chapter 22 CC RF) have been undergone the most significant changes.

The amendments to the CC RF, which entered into force in 2009-2011, took a course to the milder punishments for economic crimes in order to improve the investment climate and reduce the pressure of the law enforcement authorities on business¹⁸.

Some economic crimes were abolished; many have been undergone serious changes. Parallel to this trend a number of entirely new offenses appeared in this area. These are, for example, the following ones: illegal organization and conducting of gambling (art. 171.2 CC RF), infringement of the accounting of rights to securities (art. 185.2 CC RF), the price manipulation in the securities market (art. 185.3 CC RF), illegal formation (establishment, reorganization) of a legal entity (art. 173.1 CC RF) etc..

Some of the “softening” amendments, however, are quite controversial. One of them is the decriminalization of pseudo-entrepreneurship (art. 173 CC RF). The adherents of the decriminalization argue that it was needed, since art. 173 CC RF was barely applied in practice. Opponents of the decriminalization insist, considering the fact that pseudo-entrepreneurship is a latent crime, that this crime is one of the most common forms of money laundering in Russia, which became fully legal through the recent amendments¹⁹.

The relevant criminal procedural changes with regard to the economic crimes concern the legal regulation of detention. From the 1st of January, 2010²⁰ the application of *detention as a pre-trial restriction* is forbidden with regard to the most of the economic offences. (pa. 1.1 art. 108 CPC RF)²¹.

Moreover, in 2011 the institute of *relief from criminal responsibility for most crimes in the economic sphere* was introduced to CC RF and CPC RF (art. 76.1 CC RF and Art. 28.1 CPC RF)²². For example, a person, who has committed an economic crime for the first time, shall be relieved from the criminal responsibility, if he/she has compensated five times for the damage to the federal budget. In connection with the latter rule, however, arises a paradox: On one hand, such a norm

humanizes the criminal law and simplifies the work of judges. On the other hand, after the relief from criminal responsibility, each next investigation conducted on the relieved person would be the “first” one, allowing him to buy off each time.

Apart from the already analyzed changes many other amendments entered into force over the last three years.

For example, *computer crimes* (art. 272-274 CC RF) have been undergone the changes. There were introduced new crimes with more severe punishments²³. Another amendment introduced new crimes for the *violence against minors*, e.g., art. 242. 2 CC RF (use of minors for the production of pornographic materials or objects)²⁴. The upper limits of the penalties for the crimes in this area increased. For example, since 2012 in the case of the repeated commission of the acts of a sexual nature with a person under the age of fourteen (pa. 6 art. 134 CC RF), one faces a life sentence²⁵. Chemical castration can now be applied to pedophiles on a voluntary basis.

Some of the criminal acts were decriminalized and became administrative offenses²⁶. The latter are provided for by the Code of Administrative Offences²⁷. For instance, former criminal offenses like slander (art. 129 CC RF) and insult (art. 130 CC RF) were moved to the AC RF: art. 5.60 AC RF and art. 5.61 AC RF accordingly. Also a number of other crimes fell under the category of administrative offenses: violation of equality of human rights and freedoms (pa. 1 art. 136 CC RF) is now punishable under art. 5.62 AC RF (discrimination), causing damage to property by fraud or breach of trust (art. 165 CC RF) moved to the AC RF (art. 7.27.1), also illegal trafficking of precious metals (art. 191 CC RF) became an administrative offense (19.14 AC RF) etc..

One of the main legal consequences of the fact that certain criminal acts are now qualified as administrative offenses is that legal persons can also carry administrative responsibility. Otherwise legal entities are not criminally liable under the Russian law.

Changes in Criminal Procedure Law

In the criminal procedure law within the analyzed period of time shall be pointed out amendments that are directly related to changes in criminal law. The latter were mentioned above (e.g., with regard to the competence of judges, art. 299 CPC RF).

In 2009 a new legal institute —*the pre-trial agreement of cooperation* (section 40.1 CPC RF)— was introduced to the Russian criminal procedure²⁸. This is an

agreement between the parties to the prosecution and defense, in which the parties agree on the conditions of the responsibility of the suspect or the accused at the pre-trial stage (art. 317.1-317.9 CPC RF). The so-called «deal with a justice» is not intended for a large scale application, but aims primarily at fighting organized crime.

The new institute, which is supposed to strength an accusatorial element in the Russian criminal procedure, is an analogue to American and English *plea bargaining*. However, the Russian legal innovation has a number of special features. Like other countries of continental Europe, Russia shows a more cautious approach to the application of plea bargaining.

Russian criminal procedural law is characterized by a *mixed type of criminal procedure* that combines inquisitorial form of preliminary investigation and adversarial litigation²⁹. Traditionally, the endeavor to establish the truth is regarded as the goal of the criminal procedure. Although the CPC RF does not establish the achievement of the truth as an aim of the criminal process, the criminal proceedings, especially analyzing the evidence, are based on the principle of comprehensiveness, completeness and objectivity of investigation of the facts³⁰. This principle is reflected in the legislation through the requirements of art. 73 CRC RF, which provides for the circumstances that are subject to proof in every criminal case, e.g., guiltiness of a person, the event of a crime, justifications etc.³¹.

With regard to the pre-trial agreement it means, that the court shall ensure by all permitted procedural means that the truth has been established and a *guilty person*—and not someone, who has bargained with the prosecution for better conditions— has been punished³².

Thus, only a limited application of the institute of the pre-trial agreement complies with the public nature of the criminal procedure and maintains an overall balance of the legal system.

Besides the already mentioned changes that have been introduced to the CPC RF, a wide public resonance caused the Federal Law, which reduced the *competence of the jury*³³.

With the changes of pa. 2 art. 30 CPC RF from the scope of the jurisdiction of jury was excluded the 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 Russia³⁴.

According to the statistics jury trials in Russia consider less than one percent of all criminal cases. This number is constantly decreasing³⁵. This trend, however, cannot be seen as a ‘humanization’ of the criminal law. The jury returns the greatest number of not-guilty verdicts (20%), whereas professional judges render only 1% (!) of acquittals³⁶.

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 power.

Conclusion

The recent changes in the criminal and criminal procedure law can be estimated in different ways. It is important to emphasize certain tendencies such as bringing the fiscal interests forwards and decreasing of the power of the executive. However, any change that claims to humanize the legal system, must comply with the needs and realities of the relevant legal and social system.

It should be pointed out that the tendency to amend the law without proper discussion with the public and professionals has been formed in Russia, at least with regard to the legal innovations of the recent years. The result of such politics can be an ‘unbalanced’ law enforcement system.

Notas

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/>.

5 *Paramonova S.*, 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.

6 Federal Statute «*On Changes to Criminal Procedure Code*», N 141-ФЗ, 29.06.2009.

7 *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>.

8 Federal Statute «*On Changes to Criminal Code and Other Legal Provisions*», N 420-ФЗ, 07.12.2011.

9 Federal Statute «*On Changes to Criminal Code and Other Legal Provisions*», N 420-ФЗ, 07.12.2011.

10 Federal Statute «*On Changes to Criminal Code and Other Legal Provisions*», N 420-ФЗ, 07.12.2011.

11 See: *Paramonova, S.*: Concept and systematization of the criminal offense in Russia. In: Sieber, U. / Forster, S. / Jarvers, K. (ed.): *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*. Volume 3.1: Defining criminal conduct. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 86-97.

12 *Панов В.*, Тихая реформа. // Эксперт N 28 (762), 18.07.2011 (*Panov, V.*, The Silent Reform. // Expert N 28): <http://expert.ru/expert/2011/28/tihaya-reforma/>

13 Federal Statute «*On Changes to Criminal Code and Other Legal Provisions*», N 420-ФЗ, 07.12.2011.

14 *Лепина М.*, Фемида задохнется от гуманизма. *Moskovskie novosti* №221, 11.05.2012 (*Lepina, M.*, Themis will Suffocate on Humanism): http://www.mn.ru/accident_court/20120329/314417931.html.

15 *Куликов В.*, Строгости оставят в прошлом. // Российская газета, 16.03.2012 (*Kulikov, V.*, The Severities will be Left in the Past. // *Rossijskaya Gaseta*): www.rg.ru.

16 See: *Kulikov, V.*, The Severities will be left in the Past. // *Rossijskaya Gaseta*): www.rg.ru.

17 *Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation*, N 4-П, 20.04.2006, па. 3.2, 4.1: <http://www.ksrf.ru/>.

18 See: *The Conception of the Modernization of the Criminal Law Legislation in Economic Sphere*. INSOR: <http://www.insor-russia.ru>; see: *Panov, V.*, The Silent Reform. // Expert N 28): <http://expert.ru/expert/2011/28/tihaya-reforma/>.

19 The Federal Statute «*On Changes to Criminal Code*», N 60-ФЗ, 07.04.2010; *Ковяров М.Ю.* Уголовно-правовая характеристика лжепредпринимательства. Диссер. Москва, 2008 (*Kovyarov, M.* The Criminal Law Characteristic of Pseudo-entrepreneurship. Dissertation. Moscow, 2008), p. 186.

20 The Federal Statute «*On Changes to Tax Law and Other Legal Provisions*», N 383-ФЗ, 29.12.2009: <http://www.consultant.ru>.

21 *Paramonova S.*, Tax Crimes in Russia, *Revista Penal* 27, 2011, pp. 255-260; Federal Statute «*On Changes to Various Legal Provisions*», N 60-ФЗ, 07.04.2010.

22 Federal Statute «*On Changes to Criminal Code and Other Legal Provisions*», N 420-ФЗ, 07.12.2011.

23 Federal Statute «*On Changes to Criminal Code and Other Legal Provisions*», N 420-ФЗ, 07.12.2011.

24 Federal Statute «*On Changes to Various Legal Provisions*», N 14-ФЗ, 01.03.2012.

25 Federal Statute «*On Changes to Criminal Code and Other Legal Provisions*», N 14-ФЗ, 29.02.2012.

26 See administrative legal provisions on example of tax crimes: *Paramonova S.*, Tax Crimes in Russia, *Revista Penal* 27, 2011, pp. 255-260.

27 *Code of the Administrative Offenses of the Russian Federation*, N 195-ФЗ, 30.12.2001. Further AC RF.

28 Federal Statute «*On Changes to Criminal Code and Criminal Procedure Code*», N 141-ФЗ, 29.06.2009.

29 *Дудоров Т.Д.* Институт «сделка о признании»: зарубежный опыт и российская модель ускоренного судебного разбирательства в порядке, предусмотренном главой 40 УПК РФ (*Dudurov, T.*, The Institute of „deal with justice«, chapter 40 CPC RF): www.consultant.ru.

30 See *Paramonova, S.* Fundamentals of criminal law and Developments in criminal law, criminal procedure, and punishment. In: Sieber, U. / Forster, S. / Jarvers, K. (Hrsg.): *National Criminal Law in a Comparative Legal Context*. Berlin, Duncker & Humblot (coming soon).

31 *Барабанов П.К.* Истина в российском уголовном процессе (*Barabanov, P.*, „Truth“ in Russian Criminal Procedure): www.consultant.ru; *Тальберг Д.Г.* Русское уголовное судопроизводство. Том 1. Киев 1889 (*Talberg, D.* Russian Criminal Procedure, Vol. 1, Kiev 1889), pp. 6-7; *Познышев С.В.* Элементарный учебник русского уголовного процесса. Москва, 1913, (*Pozdnishev S.V.* Textbook on Russian Criminal Procedure, Moscow, 1913), pp. 29-30.

32 *Головко Л.В.* Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб, 2002 (*Golovko, L.* The Alternatives to Criminal Procedure in Contemporary Law), pp. 182-187.

33 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/>.

34 *Парамонова С.Л.* Суд присяжных в российском уголовном судопроизводстве: значимость и перспективы развития. Материалы международной конференции, Таллинн, 2012 (*Paramonova, S.* Jury in Russian Criminal Procedure: Importance and Prospects for Development, Tallinn, 2012, coming soon).

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

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

Turquía

Dr. Baris Erman

Profesor adjunto de derecho penal y proceso penal Universidad Bilgi de Estambul, Facultad de Derecho

Introducción¹

Como antes, una multitud de reformas y enmiendas ocurrió en el área general del derecho penal y procesal en el sistema judicial turco. Por eso, me limitaré a las reformas principales. Sin embargo, cabe decir que muchas reformas o enmiendas se realizaron como respuestas a necesidades inmediatas o problemas locales y personales, como será retratado abajo.

1. La reforma constitucional del 2010

La reforma constitucional del 2010 era sin duda el punto focal del debate legal en Turquía en los últimos años. El gran parte de las enmiendas en la Constitución Turca se refiere al sistema jurídico. Por medio de la reforma, la composición del Tribunal Constitucional y del Consejo Superior de los Jueces y Fiscales² se modificó drásticamente. Además, el modo de ser elegido o designado por oficio en estas instituciones era un parte importante de la enmienda. Aunque estas enmiendas se realizaron con fin de democratizar el proceso de elección o designación, la influencia total del gobierno sobre estas instituciones aumentó tras la reforma. El mayor parte de los miembros del Tribunal Constitucional están designado por el presidente de la republica o sea por el parlamento, mientras que el mayor parte de los miembros del Consejo Superior de los Jueces y Fiscales están elegido por voto general entre jueces y fiscales. Sin embargo, el ministerio de justicia sigue actuar como presidente del consejo, y entre los miembros elegidos del consejo, un gran parte viene del ministerio. Además, los inspectores que investigan a los jueces y fiscales siguen actuar como funcionarios del ministerio de justicia, de que resultan preocupaciones graves sobre la imparcialidad y la independencia de la justicia³.

2. La restricción de la competencia de tribunales militares

En los últimos años son un tema de la actualidad los procesos penales contra los oficiales (eméritos como actuales) militares turcos, que, supuestamente hubieran conspirado para la derrocamiento del gobierno turco en varios ocasiones. En la mayor parte, el debate se rodea en torno de la desmilitarización de la política, la eliminación sistemática de toda oposición contra el gobierno por medio de los procesos, y la lucha de poder entre las reformistas que suportan al gobierno islamista y las laicistas kemalistas.

Sin embargo, otro problema que se refería a los procesos penales contra los miembros del militar turco era la tribunal competente. En el sistema jurídico turco, eran los tribunales militares que tienen competencia absoluta sobre los delitos de oficio cometidos por personas militares. Aun en casos de coautoría o complicidad con personas civiles, el proceso podría ser unificado delante de del tribunal militar.

Por lo tanto, art. 3 del Código Procesal Penal (CPP) ha sido modificado como sigue⁴:

«Si, en el tiempo de paz, una persona non militar cometiera un crimen dentro de los tribunales milita-

res, que esta regulado en el Código Penal Militar o en otras leyes, por si sola o en complicidad con personas militares, el sumario será conducido por fiscales de la república (es decir: fiscales civiles), y la vista oral por tribunales civiles».

Originalmente, la misma ley había modificado el art. 250 CPP que regula la competencia de los tribunales penales de poder especial⁵. Según el párrafo 1 (a) de este artículo, la competencia de tribunales militares había sido una causa de excepción de personas militares de tribunales de poder especial. La Ley 5918 delimitó la competencia de los tribunales militares a los tiempos de guerra y al estado de excepción. Esta modificación debería haber resultado en que los militares acusado de una conspiración contra el gobierno hubieran sido juzgado delante de un tribunal de poder especial, junto con los acusados civiles. Sin embargo, el Tribunal Constitucional anuló esta modificación, porque la área de competencia de los tribunales militares había sido regulado en el art. 145 de la Constitución, que no daba lugar a una delimitación legal.

Finalmente, el dicho artículo de la Constitución se modificó con la enmienda constitucional del 12 Septiembre 2010, tras un referéndum. El nuevo texto del artículo contiene dos adiciones:

«Casos relativos a delitos contra la seguridad del estado, contra el orden constitucional o cuyo funcionamiento serán de todos modos juzgado delante de tribunales penales civiles»

«Personas non militares no serán juzgado delante de tribunales militares salvo en tiempos de guerra».

Aunque las leyes relativas todavía no han sido corregido, los tribunales aplicaron directamente el texto nuevo de la constitución, y los tribunales de poder excepcional siguieron ver las causas de los militares en varios casos.

Otro problema era que los tribunales militares no eran compuestos solamente de jueces profesionales, pero contenían un juez lego que debería ser un oficial. Con una reforma de la Ley de Tribunales Militares⁶, el juez lego ha sido eliminado de los tribunales militares. Ahora, estos se componen de tres oficiales que deben ser jueces profesionales.

3. La tratamiento de menores en el sistema penal

Otra reforma reciente ocurrió con la Ley 6008 de 22 Julio 2010, que modificó la Ley Anti-Terrorista (LAT) y varias otras leyes. Hasta la modificación, existían problemas relativos a menores acusados de crímenes terroristas, particularmente los que lanza-

ban piedras a la fuerza pública en demostraciones organizadas por la organización terrorista PKK en el Sureste de Turquía. Según la LAT, dichos actos constituyen un crimen terrorista, que debería ser juzgado delante de los tribunales de poder especial. Aunque los menores son normalmente juzgados por tribunales de menores, la LAT, que considerablemente delimita el derecho a un juicio justo, contenía una disposición excepcional que ponía a menores no menos de 15 años bajo la competencia de los tribunales de poder especial (art. abrogado 9/2 LAT). Por eso, una iniciativa ciudadana dicha «Pregoneros de justicia para niños» solicitó la modificación de esta disposición, que resultó en la Ley 6008.

La Ley 6008 abrogó la disposición excepcional, y a las menores le incluyó dentro de la competencia de los tribunales de menores. La misma modificación también afectó el art. 250 CPP, que regula la competencia general de tribunales de poder especial. Según el párrafo añadido 4 de este artículo «menores no podrán ser juzgado delante de tribunales formados bajo este artículo».

Además, tras esta reforma, las penas de delitos terroristas de menores no serán agravadas por ser cometido con motivos terroristas según art. 5 LAT, y estos podrán disfrutar de la condena condicional a pesar de haber cometido un delito terrorista⁷.

La Ley 6008 también modificó el art. 107 de la Ley Penitenciaria Turca, que dispone que personas condenadas de actos terroristas serán sujeto a la libertad condicional más tarde que otros sentenciados. Ahora, menores condenados de delitos terroristas podrán disfrutar de la libertad condicional como si fueran sentenciados ordinarios.

A pesar de la reforma que mejoró la condición de menores acusados o condenados de delitos terroristas, cabe decir que la nueva Ley no cambia la naturaleza «terrorista» de actos de demostración pública, que era la primera razón de que los menores están en el prisión. Las leyes antiterroristas de Turquía siguen restringir la libertad de expresión, previendo penas no proporcionales para actos bagatelas.

4. La prevención de la violencia contra mujeres

La Ley 4320 sobre la prevención de la violencia en la familia, que entró en vigor 1998, había sido criticado por no solucionar problemas importantes relativos a la violencia contra mujeres. La ley no disponía de ninguna medida de protección contra la violencia entre parejas no casadas o sea divorciadas. Además, las medidas proactivas no eran suficientes.

Puesto que la Ley no contribuyó a controlar la violencia contra mujeres, Turquía seguía ser condenado por la Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación del art. 3 de la Convención⁸.

En consecuencia, el legislador turco abrogó la Ley antigua, y la reemplazó con la Ley 6284 sobre la protección de la familia y la prevención de la violencia contra mujeres⁹. Son listados abajo las principales reformas que conllevó la Ley 6284:

- La ley antigua definía el concepto de «persona protegida» como maridos y mujeres casadas, y sus hijos o niñas. La Ley 4320 extiende la noción también a todas mujeres y menores susceptibles a ser víctimas de violencia, y personas que son miembros de una familia. Así, cuando la víctima sea una mujer o un menor, no existe ningún requisito de una relación oficial o familiar entre ella y el opresor. Cabe decir que la noción de «familia» no fue definido por la ley; en consecuencia no es claro si todos modos de convivencia informal (homosexual o heterosexual, con o sin matrimonio religioso) están implícitos. Sin embargo, es cierto que la nueva definición de «persona protegida» abarca a más personas vulnerables que antes.
- La definición de «violencia» también fue extendido. Ahora, el «stalking» y otros modos de acoso se categorizan como «violencia» en el sentido de la Ley 6284. Según art. 2/d, la violencia está definida como sigue: «Todos modos de comporta o hecho físico, sexual, psicológico, verbal o económico que ocurra en el espacio social, público o sea privado, incluyendo hechos que resulten, o podrán resultar en un daño físico, sexual, psicológico o económico o sea en el sufrimiento de una persona, o lo que incluya una amenaza, opresión o restricción arbitraria de la libertad personal de una persona hacia el mismo fin».
- La Ley 6284 conoce dos modos de medidas: Medidas de protección (relativas a la persona protegida) y medidas preventivas (dirigidas a la persona que ejerza violencia o que muestre «la temibilidad» de ejercerla). Mientras que las medidas preventivas son solo aplicables tras una decisión judicial, un parte de las medidas de protección pueden ser ordenado por la autoridad administrativa, o sea, por la policía en casos urgentes. La ley menciona expresamente que en casos de medida de protección no se necesita ningún modo de prueba o evidencia (art. 8/3)

Las medidas de protección que pueden ser ordenado sin decisión judicial incluyen el acoso temporal de la

mujer y sus hijos en casas de acogida, apoyo económico, psicológico y material, y la disfruta de una guardería para los niños pequeños (art. 3).

Las medidas de protección de natura judicial incluyen el cambio del lugar de trabajo o del domicilio, la declaración la habitación junta como «hogar familiar» (que impediría que el propietario actual disponga sobre la habitación sin consultar la otra parte de la pareja), y la aplicación de las disposiciones sobre la protección de testigos cuando exista un peligro de muerte para la persona protegida (art. 4)

Las medidas preventivas incluyen varios modos de ordenes de restricción, de la obligación alimenticia temporal, y la revocación temporal de la licencia de poseer o traer armas. En unos casos, la policía también podrá decidir sobre un orden de restricción, pero este orden debe ser aprobado por un juez dentro de 24 horas (art. 5).

Toda violación de las medidas preventivas será castigado de una prisión disciplinario de tres a diez días (además de otras sanciones aplicables). En caso de repetición, la sentencia de prisión disciplinario podrá alegarse de quince a treinta días (hasta un máximo de seis meses) (art. 13)

- La aplicación de la Ley 6284 no es dependiente de una instancia por la víctima. Todas personas que sean testigo de violencia o un peligro de violencia (art. 7). El fiscal, la policía y el ministerio de justicia también podrán actuar ex officio para solicitar una medida en el sentido de la Ley.
- Todos datos personales relativos a personas protegidas serán mantenido en secreto, si eso sea necesario (art. 8/8)
- La Ley también prevé la fundación de centros de prevención e inspección de la violencia que serán cargado del cumplimiento y ejecución de las decisiones sobre las medidas de protección y prevención en el sentido de la Ley.

5. El derecho del deporte

La prevención de la violencia en espectáculos deportivos es un problema prolongado en el sistema penal turco. Puesto que la Ley 5149 sobre la prevención de la violencia y del desorden en espectáculos deportivos no era suficiente para satisfacer a las necesidades publicas, el legislador turco la abrogó, y la reemplazó con la Ley 6222 sobre la prevención de la violencia y del desorden en el deporte¹⁰.

La nueva ley fortaleció las medidas de prevención y medidas de seguridad aplicables a los que utilicen

violencia, los que introduzcan materiales prohibidas a los campos donde ocurran espectáculos del deporte, los que consignen eslóganes insultantes, y los que incitan a actos de violencia con medios de comunicación de masas. Personas que cometen estos delitos o contravenciones podrán ser prohibido de asistir a espectáculos del deporte además de otras sanciones previstas en la Ley 6222 o en otras leyes. La prohibición podrá ser ordenada como una medida de seguridad por los tribunales penales, o sea como una medida de protección durante proceso. En unos casos, la prohibición también funciona como una medida de prevención temporal, y puede ser ordenado por órganos administrativos (art. 18, 22 de la Ley 6222).

Lo que constituye una reforma radical de la Ley 6222 fue la criminalización del tongo y del pago de incentivos a miembros de otro club deportivo para asegurar que ellos jueguen mejor contra un competidor. El acto de llegar a un acuerdo de suministrar algún beneficio a otro para afectar el resultado de una competición deportiva fue definida como «tongo» en el sentido de la Ley 6222. La tentativa también es castigable, cuando un estipulación o una promesa no es de éxito (art. 11 de la Ley 6222). Para la investigación de éste delito, podrán aplicarse las medidas de vigilancia telefónica y técnica (art. 23/2)

Originalmente la ley preveía penas graves para estos delitos (pena de prisión de 5 a 12 años). Pero, la alteza de las penas conllevó otro problema. Tras la entrada en vigor de la Ley 6222, se ocurrió una grande operación de la policía contra una multitud de clubs de fútbol, que fue seguido de un proceso penal que sigue afectando la liga de fútbol en Turquía. La amenaza de sentencias particularmente graves afectó una enmienda de la misma Ley. El gobierno preparó la enmienda fulminantemente, y el parlamento lo pasó en un día. La Ley 6259 bajó las penas previstas para todos delitos en la Ley 6222, pero sobre todo la del delito de tongo. Según la nueva ley, será castigado con un pena de prisión de un año a tres años, el que comete un delito de tongo.

6. Otras reformas y enmiendas significantes

- Los derechos de condenados y otros presos fueron mejorado tras varias enmiendas de la Ley Penitenciaria. Se solucionaron problemas relativos al permiso de ausencia de presos para estar presente al funeral de sus familiares, o para estar con sus familiares enfermos. Además, los poderes del juez penitenciaria fueron ampliado en casos de recurso

de apelación contra las medidas disciplinarias relativos a condenados y otros presos.

- El hecho de emitir un cheque bancario sin fondos fue totalmente descriminalizado. La Ley del Cheque¹¹ ya preveía una disminución en la pena del dicho delito. Ahora, este hecho solamente constituye una contravención administrativa, que resultará en una prohibición de emitir cheques o poseer un conto de cheque. La prohibición será ordenado por el fiscal, y permanecerá hasta que la persona sujeta a la prohibición pague el valor total de todos sus cheques sin fondos y suyos intereses legales (art. 5). La violación de la prohibición sigue siendo un delito castigable con una pena de prisión de un año a tres años (art. 7/6 de la Ley del Cheque).
- Una «ley sobre la aceleración de los servicios jurídicos» (Ley 6217) entró en vigor en 14 Abril 2011. Entre muchas enmiendas menores, esta ley también retiró temporalmente (hasta 1 Enero 2014) al fiscal de tribunales penales generales¹². Cabe decir que este paso pone en peligro el derecho a un juicio justo, porque en el sistema penal turco el fiscal también es cargado de presentar evidencia a favor del acusado. Además en casos de la detención provisional, el fiscal debería formar su opinión sin estar presente en la vista oral.
- Las penas de los delitos relativos al abuso u omisión del deber oficial (art. 257 del Código Penal Turco) fueron bajado significativamente con la Ley 6086 del 8 Diciembre 2010.
- Se realizó una enmienda en el art. 79 del Código Penal, que regula el delito del tráfico de inmigrantes. Según la modificación, la tentativa al dicho delito será castigado con la misma pena que el delito finalizado. Esta modificación ocurrió en respuesta al Tribunal Supremo Turco, que no pudo llegar a una decisión definitiva sobre el punto de tiempo en el que la tentativa del tráfico de inmigrantes se hubiera realizado. Además, la ley modificadora (Ley 6008 del 22 Julio 2010) añadió dos circunstancias agravantes a este delito: el de causar un peligro de muerte para las víctimas del delito, y el de cometer el delito por medio de tratamiento degradante. Lo importante es el énfasis de las «víctimas» del delito. Según el Tribunal Supremo Turco, los inmigrantes no podrían ser aceptado como «víctimas», pero solo como «objetos» del tráfico. Por eso, la enmienda podría ser evaluado como un rechazo de la interpretación del Tribunal.

Notas

1 Estoy agradecido a S^a Pinar Yazici, para su ayuda en la compilación de los textos legales importantes para este informe

2 El Consejo Superior de los Jueces y Fiscales es la institución superior que designa a los jueces y fiscales en todos tribunales (civiles, penales, administrativas) como las salas de casación. El consejo también decide sobre los asuntos disciplinarios.

3 Para explicaciones y reflexiones elaborados véase: 2010 Anayasa Degisiklikleri Çerçevesinde Yargi Bagimsizligi (ed. TCHD), Seckin, Ankara, 2010.

4 Modificado por la Ley 5918 del 26 Junio 2009.

5 Tribunales penales de poder especial son tribunales que se preocupan con asuntos de terrorismo, de los crímenes cometidos por organizaciones criminales que utilicen medidas de intimidación o violencia, o sea cometen crímenes de tráfico de drogas o crímenes contra el estado. En estos tribunales se aplican reglas extraordinarias relativas al proceso penal, limitando el derecho a un juicio justo.

6 Modificado por la Ley 6000 de 19 Junio 2010.

7 Art. 13 LAT regula que personas condenadas de delitos terroristas no podrán disfrutar de la suspensión de la declaración de la sentencia. La Ley 6008 añadió la disposición que esta regla no será aplicada a menores.

8 El requisito de tomar medidas de protección de la violencia contra mujeres nace de la Convención Europea de Derechos Humanos tan como de la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), como pone de relieve el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Opuz v. Turquía*. Ésta era la decisión principal que condonó al gobierno turco por no haber evitado la muerte de una mujer por su ex marido, pese a un montón de señales indicativas. Para un informe sobre impacto de esta decisión como otras decisiones comparables sobre la situación legal en Turquía, véase: Bayraktar, Köksal / Eroglu, Fulya: «Aile içi siddet iliskin ceza kanununda genel bir inceleme», Prof. Dr. Erhan Adal'a Armagan, YÜHFD VIII/2-IX/1, 2012, Istanbul, pág. 69.

9 La Ley 6284 fue aceptado por el parlamento turco en 8 Marzo 2012, y entró en vigor en 20 Marzo 2012.

10 La Ley 6222 fue aceptado por el parlamento turco en 31 Marzo 2011, y entró en vigor en 14 Abril 2011.

11 Ley 5941 del 14 Diciembre 2009

12 El sistema penal turco conoce tres grados de tribunales penales de primera instancia: Tribunales de paz, tribunales generales y tribunales de penas graves. Los últimos están compuestos a menos de tres jueces, mientras los otros solo tienen un juez. Normalmente, el fiscal debe estar presente durante la vista oral excepto a tribunales de paz.

Uruguay

Pablo Galain Palermo

Doctor Europeo en Derecho. Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg, Alemania

1. El Uruguay está inmerso en una reforma global de su sistema penal. La reforma incluye la sanción de

dos nuevos Códigos para el derecho penal material y procesal penal. Ambos códigos se encuentran en el Parlamento con posibilidades de ser sancionados antes del fin de esta legislatura.

2. Las nuevas leyes penales promulgadas entre 2009 y 2012 guardan relación, principalmente, con determinadas áreas de la delincuencia económica y organizada, pero también con problemas de actualidad como la criminalidad de los menores de edad y la reacción contra los crímenes cometidos por el «terrorismo de Estado» en el marco del largo proceso de justicia de transición. Áreas problemáticas como la prevención de delitos relacionados con la violencia doméstica no han sido abordadas por el legislador aunque se prevé que pronto se dictará un marco normativo que permita el monitoreo de aquellos tiranos domésticos que tengan prohibición judicial de acercarse a determinadas víctimas actuales o potenciales.

3. La Ley 18.494 de 11.06.2009, refiere al control y prevención de lavados de activos y del financiamiento del terrorismo. Esta norma brinda nueva redacción a varios artículos de la Ley 17.835 de 23.12.2004, y entre sus disposiciones más interesantes se dispone las circunstancias en las que se puede proceder al decomiso del producto del delito con carácter cautelar hasta que se disponga el decomiso definitivo¹. Según la nueva ley los bienes decomisados cautelarmente que no sean reclamados mediante la presentación de prueba que justifique el origen lícito de ese dinero o bienes podrán ser decomisados en forma definitiva².

4. En los últimos años el tema de la inseguridad ciudadana (desde el punto de vista subjetivo y objetivo) ha crecido en importancia de la mano del bienestar económico que vive el país. En ese sentido, campañas mediáticas y de la oposición política se han concentrado en la delincuencia juvenil y en los menores delincuentes, en particular en la necesidad de castigar con el derecho penal para adultos los delitos violentos cometidos por menores de edad, que para el derecho uruguayo son aquellos que no han cumplido los 18 años al momento de comisión del delito. El uso de drogas de fácil acceso (pasta base) que tienen un poder devastador para la psiquis de quien las consume ha contribuido a que muchos menores de edad incrementen el uso de la violencia contra las personas en la comisión de delitos contra la propiedad. Lo cierto es que los menores de edad se ven envueltos cada vez más en delitos de sangre y la normativa penal para menores sigue un modelo tutelar que ya no es recomendado por la criminología y la doctrina penal que sugieren que los menores sean responsabilizados por sus delitos. Este cambio de para-

digma en la forma de enfrentar político criminalmente los delitos cometidos por menores, en Uruguay, parece que se quiere interpretar como más derecho penal, es decir, en lugar de que los menores sean sometidos a la justicia penal de menores para que respondan por sus hechos haciendo hincapié en su responsabilidad por el acto cometido, se quiere entender que «responsabilidad» solo se puede tener frente al sistema penal y se castiga con la cárcel. En ese contexto la Ley 18.778³ de 15.07.2011 determinó la modificación del Art. 116 del Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 17.823 de 07.09.2004) para que se mantengan los antecedentes penales de los menores de 18 años que cometen determinados delitos especialmente graves⁴. Los antecedentes serían eliminados transcurridos dos años desde que el menor cumpla la mayoría de edad o en los dos años posteriores al cumplimiento de la pena, cuando ésta se extendiese más allá de los dieciocho años (Art. 2 de la ley). Esta ley, aunque oportuna, no sería suficiente para atacar el problema de fondo, por un lado, porque el gobierno no ha podido mejorar la seguridad pública y, por otro, porque la oposición política se ha limitado a una campaña de recolección de firmas para llamar a una consulta popular que decida sobre la rebaja de la edad de la imputabilidad a los 16 años⁵. Previendo esta rebaja de la edad de imputabilidad el gobierno avanza en la construcción de cárceles privadas que gustosas recibirán a los nuevos clientes de sus instalaciones. Como se ve, no hay propuestas alternativas a más derecho penal (ahora también como negocio para los privados), en tanto no se discute sobre modelos alternativos de justicia o de composición de los conflictos sociales basados en la mediación o encuentros entre autor y víctima, así como tampoco en alternativas al encierro que pudieran atacar el problema social que existe como trasfondo a la delincuencia juvenil. Ahora bien, volviendo al tema de la criminalidad vinculada al tráfico y el consumo de drogas la realidad muestra una situación de aumento de la violencia en la comisión de los delitos tradicionales de «sangre y lágrimas». El problema del tráfico de drogas se ha complejizado no solo por la «droga para pobres» que consumen principalmente los menores de edad (pasta base) sino por la acción concreta de grupos organizados dedicados al gran tráfico internacional (especialmente colombianos y de Europa del este) que antes solo recurrían al Uruguay para el «lavado» de sus activos, y que ahora también —debido al mayor bienestar económico— distribuyen mayores cantidades de estupefacientes en el mercado interno. Este incremento de la distribución y el consumo de droga en Uruguay ha derivado en un aumento de delitos violentos (ejecu-

ciones, sicariato, enfrentamiento de grupos) por causa de disputas entre «bandas rivales» por las «zonas» en la distribución de la droga. Como contrapartida ha aumentado la persecución penal por delitos complejos relacionados con el tráfico de drogas y el lavado de dinero.

5. La Ley 18.831 de 27.10.2011 obedece a un problema político-jurídico relacionado con el proceso de justicia de transición en Uruguay y la forma de reacción ante los delitos cometidos por el «terrorismo de Estado» durante la dictadura cívico-militar (1973-1985)⁶. La ley pretendió resolver el problema de la prescripción de los delitos estableciendo de un modo contradictorio en el Art. 2 un periodo de tiempo en el que la prescripción no se contabiliza⁷ y en el Art. 3 declara que todos esos delitos tienen naturaleza imprescriptible por tratarse de crímenes de lesa humanidad⁸. El objetivo de la ley es interrumpir la prescripción de los delitos que según la jurisprudencia de la SCJ hubieran prescrito el 01.11.2011⁹. Esta ley que podría violar el principio de legalidad establecido en la Constitución (Art. 10) hasta el momento de escribir este informe no ha sido declarada inconstitucional.

6. En cuanto a reformas en el procedimiento penal poco se puede informar, porque los proyectos de reforma descansan desde hace un tiempo en el «remanso del Parlamento» a pesar de que Uruguay es el último bastión que queda en el continente latinoamericano del procedimiento penal inquisitivo¹⁰. Este sistema procesal penal vigente que fue aprobado durante la dictadura cívico-militar (1980) ha sido cuestionado en más de una oportunidad por el Comité de Derechos Humanos de la ONU (principalmente por la situación en la que se encuentran las personas privadas de libertad, en su mayoría en prisión preventiva que es casi la regla de todo procedimiento penal)¹¹ y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (porque viola varios artículos de la Convención Americana en relación a los derechos vinculados con la celeridad en recibir una condena y a la privación de libertad sin condena, todas violaciones flagrantes del sistema uruguayo que sin embargo todavía no han dado lugar al inicio de la etapa contenciosa contra Uruguay frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos)¹². Es evidente que ese sistema viola los derechos humanos de los justiciables y frente a la posibilidad de una nueva condena internacional¹³, el gobierno se ha comprometido —al parecer— en la reforma procesal¹⁴ para adoptar un sistema oral y público en el que el fiscal se encargue de dirigir a la Policía del Ministerio del Interior en la recolección de pruebas con el control de un juez de garantías para que luego

un segundo juez se encargue de dirigir las audiencias orales y dictar la sentencia. El nuevo sistema procesal penal (que ha tenido siempre la oposición de los jueces, quizás porque tienen el temor de «perder» cuotas de poder con el nuevo sistema en detrimento del Ministerio Público) está hace más de dos años a discusión del Parlamento, porque parece que tampoco en Uruguay ha existido voluntad política manifestada en el Parlamento en cambiar un sistema penal «efectivo» en cuanto el sistema vigente garantiza una persecución penal exitosa y garantiza la privación de libertad como regla en lugar de cómo excepción cuando procesalmente fuere necesaria por razones cautelares.

7. La Ley 18.810 de 23.09.2011 aprobó la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal¹⁵.

8. Como se puede apreciar en este breve informe, en Uruguay, lamentablemente, no hay propuestas dignas de destaque en materia de política criminal. El nuevo sistema penal que se discute en el Parlamento tiene que convertirse en una realidad en el menor tiempo posible, sin embargo, no contiene formas alternativas de resolución de los conflictos sociales más violentos (ni siquiera para la franja leve y mediana de la criminalidad), y esto es un grave problema si se consideran los delitos más cometidos (y/o perseguidos), que tienen mayormente un trasfondo social que se vería agravado con el único recurso punitivo de privación de la libertad. Las estadísticas muestran un aumento de los delitos derivados de la violencia doméstica, de los delitos cometidos por menores de edad, de los delitos derivados del consumo de drogas de fácil acceso por su bajo coste, de los delitos de sangre derivados de relaciones interpersonales conflictivas y frente a estos delitos ninguna solución de fondo se ha tomado ni se piensa llevar a cabo. La creación de un sistema diferenciado permitiría concentrar las fuerzas en la prevención y represión de los delitos graves y la criminalidad organizada. El Parlamento, un tanto ajeno a la realidad, se aboca a discutir proyectos de ley para despenalizar el consumo de marihuana¹⁶ y la interrupción del embarazo¹⁷.

Notas

1 ARTÍCULO 6º. «La Unidad de Información y Análisis Financiero, por resolución fundada, podrá instruir a las instituciones sujetas al control del Banco Central del Uruguay para que impidan, por un plazo de hasta setenta y dos horas, la realización de operaciones sospechosas de involucrar fondos cuyo origen proceda de los delitos cuya prevención procura la presente ley. La decisión deberá comunicarse inmediatamente a la Justicia Penal competente, la cual, consideradas las circunstancias del caso, determinará si correspondiere, sin previa notificación, la

inmovilización de los activos de los partícipes. La resolución que adopte el Juez Penal competente, sea disponiendo o denegando la inmovilización de los fondos, será comunicada a la Unidad de Información y Análisis Financiero, la que a su vez deberá ponerla en conocimiento de las instituciones sujetas al control del Banco Central del Uruguay involucradas". ARTÍCULO 19. Todas las personas físicas o jurídicas sujetas al control del Banco Central del Uruguay que transporten dinero en efectivo, metales preciosos u otros instrumentos monetarios a través de la frontera por un monto superior a U\$S 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) deberán comunicarlo al Banco Central del Uruguay, en la forma en que determinará la reglamentación que éste dicte. Toda otra persona que transporte dinero en efectivo, metales preciosos u otros instrumentos monetarios a través de la frontera por un monto superior a U\$S 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) deberá declararlo a la Dirección Nacional de Aduanas, en la forma que determinará la reglamentación. El incumplimiento de esta obligación determinará, para los sujetos comprendidos en el inciso primero del presente artículo, la aplicación de las sanciones establecidas en el artículo 1° de la presente ley; para los señalados en el inciso segundo, la imposición de una multa por parte del Poder Ejecutivo, cuyo máximo podrá ascender hasta el monto de la cuantía no declarada, consideradas las circunstancias del caso. Constatado el transporte de fondos o valores en infracción a lo dispuesto en el presente artículo, la autoridad competente procederá a su detención, adoptará inmediatamente las medidas pertinentes a efectos de la instrucción del correspondiente procedimiento administrativo y solicitará, dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles siguientes, las medidas cautelares necesarias para asegurar el derecho del Estado al cobro de la multa prevista en el inciso precedente. El Juez fijará el término durante el cual se mantendrán las medidas decretadas, el que no podrá ser mayor a seis meses y que podrá ser prorrogado cuando resultare insuficiente por causas no imputables a la Administración. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, la autoridad competente solicitará inmediatamente la orden judicial de incautación, cuando existan sospechas fundadas de que los fondos o valores no declarados provienen de alguno de los delitos tipificados en la presente ley, aun cuando hayan sido cometidos en el extranjero, bajo la condición de que la conducta constituye también delito en la ley uruguaya. La prueba de un origen diverso producida por el titular de los fondos o valores incautados determinará la devolución de los mismos, sin perjuicio de las medidas cautelares que se dispusieron para asegurar el pago de la multa prevista en este artículo. La resolución judicial que deniegue la devolución será apelable, aun en etapa presumarial".

2 Sobre el tema, *Aires Frugone, Gonzalo*, Decomiso de bienes, productos o instrumentos en delitos de narcotráfico y lavado de activos. Análisis de la ley nro. 18.494/09, Año 1, Nro. 86, 28.07.2010, Revista La Ley - Uruguay, D2707/2010.

3 Esta ley tiene un nombre sugestivo: «Adolescentes en conflicto con la ley. Mantenimiento de antecedentes judiciales en los casos que se determinen».

4 ARTÍCULO 116. (Infracciones reiteradas). En los casos de infracciones reiteradas, los procesos se tramitarán por el Juez competente de cada una hasta la sentencia ejecutoriada, sin perjuicio de la unificación de las medidas impuestas, la que se realizará en vía incidental por el Juez Letrado de Adolescentes que hubiere entendido en la última infracción. La Suprema Corte de Justicia creará y reglamentará un Registro Nacional de Antecedentes

Judiciales de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal. Dicho Registro tendrá dos secciones: A) La primera sección contendrá los antecedentes de los delitos de violación, rapiña, rapamiento, secuestro y homicidio doloso o ultraintencional. B) La segunda sección contendrá todas las demás infracciones a la ley penal previstas en este Código.

5 <http://www.elpais.com.uy/120325/pnacio-632587/nacional/menores-estan-las-firmas-para-plebiscito/>

6 Sobre esta problemática, vide *Galain Palermo, Pablo*, La giustizia di transione in Uruguay. Un conflitto senza soluzione, Fornasari/Fronza (Eds.), Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America Latina, Università Degli Studi di Trento, 2011, pp. 167-214.

7 Artículo 2°. No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1° de esta ley.

8 Artículo 3°. Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

9 Sobre el tema, *Galain Palermo, Pablo*, Übergangsjustiz und Vergangenheitsbewältigung in Uruguay, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2012, en prensa.

10 El procedimiento uruguayo está basado en la recolección de pruebas para iniciar el proceso a cargo de la Policía del Ministerio del Interior dirigida por el juez, que a su vez es juez investigador que también se encarga de dar inicio al procedimiento y, para aumentar la falta de garantías procesales, es el mismo juez que dicta la sentencia. La doctrina procesal uruguaya, por un lado, ha denunciado estos aspectos (sin mucha convicción), y por otro, ha sostenido siempre con firmeza casi legitimadora que Uruguay posee un sistema mixto (o acusatorio mixto) por el solo hecho de que el procedimiento se inicia a solicitud del Ministerio Público (aunque también puede ser iniciado de oficio por el juez) y porque es el fiscal quien tiene en sus manos la potestad de acusar o sobreseer (porque ni el juez ni la víctima se pueden oponer a las solicitudes de sobreseimiento).

11 http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_country.php?country=223

12 Informe N.º 86/09, Caso 12.553, Fondo Jorge, José y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 06 de agosto de 2009. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>.

13 Uruguay fue condenado por primera vez por el sistema interamericano de derechos humanos en 2011 por un caso de desaparición forzada de personas durante la dictadura, caso *Gelman vs. Uruguay*. Sobre el tema, Revista Estudios Jurídicos, 9, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2011.

14 Reforma procesal que comenzó a gestarse con el Art. 21 Ley 17.897 de 14.09.2005 y que aun no ha finalizado.

15 Adoptada en el Vigésimo Segundo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, en Nassau, Commonwealth of Bahamas, el 23.05.1992, y que fuera firmada por Uruguay en Washington el 22.01.1993.

16 <http://www.elpais.com.uy/110419/pnacio-561056/nacional/permitiran-hasta-8-plantas-de-marihuana/http://www.lamarihuana.com/noticias/polemica-por-el-alcance-del-proyecto-sobre-marihuana/> visitado 25.04.2011.

17 <http://www.elobservador.com.uy/noticia/222884/fa-sin-otra-alternativa-que-aceptar-el-proyecto-posada-sobre-aborto/>, visitado 25.04.2011.

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

Venezuela ha continuado en los últimos años, con su imparable y desbocada carrera, iniciada en los años setenta, de seguir promulgando más y más leyes penales, al margen del Código Penal, llegando a acumular unas 100 leyes especiales, tipificando cada vez más y más conductas como punibles, muchas de ellas ya previstas en otros textos legales, y otras absolutamente innecesarias, haciendo casi imposible, una verdadera labor titánica, aún para un abogado especialista en materia penal, el poder determinar cuáles normas siguen vigentes y cuáles no. Esta situación totalmente irregular e inconveniente, que atenta contra la seguridad jurídica de la población, ha sido observada y criticada con mucha preocupación, no sólo por los más connotados juristas venezolanos, sino también por algunos de renombre mundial, como es el caso del propio Director de esta Revista Penal, el catedrático Juan Carlos Ferré Olivé, quien durante el tiempo que se desempeñó como asesor internacional de la Comisión Mixta de la Asamblea Nacional de Venezuela, para el Estudio de los Códigos Penal, Procesal Penal y de Justicia Militar, entre los años 2001 al 2004, hizo numerosas observaciones en las reuniones de la Comisión, sobre la inconveniencia de dicha práctica, que descodifica nuestro código penal, hasta convertirlo en un verdadero cascarón vacío.

Pues bien, la situación no sólo no ha mejorado, sino que, por el contrario, ha empeorado, y prueba de ello es que, en estos últimos dos años, desde la anterior oportunidad que este tema se trató, en el N.º 25 de esta Revista (Enero de 2010)¹, han sido promulgadas o reformadas más leyes que contienen sanciones penales, entre las cuales, por el reducido espacio disponible en este trabajo, sólo comentaré las más importantes, especialmente aquellas que sancionan con penas de prisión, que son las siguientes 5 leyes: Ley Orgánica de Drogas², Ley Sobre el Delito de Contrabando³, Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional⁴, la Reforma Parcial de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los

Bienes y Servicios⁵, y la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento del Terrorismo⁶.

La Nueva Ley Sobre el Delito de Contrabando:

Deroga a la anterior de 2005, y, lógicamente, esta ley sanciona el delito de contrabando y sus modalidades, comenzando con el denominado *contrabando simple* (art. 7), sancionando a «*Quien por cualquier vía introduzca al territorio y demás espacios geográficos de la República Bolivariana de Venezuela, extraiga de él mercancías o bienes públicos o privados, o haga tránsito aduanero por rutas o lugares no autorizados, sin cumplir o intentando incumplir los requisitos, formalidades o controles aduaneros establecidos por las autoridades del Estado y las leyes*», con una pena de 4 a 8 años de prisión. De acuerdo con el artículo 28 de esta ley, los actos descritos como contrabando y sus modalidades, en el Capítulo II, Sección Primera (del artículo 7 al 22), se considerarán como delitos y serán castigados con penas de prisión, cuando la mercancías o bienes involucrados, se encuentren sujetos a restricciones arancelarias, prohibiciones, reservas, suspensión, registros sanitarios, certificados de calidad u otros requisitos aduaneros y su valor en aduana exceda las quinientas Unidades Tributarias (500 U.T.)⁷. De tratarse de mercancías no sujetas a restricciones arancelarias, prohibiciones, reservas, etc., el valor en aduanas debe exceder las ochocientas Unidades Tributarias (800 U.T.), para que sean consideradas delitos y acarreen penas de prisión (art. 29). De tratarse de mercancías o bienes sujetos a restricciones arancelarias, prohibiciones, reservas, etc., pero cuyo valor en aduana no exceda las 500 Unidades Tributarias, según el artículo 23 esas acciones serán consideradas como faltas, no como delitos, por lo cual se les aplicará el procedimiento especial de faltas, establecido en el Código Orgánico Procesal Penal, y se castigarán con penas de multas, que se graduarán, según el valor en aduanas de la mercancía. De esta manera, se sancionará con multa equivalente al doble del valor de la mercancía, cuando ese valor no exceda de 20 U.T., con multa del triple del valor de la mercancía, cuando ese valor sea superior a 20 U.T., pero no exceda de 50 U.T., y así sucesivamente, valor de la mercancía no exceda de 100 U.T., de 200 U.T., y de 500 U.T. Por otra parte, en el caso de que los supuestos de hecho previstos en la Sección primera, involucren como objeto de contrabando, mercancías o bienes no sujetos a restricciones arancelarias, prohibiciones, reservas, etc., y su valor en aduanas sea inferior a 800 Unidades Tributarias, esos hechos serán

considerados como infracciones administrativas, no como delitos o faltas, el conocimiento de esa causa corresponderá a la Administración Aduanera y Tributaria, la cual sancionará con penas de multas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley.

Además del contrabando simple, esta ley prevé como delitos otras 14 conductas consideradas como «*modalidades*» de contrabando, así como, adicionalmente, la figura del «*contrabando agravado*», que contiene otras 16 maneras distintas de perpetración de ese delito, y, por si fuera poco, también los contrabandos de introducción y extracción de petróleo, combustibles y sus derivados. Todo lo cual da un gran total de más de treinta (30) clases diferentes de contrabando. Así vemos que el artículo 8, prevé pena de prisión de 4 a 5 años, para los auxiliares de la administración aduanera, responsables de la tenencia, depósito o almacenamiento de mercancías, cuando el contrabando se efectúe en 1. la zona primaria de la aduana, pero en lugares distintos a los autorizados, 2. en la zona primaria de la aduana, pero sin la autorización correspondiente, y 3. en los lugares autorizados, pero incumpliendo los requisitos establecidos por la administración aduanera. Aunque esta norma no menciona que la acción u omisión debe ser dolosa, se supone que así sea. También se encuentra tipificado como delito, el «*despacho o entrega de mercancías sin autorización*», por parte de los auxiliares de la administración encargados del almacenamiento o depósito, castigándolos con una pena de 4 a 6 años de prisión (art. 9). Igualmente, el artículo 10 establece que, cuando los funcionarios actuantes o depositarios se apropien, dispongan, consuman o distribuyan las mercancías retenidas o incautadas por razones de contrabando o alteren su entrega a la autoridad competente, serán sancionados con prisión de 5 a 9 años, tipificando esa conducta como «*contrabando de mercancías incautadas*».

Por otro lado, también se sanciona a quien, sin estar autorizado, rompa, altere o destruya precintos, sellos, marcas, puertas, envases u otros medios de seguridad, para el resguardo de las mercancías, cuyos trámites aduaneros no hayan sido perfeccionados o que no estén destinados al país y extraiga las mercancías o bienes resguardados, con pena de prisión de 4 a 6 años (art. 11). De conformidad con el artículo 12, esa misma pena de 4 a 6 años de prisión, se le impondrá a quien introduzca al territorio aduanero, mercancías procedentes de zonas francas, zonas libres, zonas fronterizas, puertos libres, depósitos aduaneros, almacenes libres de impuestos y otros regímenes aduaneros especiales.

Según el artículo 13, se sancionará con pena de 4 a 6 años de prisión, a quien tenga, deposite, almacene, comercialice, transporte o circule mercancía extranjera ilícitamente introducida al territorio y demás espacios geográficos de la República. Si esa mercancía la transporta en vehículos de cabotaje, la pena será de 5 a 7 años (art. 14), igual pena para quien lo haga sin cumplir con el procedimiento aduanero legalmente establecido (art. 15), o si, por cualquier medio, transporta o desembarca mercancías extranjeras no destinadas al tráfico o comercio legítimo con Venezuela u otra nación (art. 16). Conforme al artículo 17, la sanción para quien trasborde mercancías extranjeras en el territorio nacional, sin estar autorizado por la autoridad aduanera de la jurisdicción respectiva, es de 5 a 7 años de prisión. Así mismo, a quien abandone mercancías ilícitamente introducidas al territorio nacional, se le castigará con pena 4 a 6 años de prisión (art. 18). Por otra parte, el artículo 19 contempla una pena de 4 a 6 años, a quien, por cualquier medio, oculte mercancías para impedir o dificultar el control de la autoridad aduanera, dentro de la zona primaria y demás recintos o lugares habilitados.

Como antes se indicó, esta nueva Ley Sobre el Delito de Contrabando, prevé el delito de «*contrabando agravado*», con una pena asignada de 6 a 10 años de prisión, estableciendo 16 diversas posibilidades de cometimiento de dicho hecho punible, sancionando a quienes: 1. carguen, descarguen, o dispongan suministros, repuestos o provisiones de a bordo, destinados al uso o consumo en los vehículos de transporte, sin el cumplimiento de las formalidades legales. 2. consuman, dispongan o sustituyan mercancías, que se encuentren en proceso o sometidas a un régimen de almacén o de depósito aduanero, sin autorización. 3. Declaren o presenten ante la aduana, como sustento de la base imponible o como fundamento del valor, facturas comerciales falsas, adulteradas, forjadas, no emitidas por el proveedor o emitidas por éste en forma irregular, en complicidad o no con el declarante. 4. Declaren, presenten o registren electrónicamente ante la aduana, utilizando como sustento del origen declarado, un certificado falso, adulterado, forjado, no validado por el órgano o funcionario autorizado, o validados en forma irregular. 5. Utilicen, adulteren, tengan o preparen de manera irregular, sellos, troqueles u otros mecanismos o sistemas informáticos o contables falsos, forjados o adulterados. 6. Declaren, emitan, presenten registros electrónicos o utilicen delegaciones, licencias, permisos, informes de inspección o verificación, boletines de análisis de laboratorio, registros u otros requisitos o documentos

falsos, adulterados, no emitidos por el órgano o funcionario autorizado, o emitidos en forma irregular. 7. Simulen, física, documental o electrónicamente, los regímenes aduaneros o actividades aduaneras. 8. Destinen mercancías en tránsito al comercio, uso o consumo en el territorio nacional. 9. Extraigan del territorio nacional a cualquier título, bienes que integren el patrimonio cultural de la nación, de interés cultural o aquellos catalogados como tales por el órgano con competencia en materia de cultura, sin la autorización respectiva. 10. Ingresen o extraigan del territorio nacional bienes del patrimonio cultural de otros países, sin la autorización de la autoridad competente. 11. Reintroduzcan ilegalmente al país mercancías exportadas con beneficios fiscales. 12. Retiren o den salida de la aduana mercancías distintas a las descritas en los documentos registrados ante la autoridad aduanera competente. 13. Incluyan mercancías no declaradas en contenedores, en carga consolidada o en envíos realizados a través de empresas de mensajería internacional. 14. Transporten, comercialicen, depositen o tengan petróleo, combustibles, lubricantes, minerales o demás derivados, fuera del territorio aduanero o en espacios geográficos de la República, incumpliendo las formalidades establecidas en las leyes y demás disposiciones que regulan la materia. 15. Introduzcan o extraigan especímenes de fauna o flora silvestre, sus partes, derivados o productos, desde o al territorio nacional, incumpliendo las formalidades establecidas en las leyes y demás disposiciones que regulan la materia. 16. Introduzcan o extraigan objetos de arte o de arqueología al o desde el territorio nacional, incumpliendo las formalidades establecidas en las leyes, demás disposiciones que regulan la materia y Tratados internacionales suscritos y ratificados por la República.

Finalmente, la Ley Sobre el Delito de Contrabando, en sus artículos 21 y 22, sanciona la introducción y la extracción de petróleo, combustibles, minerales o demás derivados, sin cumplir con las formalidades establecidas en las leyes y disposiciones que regulan la materia. La introducción de esos productos al país la castiga con una pena de 10 a 12 años (art. 21), y la acción de extraer o sacar ilegalmente esos mismos productos fuera del país, la sanciona con prisión de 10 a 14 años (art. 22). La figura delictiva que más se está cometiendo en este momento, es el contrabando de gasolina hacia los países vecinos, especialmente a Colombia, por el diferencial tan alto del precio del combustible existente entre ambos países⁸, así como por lo extenso de la frontera.

Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional:

Las sanciones penales que prevé son prisión de 4 a 8 años en el caso de representantes legales, administradores, directores, auditores, gerentes, funcionarios y empleados del OSFIN y de los entes de regulación cuando: 1. suministren información falsa sobre operaciones o la situación financiera de las instituciones que conforman el Sistema Financiero Nacional con el objeto de obtener algún provecho o utilidad para sí o para otras personas. 2. Actúen para sí o para otras personas con base a información privilegiada que hubiesen obtenido como consecuencia de sus funciones para obtener otro tipo de beneficio. 3. Emitan certificados falsos, certifiquen operaciones falsas o inexistentes, o realicen operaciones ficticias a objeto de obtener algún provecho o utilidad para sí u otras personas.

La Nueva Ley Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo:

Esta nueva Ley, recién publicada en Gaceta Oficial hace apenas unos días, el 30 de abril de 2012, sustituye a la Ley Contra la Delincuencia Organizada del 26 de octubre de 2005, y, por la enorme cantidad de conductas que tipifica como delitos, así como por las menciones a actos terroristas y actividades sospechosas relacionadas con dichas acciones, y en razón de la situación política de Venezuela en este año electoral, está siendo sumamente cuestionada y criticada. Algunos afirman que es una simple reforma a la Ley, sin embargo, lo cierto es que, además de incorporar 25 nuevos artículos y modificar más de 30, la Disposición Derogatoria Única que contiene señala claramente: «Se deroga la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, publicada en la Gaceta Oficial...». En el artículo 4 numeral 1 de esta nueva Ley, se establece que debe entenderse por «*acto terrorista*», desarrollando en ocho literales (de la letra «a» a la letra «h»), que actos serán considerados terroristas. Igualmente, se señalan otras 21 definiciones más, entre las cuales se destacan los conceptos de «*actividad sospechosa*», «*íntimo asociado*», «*operación inusual*», «*organización terrorista*», «*persona expuesta políticamente*» y «*terrorista individual*», actos y conceptos estos que, de por sí, no son fáciles de definir, y que han traído y seguirán ocasionando gran polémica. Algunas de esas definiciones han sido criticadas por considerarlas muy imprecisas e indeterminadas, y que pudieran prestarse a posibles abusos, como cuando se establece «*la tenencia de armas de fuego*», como un acto terrorista equiparable a la tenencia de «*explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas*» (literal

f del numeral 1). Iguales cuestionamientos ha recibido la inclusión como acto terrorista de la «*perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental*» (literal h del artículo 1), o el «*apoderamiento de aeronaves o de buques o de otros medios de transporte colectivo, o de mercancías*» (literal e del artículo 1). Evidentemente que habría que analizar las circunstancias, razones y fines de dichos actos en cada caso en particular, para poder determinar si su naturaleza es terrorista o no, ya que, por ejemplo, el apoderamiento de un autobús por parte de unos estudiantes durante una protesta, es una acción reprochable, que puede constituir delito, pero, normalmente, no es un acto terrorista, ni de delincuencia organizada. En la aplicación del derecho penal es absolutamente necesario el uso de la mayor racionalidad y de la *sindéresis*, y no caer en tentaciones de criminalizar todas las conductas, como sí todas fueran punibles.

En el Título III de esta Ley, que trata «De los Delitos y de las Penas», específicamente en las «Disposiciones generales», encontramos que en el artículo 27, intitulado «Calificación como delitos de delincuencia organizada», se señala que, «*además de los delitos tipificados en esta Ley*», **se considerarán delitos de delincuencia organizada**, «*todos aquellos contemplados en el Código Penal y demás leyes especiales, cuando sean cometidos o ejecutados por un grupo de delincuencia organizada en los términos señalados en esta Ley*». Para de seguidas indicar en esa misma norma, que «*También serán sancionados los delitos cometidos o ejecutados por una sola persona*», y agregar en el siguiente artículo (28) que «*Cuando los delitos previstos en la presente Ley, en el Código Penal y demás leyes especiales sean cometidos o ejecutados por un grupo de delincuencia organizada, la sanción será incrementada en la mitad de la pena aplicable*». Cuestión que no se explica ni se justifica, considerando que ya se indicó en el mencionado artículo 27, que todos los delitos tipificados en esta Ley, y en las demás, «*Se consideran delitos de delincuencia organizada*». En este mismo sentido, en el siguiente artículo (29), se establecen en 12 numerales, las circunstancias agravantes de los delitos de delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo, indicándose que «*Cuando concurra alguna de las circunstancias descritas en el presente artículo, la pena aplicable será aumentada en un tercio. Si se presentan dos o más de tales circunstancias agravantes, la pena aplicable se incrementará a la mitad*».

Estas disposiciones son a todas luces desacertadas, o, al menos, exageradas, ya que, si esta Ley explana individualmente cada delito de delincuencia organiza-

da y la pena que le corresponde, eso hace inútil dicho aumento que se estima en razón de ser, precisamente, un hecho punible de delincuencia organizada, siendo esta la naturaleza de la propia Ley y de los delitos allí previstos. Con respecto al incremento de un tercio a la mitad de la pena, por la existencia de alguna o de varias circunstancias agravantes, esto es sumamente difícil de llevar a la práctica, especialmente en relación con los delitos contra las personas, contenidos del artículo 40 al 44, debido a que la mayoría de las penas previstas en esos artículos, son de 25 a 30 años de prisión, que es el límite constitucional de las penas corporales en Venezuela, por lo cual ya de por sí, no admite más incrementos.

Por su parte, el artículo 30, prevé la imprescriptibilidad de la acción penal de todos «*los delitos previstos en esta Ley*», y, adicionalmente, también menciona expresamente, desconocemos por qué, que tampoco prescriben «*los delitos contra el patrimonio público, ni los relacionados con el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas*»⁹, a pesar de que estos delitos no están previstos en esta Ley, y, adicionalmente, no en todos los casos esos hechos están relacionados con la delincuencia organizada, y muchos menos con el financiamiento al terrorismo.

Asimismo, la mencionada ley en el artículo 31 prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con exclusión del Estado y sus empresas, civil, administrativa y penalmente de los hechos punibles relacionados con la delincuencia organizada y el financiamiento al terrorismo, cometidos por cuenta de ellas, por sus órganos directivos o sus representantes. En el caso de personas jurídicas del sistema bancario, financiero o cualquier otro sector de la economía, el Ministerio Público lo comunicará al órgano de control correspondiente a los fines de las sanciones administrativas a las que haya lugar. Las sanciones a las personas jurídicas se encuentran establecidas en el siguiente artículo que prevé sanciones de acuerdo a la naturaleza del hecho, la gravedad, consecuencias para la empresa y la necesidad de prevenir la comisión de hechos punibles, entre las cuales están: la clausura definitiva en el caso de comisión intencional, la prohibición de realizar actividades comerciales, industriales, técnicas o científicas, la confiscación o decomiso de los instrumentos que sirvieron para la comisión del delito, de las mercancías ilícitas, y del producto del delito en todo caso, entre otras.

El artículo 33 a su vez establece, que cuando en la comisión de los delitos tipificados en esta Ley, participe algún funcionario público, además de la pena corporal impuesta de acuerdo con su responsabilidad penal,

como pena accesoria se le destituirá de acuerdo con el procedimiento establecido en la ley con competencia en materia funcional, y quedará impedido para ejercer funciones públicas o suscribir contratos con el Estado por un periodo de 1 a 15 años después de cumplida la pena. Adicionalmente, si la comisión del delito fuere en perjuicio del cualquier órgano del Estado, ya sea nacional, estatal o municipal, se aplicará la pena en su límite máximo. Esto a pesar de que ya el numeral 2 del artículo 29 prevé como circunstancia agravante, que el agente sea funcionario público, lo cual es caer en redundancia.

Esta Ley establece las diferentes clases de hechos punibles considerados como delitos de delincuencia organizada, en el Título III de esta Ley, específicamente del Capítulo II al IX, dividiéndolos en ocho (8) grupos de hechos punibles, según los bienes jurídicos protegidos. Así, en el Capítulo II se prevén «los delitos contra el tráfico y comercio ilícito de recursos o materiales estratégicos y de los metales o piedras preciosas», y en el primer artículo del mencionado capítulo, numerado como 34, se establece el «Tráfico y comercio ilícito de recursos o materiales estratégicos», referidos estos últimos a los insumos básicos que se utilizan en los procesos productivos del país, pero incluyendo también a los materiales nucleares o radiactivos, castigando dichas acciones con una pena de prisión de ocho a doce años.

El artículo 35 señala por su parte como delito, la legitimación de capitales, con una pena de prisión de diez a quince años, y una multa equivalente al valor del incremento patrimonial ilícitamente obtenido. Igualmente señala, que se aplicará la misma pena a quien por sí o por interpuesta persona, realice las actividades de conversión, transferencia o traslado por cualquier medio, de bienes, capitales, haberes, entre otros; oculte, encubra, simule la naturaleza, origen, ubicación, disposición, destino, movimiento, o propiedad de bienes o del legítimo derecho de estos, entre otras modalidades. Igualmente, se establece el decomiso o la confiscación de los capitales, bienes o haberes del objeto del delito. El siguiente artículo establece el incumplimiento de los sujetos obligados (directivos y empleados), que por su imprudencia, impericia o negligencia, favorezcan o contribuyan a la comisión del mencionado delito y financiamiento del terrorismo, sin haber tomado parte en él, con una pena de prisión de tres a seis años.

En el Capítulo III de esta Ley se prevén «los delitos contra el orden público», comenzando con el artículo 37, referido a quienes se «asocian» y formen parte de un grupo de delincuencia organizada, asignándole a

este delito una pena de seis a diez años. El siguiente artículo se refiere al «Tráfico ilícito de armas», y prevé una pena de prisión de doce a dieciocho años. Ahora bien, en caso de las armas sean de guerra, la pena será de quince a veinticinco años. El artículo 39 establece como delito la «Fabricación ilícita de armas», para el cual señala una pena de doce a dieciocho años. En caso de que se trate de armas de guerra, la pena será de quince a veinticinco años de prisión.

El Capítulo IV, prevé «los delitos contra las personas», iniciando con el artículo 40, denominado «Manipulación genética ilícita», referido a aquellas personas que como parte de un grupo de delincuencia organizada manipulen genes humanos, con una pena de seis a diez años de prisión. Si fecunda óvulos humanos con fines distintos a la procreación o terapéuticos, o realiza actos de clonación u otros procedimientos dirigidos a la modificación genética, será penado con ocho a doce años de prisión. En caso de utilizar la ingeniería genética para crear armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, será penado de veinticinco a treinta años de prisión.

El siguiente artículo prevé la «Trata de personas», señalando que quien como integrante de un grupo de delincuencia organizada, promueva, favorezca, facilite o ejecute mediante la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, recurra a la amenaza, fuerza, coacción, engaño, abuso de poder, situaciones de vulnerabilidad, concesión, recepción u otro medio fraudulento de pagos o beneficios, para obtener el consentimiento de la víctima, directamente o a través de un intermediario, o una persona que tenga autoridad sobre la otra, para que ejerza la mendicidad, trabajos o servicios forzados, servidumbre por deudas, adopción irregular, esclavitud o sus prácticas análogas, la extracción de órganos, cualquier clase de explotación sexual, como la prostitución ajena o forzada, pornografía, turismo sexual, y matrimonio servil, aún con el consentimiento de la víctima, será penado con prisión de veinte a veinticinco años, y la cancelación a la víctima de los gastos referidos su recuperación y reinserción social. En caso de que la víctima sea niño, niña o adolescente la pena será de veinticinco a treinta años de prisión. La trata de personas se encuentra ya prevista como delito en otras leyes, tales como en el Código Penal, en la Ley Orgánica Sobre el Derecho a las Mujeres a una Vida libre de Violencia y en el Código Orgánico para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, y, como se puede observar, además de señalar una gran cantidad de conductas posibles, también deja abierta otras posibilidades al mencionar «o sus prácticas análogas».

El artículo 42 de esta Ley, prevé el delito de «Inmigración ilícita y tráfico ilegal de personas», el cual es penado con prisión de ocho a doce años, no constituyendo causal de exclusión de la responsabilidad penal el consentimiento del sujeto pasivo, como tampoco el consentimiento del ascendiente, cónyuge, hermanos, tutor, curador, encargado de la educación, persona conviviente con el sujeto pasivo «de la trata», ministro de culto o funcionario público, quedando a salvo la posible responsabilidad penal de éstos últimos en caso de determinarse que aún en comisión por omisión, intervinieron «en la trata».

El artículo 43 se refiere al tráfico de órganos, y establece una pena de veinticinco a treinta años de prisión, para quien, como integrante de un grupo de delincuencia organizada, trafique, trasplante o disponga ilegalmente de órganos, sangre, concentrado globular, concentrado plaquetario, plasma u otros tejidos derivados o materiales anatómicos provenientes de un ser humano.

El sicariato se encuentra previsto en el artículo 44, con una pena de veinticinco a treinta años de prisión, tanto para el que lo ejecute como para quien encargue este tipo de homicidio.

En el Capítulo V, se establecen «los delitos contra la administración de la justicia», indicando en el artículo 45, referido a la obstrucción de la administración de justicia o de la investigación penal, en beneficio de un grupo de delincuencia organizada o de algunos de sus miembros, que si es perpetrado por medio de violencia, la pena será de seis a ocho años de prisión, sin perjuicio de la pena por el delito de lesiones; si se comete infringiendo el temor de grave daño a una persona, su cónyuge, familia, honor, bienes, o bajo la apariencia de autoridad oficial, será sancionado con pena de ocho a doce años de prisión; si se ejecuta prometiendo dinero o dando dinero u otra utilidad para lograr su propósito, la pena será de doce a dieciocho años de prisión, aplicándole igual pena al funcionario público o auxiliar de justicia que acepte o reciba dicho dinero; y si es perpetrado destruyendo o modificando, alterando o desapareciendo evidencias o datos acumulados por cualquier medio, con pena de ocho a doce años de prisión.

El Capítulo IV prevé «los delitos contra la indemnidad sexual», estableciendo en el artículo 46, el delito de la «pornografía», para quien «*explote la industria o el comercio de la pornografía para reproducir lo obsceno o impúdico a fin de divulgarlo al público en general*», sancionando este acto con una pena de diez a quince años de prisión. Si ésta es realizada utilizando niños,

niñas o adolescentes, o para ellos, la pena de prisión será de veinticinco a treinta años. La siguiente norma (47) sanciona con la misma pena, a quien, como parte de un grupo de delincuencia organizada, por cualquier medio directo o indirecto, venda, difunda o exhiba material pornográfico a niños, niñas o adolescentes.

La utilización de niños, niñas y adolescentes, con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, públicos o privados, o para la elaboración de cualquier material pornográfico, se encuentra prevista como delito en el artículo 48, con una pena de 25 a 30 años de prisión. Igual pena soporte o financie cualquiera de estas actividades.

El artículo 49 prevé la elaboración del material pornográfico infantil, lo cual se extiende a la venta, distribución, exhibición, se facilite la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico, en cuya elaboración hayan sido utilizados niños, niñas o adolescentes, aunque el material sea de origen extranjero o desconocido, estableciendo una pena de veinte a veinticinco años de prisión.

Seguidamente el Capítulo VII, prevé «los delitos contra la libertad de industria o comercio», estableciendo en su único artículo, el 50, denominado «obstrucción de la libertad de comercio», una pena de ocho a diez años de prisión, para quien, en cualquier grado, obstruya, retrase, restrinja, suprima o afecte el comercio o industria, por medio de violencia o amenaza contra cualquier persona o propiedad, o en apoyo o beneficio de un grupo de delincuencia organizada.

El Capítulo VIII, establece «Otros delitos de delincuencia organizada», y en el artículo 51, se señala la fabricación ilícita de monedas o títulos de crédito público, asignándole una pena de doce a dieciocho años.

Finalmente, en el Capítulo IX, se prevén los delitos «Del financiamiento al terrorismo», señalándose en el artículo 52, que el terrorista individual, o quienes asociados mediante una organización terrorista, realice o trate de realizar uno o varios actos terroristas, será castigado con una pena de prisión de veinticinco a treinta años. Se castiga en esta norma con la misma pena, tanto al delito consumado, como a la forma imperfecta de la tentativa.

El artículo 53 establece el financiamiento al terrorismo, con una pena de quince a veinticinco años, aunque los fondos no hayan sido efectivamente utilizados o no se haya consumado el acto terrorista, ya sea por un terrorista individual o por una organización de esa naturaleza, que opere en territorio extranjero y con independencia del país donde se efectúe el acto terrorista. Este delito no se justificará, bajo ninguna circunstancia, por

consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, religiosa, discriminación racial u otra similar.

La Ley Orgánica de Drogas:

Reemplaza a la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. Los cambios son mayormente en relación con el aumento de las penas de acuerdo a la cantidad de droga incautada. Los delitos previstos en esta Ley los divide en los «cometidos por la delincuencia organizada», los «comunes» y los «militares». El artículo 149 es el que establece los delitos básicos y mayormente perpetrados, previendo en su encabezamiento una pena de quince a veinticinco años de prisión, para todo aquél que ilícitamente, trafique, comercie, expendá, suministre, distribuya, oculté, transporte por cualquier medio, almacene o realice actividades de corretaje con las sustancias o sus materias primas, precursores, solventes y productos químicos esenciales desviados, aún en la modalidad de desecho, para la producción de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, será penado o penada con prisión de quince a veinticinco años.

El primer aparte de dicho artículo 149 señala que si la cantidad de droga no excediere de cinco mil (5000) gramos de marihuana, mil (1000) gramos de marihuana genéticamente modificada, mil (1000) gramos de cocaína, sus mezclas o sustancias estupefacientes a base de cocaína, sesenta (60) gramos de derivados de amapola o quinientas (500) unidades de drogas sintéticas, la pena será de doce a dieciocho años de prisión.

En el segundo aparte de este artículo 149, se encuentran previstos las modalidades de estos delitos en cantidad menor, indicándose que si la cantidad de droga incautada excediere de los límites máximos previstos para el delito de posesión en el artículo 153 de esta Ley (2 gramos para los casos de posesión de cocaína y sus derivados, compuestos o mezclas; hasta 20 gramos para los casos de marihuana, hasta 5 gramos de marihuana genéticamente modificada y hasta 1 gramo de derivados de amapola), pero no supera los quinientos (500) gramos de marihuana, los doscientos (200) gramos de marihuana genéticamente modificada, los cincuenta (50) gramos de cocaína, sus mezclas o sustancias estupefacientes a base de cocaína, los diez (10) gramos de derivados de amapola o las cien (100) unidades de drogas sintéticas, la pena será de ocho a doce años de prisión.

La pena más alta establecida en el referido artículo 149, se encuentra reservada para quien dirija o financie las operaciones antes mencionadas, con las sustancias,

sus materias primas, precursores, solventes o productos químicos esenciales desviados, aún en la modalidad de desecho y drogas sintéticas, que será penado con prisión de veinticinco a treinta años.

La Fabricación y producción ilícita se encuentra establecida en el artículo 150 de la mencionada ley, explana que quien ilícitamente fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, mezcle o produzca las sustancias o químicos, será penado con prisión de quince a veinte años. Y con prisión de veinticinco a treinta años a quien las dirija o financie.

En el Artículo 151, se encuentra establecido el tráfico ilícito de semillas, resinas y plantas, dirigido a quien ilícitamente siembre, cultive, coseche, preserve, elabore, almacene, realice actividades de corretaje, trafique, transporte, oculté o distribuya semillas, resinas y plantas que contengan o reproduzcan cualesquiera de las sustancias antes mencionadas, siendo penado con prisión de doce a dieciocho años. Si la cantidad de semilla o resina no excediere de trescientos (300) gramos o las plantas antes referidas, no superan la cantidad de diez (10) unidades, la pena será de seis a diez años de prisión. En caso de ser plantas de marihuana genéticamente modificada la pena será aumentada a la mitad. En el caso de quien dirige las mencionadas acciones la pena es de veinticinco a treinta años.

En otros países las cantidades de droga incautada, para que se considere que se ha perpetrado un delito grave, son muy superiores a las previstas en Venezuela (2 gramos de cocaína y 20 gramos de marihuana), y, adicionalmente, también se toma en cuenta la pureza. Eso ha ocasionado que se esté procesando a muchos narco-dependientes, a pesar que la Ley reconoce que son enfermos, no delinquentes.

Reforma Parcial de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios:

Esta Ley es conocida como la ley del Indepabis, y ya fue comentada en la Revista Penal N.º 25 de enero de 2010. Mediante esta reforma fueron modificados los siguientes artículos, el 5, se incorporó un nuevo artículo que viene a ser el número 6 que tiene que ver con la declaración de utilidad pública, fue modificado el artículo 15, en la materia de protección de intereses, también se modificó el artículo 64, el 66, 67, 68, el artículo 110, así como el artículo 111 que trata de las medidas preventivas. Fueron modificados otros artículos, el 137, 138, 139, 141, y el 142 de tiene que ver con la Alteración fraudulenta de condiciones de oferta y demanda.

En los artículos 138, 139, 140, 141 y 142, se prevén y sancionan los delitos de especulación, acaparamiento, boicot, alteración fraudulenta de precios y alteración fraudulenta de condiciones de oferta y demanda, la reforma eliminó la coetilla que especificaba que los «bienes» a los que se referían dichos tipos penales, fueran exclusivamente los «*declarados de primera necesidad*», y ahora abarca a todos los bienes, sin excepción alguna, incluyendo así a los bienes suntuosos e innecesarios, a los que no son de primera necesidad, lo cual, evidentemente, no se justifica y crea una total inseguridad.

Esta Ley también incluye al llamado contrabando de extracción, el cual ya está contemplado en la Ley Sobre el Delito de Contrabando.

Conclusiones

La existencia de aproximadamente 100 leyes penales especiales, hacen que la recopilación en dos tomos de las leyes penales vigentes en Venezuela, que Fernando M. Fernández, publicó en el año 2003¹⁰, y que alcanzaba hace 9 años a unas 80 leyes especiales con sanciones penales, haya quedado desfasada con tantas nuevas leyes y reformas que han ocurrido desde esa fecha. Lo que sí sigue muy vigente, y cada vez más, es el alerta que hace el Dr. Alberto Arteaga Sánchez en el prólogo de esa obra, cuando afirma «*La verdad es que el panorama amplísimo de los preceptos penales contenidos en leyes especiales debe ser motivo de gran preocupación, de una parte al constatar la imposibilidad de abarcar y conocer tan extensa y variada normativa y, de la otra, ante la absurda pretensión de extender la amenaza penal a todos los campos de la vida ciudadana, con el manifiesto resultado de la pérdida de todo respeto al recurso extremo de la sanción penal, que sólo debe ser invocada ante las transgresiones más graves al status ético-jurídico o cuando las demás sanciones son insuficientes y los bienes jurídicos exigen la máxima protección*»¹¹

Como se puede observar, muchas de las normas de las leyes antes mencionadas, no describen cuales son las conductas prohibidas que supuestamente constituyen delito, ni cuáles son los bienes jurídicos presuntamente afectados o lesionados, ni tampoco cual es el supuesto de hecho de hecho tan reprochable, que merece una consecuencia jurídica tan grave, como para acarrear una sanción de 20, 25 y hasta 30 años de prisión¹². Un ejemplo de ello es el nuevo delito de «*matrimonio servil*», previsto sin explicación alguna entre más de 20 modalidades de «*trata de personas*», en el artícu-

lo 41 de la nueva Ley Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo. ¿No se explica o determina qué es eso de «*matrimonio servil*»? ¿en qué consiste esa conducta?, ¿por qué es un tipo penal?, ¿Qué interés tiene la sociedad en lo que ocurra dentro de un matrimonio, especialmente cuando ambos cónyuges son personas adultas?. ¿Se justifica una condena de 20 a 25 años por ese llamado «*matrimonio servil*»? ¿Es que acaso no son suficientes todos los tipos penales establecidos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia¹³ y en otras legislaciones vigentes¹⁴?

Estas cosas ocurren por los siguientes factores: falta de discusión pública y de consulta con las universidades, academias e institutos especializados; deficiente asesoramiento profesional; carencia de una depurada técnica legislativa, excesiva punibilidad sin sentido; deseo desenfrenado de criminalizar todas las conductas posibles, creyendo, erradamente, que el aumento de las penas es la solución para bajar los altísimos índices de criminalidad.

Para colmo se siguen anunciando más leyes penales, entre ellas, nada más ni nada menos, que un nuevo Código Penal y la reforma del Código Orgánico Procesal Penal¹⁵, sin que se tenga conocimiento en qué consistirán esos nuevos y reformados textos legales. Considero que lo que necesita Venezuela, no son más leyes penales, sino que los organismos policiales y de investigación, el Ministerio Público y los Tribunales funcionen adecuadamente, con honestidad, celeridad y efectividad.

Otros países, como es el caso de Argentina, también están actualmente estudiando la elaboración de un nuevo Código Penal, para lo cual han seleccionado una comisión del más alto nivel, presidida por el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, que, entiendo, que está haciendo todas las consultas públicas necesarias para lograr un consenso, en relación con las conductas que deben ser punibles, para evitar incurrir en este tipo de errores. Eso es lo que se necesita y se debe hacer aquí en Venezuela, para que, como ya ocurrió entre los años 2001 y 2004, se nombre una comisión de juristas, para que se aboque a estudiar esos dos Códigos y formule las conclusiones y recomendaciones que sean convenientes y necesarias, previa una amplia consulta. El más destacado y reconocido jurista venezolano en materia penal, el Dr. Alberto Arteaga Sánchez, sería la persona ideal para presidir dicha comisión.

Por otra parte, muchos de los delitos que se perpetran en Venezuela, especialmente los relacionados con delincuencia organizada, tráfico de armas, de drogas, trata de personas, secuestros y sicariatos, son cometidos

por grupos o bandas armadas, con vínculos, conexiones o ramificaciones en otros países, sobre todo en la República de Colombia. Por lo cual, es absolutamente necesario que los gobiernos de los países suramericanos, alcancen acuerdos que sean realmente efectivos, de verdadera cooperación e intercambio de información, para combatir conjuntamente esos delitos que a todos nos afectan, ya que está demostrado que los esfuerzos individuales son insuficientes, para enfrentar con posibilidades de éxito el crimen transnacional, en un mundo tan globalizado como el actual.

Notas

- 1 Antes en la Revista Penal N.º 18, de julio de 2006
- 2 Gaceta Oficial N.º 39.535 del 21 de octubre de 2010. Derogó la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas del 16-12-2005 (G.O. N.º 38.337)
- 3 Gaceta Oficial N.º Extraordinario 6.017 del 30 de diciembre de 2010. Derogó la Ley Sobre el Delito de Contrabando, publicada en la Gaceta Oficial N.º 38.327, de fecha 2 de diciembre de 2005, 5 años antes.
- 4 Gaceta Oficial N.º 39.447 del 16 de junio de 2010, que derogó el Decreto N.º 411, con rango, valor y fuerza de Ley Marco que regulaba el Sistema Financiero Público, publicado en G. O. No 5396 Extr., del 25-10-1999
- 5 Gaceta Oficial N.º 39.358 del 1 de febrero de 2010, que derogó la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del 4-5-2004 (G.O. 37.930), así como el Decreto de Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y cualquier otra conducta que afecte el Consumo de los Alimentos

o Productos Sometidos a Control de Precios, del 21-2-2007 (G.O. 38.629), y la posterior Reforma de ese Decreto Ley, de fecha 31-1-2008 (G.O: 38.862), esto es, publicado sólo dos años antes.

6 Gaceta Oficial N.º 39.912 de fecha 30 de abril de 2012. Deroga la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada del 26-10-2005 (G.O. N.º 5.789 Extraordinario)

7 En este momento cada Unidad Tributaria tiene un valor de 90 Bs.

8 Un litro de la mejor gasolina cuesta en Venezuela 0,97 céntimos, casi 1 bolívar, y el precio oficial del dólar es de Bs. 4,3, es decir, que con un dólar se compran más de 4 litros, menos de 25 centavos de dólar por litro.

9 La Constitución Nacional en su artículo 29, establece que no prescriben los delitos de lesa humanidad, violaciones graves a los derechos humanos y los crímenes de guerra. Las Salas Constitucional y de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, han catalogado a los delitos de droga, como de lesa humanidad.

10 FERNÁNDEZ, Fernando M. «*Crímenes, Delitos y Faltas vigentes en Venezuela*». 2 tomos. Edit. Livrosca. Caracas. Agosto 2003.

11 Idem. Tomo I, prólogo, pág. XVIII.

12 Que es la pena máxima que se puede imponer en Venezuela.

13 Violencia psicológica, acoso u hostigamiento, amenaza, violencia física, violencia sexual, acto carnal con víctima especialmente vulnerable, actos lascivos, prostitución forzada, esclavitud sexual, acoso sexual, violencia laboral, violencia patrimonial y económica, violencia obstétrica, esterilización forzada, ofensa pública por razones de género, violencia institucional, tráfico ilícito de mujeres, niñas y adolescentes, etc.

14 Como el Código Penal y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNA)

15 Otra más. La última fue hace menos de 3 años, el 4-9-2009.