

Sistemas penales comparados



Principales reformas en la legislación penal y procesal (2003-2006)

Alemania

Gonzalo Medina Schulz

Universidad de Friburgo en Brisgovia

Entre los años 2003 y 2006 el sistema penal alemán ha experimentado significativas modificaciones, tanto en materia penal como procesal penal. Aquí se tratan los aspectos más relevantes de las reformas más significativas en ambas áreas.

I. Cambios a la legislación penal

1. Protección de penal ante la falsificación de medios de pago y actos preparatorios de estafa informática

La primera modificación relevante obedece a las necesidades surgidas con ocasión de la implementación de la Decisión Marco sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo¹. Como consecuencia de dicha Decisión Marco se introdujeron modificaciones a diversas disposiciones penales², como el § 146 StGB y siguientes (falsificación de dinero) ampliando los objetos que pueden ser materia del delito a tarjetas de crédito sin función de garantía, cheques y letras de cambio, los cuales pasan a ser ahora protegidos por medio del § 152 a StGB. Dicho parágrafo, “Falsificación de tarjetas de crédito con función de garantía y euro cheques” fue regulado parcialmente como tipo calificado en el nuevo § 152 b StGB a fin de evitar posibles lagunas de punibilidad en casos de error.³

La misma ley modificó el § 263 a StGB (estafa informática) incorporando diversos actos preparatorios como punibles e introduciendo el arrepentimiento activo como causa de exclusión de la pena.

2. La reforma en el ámbito de los delitos contra la autodeterminación sexual

A fines del año 2003 fueron introducidas numerosas modificaciones en materia de delitos contra la autodeterminación sexual, en especial respecto al abuso sexual de menores⁴, no obstante no tan lejanas reformas en esa área⁵. Las reformas consistieron esencialmente en el incremento de marcos punitivos, la extensión de los tipos penales en su formulación, de tal forma que se criminalizan actos meramente preparatorios del abuso sexual de menores y reformas en materia de pornografía⁶.

1. Modificación de marcos penales

De este modo, se eliminó, por ejemplo en el caso del abuso sexual de menores (§ 176 StGB), el marco mínimo de la pena, que podía ser una pena pecuniaria, dejando sólo la posibilidad de aplicar penas privativas de libertad, alcanzando extremos claramente inapropiados como los casos de abuso sexual de menores sin contacto corporal (§ 176 IV StGB), supuestos que constituyen más bien casos de bagatela y cuya sanción mínima queda en tres meses de privación de libertad. Asimismo, se eliminaron los casos menos graves tanto respecto del abuso sexual de menores como en el caso del abuso sexual de personas incapaces de resistencia (§ 179 StGB) y se aumentó el marco mínimo de la pena de uno a dos años en algunos supuestos de los abusos sexuales graves contra menores (§ 176a II StGB).

2. Nuevos tipos penales

La expansión de los tipos penales a actos preparatorios del abuso sexual constituye el sentido de la mayoría de los nuevos supuestos punibles introducidos. De ese modo, se sanciona la influencia sobre menores mediante escritos (Schriften)⁷. El fenómeno que explica la nueva disposición es el contacto con menores por medio de Internet (chatrooms) en los cuales el autor oculta su edad e intenta concertar encuentros⁸.

3. Pornografía

Una reestructuración total experimentaron los casos de la denominada pornografía dura, esto es, pornografía infantil, violenta o con animales, dejando de constituir una sola disposición y transformándose en los nuevos §§ 184a

-184c StGB. El cambio más importante se refiere al supuesto en que el autor procura proporcionar la tenencia de material pornográfico infantil a un tercero, sancionado como delito de emprendimiento, en el que la penalidad se eleva equiparándola a la difusión de pornografía infantil. También se equiparan el procurarse a sí mismo material pornográfico infantil con la mera tenencia de éste, con una pena de hasta dos años de privación de libertad. Finalmente se establece en el §184c StGB la difusión de material pornográfico descrito en los párrafos precedentes, a través de medios de comunicación e información.

3. La custodia de seguridad posterior

Por medio de la custodia de seguridad posterior⁹ es posible, bajo ciertas condiciones, encerrar a personas condenadas por un delito después del cumplimiento de la pena en un establecimiento penitenciario, aun cuando la custodia de seguridad no hubiese sido ordenada en la sentencia condenatoria (§ 66 StGB) o establecido en dicha resolución la posibilidad de ordenarla (§ 66a StGB). El caso de la custodia de seguridad posterior refiere a la aparición de un pronóstico de peligrosidad en el tiempo que media entre el pronunciamiento de la sentencia y el fin del cumplimiento de la condena¹⁰.

El régimen ya existente de la custodia de seguridad no es modificado por la reforma, regulándose la nueva figura en el § 66b StGB. Para ordenar una custodia de seguridad posterior se requiere la concurrencia de los mismos presupuestos para la custodia de seguridad señalados en el § 66 StGB. Es decir, su aplicación se produce en caso de existencia de múltiples condenas anteriores. En el momento de determinación de la procedencia de la medida ha de estar cumpliendo el condenado sentencia por un delito contra la vida, la integridad física, la libertad personas, la autodeterminación sexual, un caso de robo calificado o con resultado de muerte. Por sobre esto, se requiere que antes del término del cumplimiento de la condena aparezcan circunstancias que indiquen la peligrosidad de la persona para la sociedad. Dicha valoración debe dar cuenta de una alta probabilidad de comisión de hechos delictivos en el futuro, los cuales afectarían considerablemente a la víctima. Dos casos especiales de custodia de seguridad posterior acompañan la hipótesis básica. El primero de ellos se refiere a la posibilidad de ordenar la custodia de seguridad existiendo como antecedente una sola condena de mínimo cinco años de privación de libertad, el segundo a la posibilidad de ordenar la custodia de seguridad una vez que se da por terminado un período de internación en un establecimiento psiquiátrico¹¹.

4. La protección del ámbito personalísimo de vida. El nuevo § 201 a StGB

Una nueva figura penal en el ámbito de la protección de la privacidad se establece mediante nuevo § 201a StGB¹²

que sanciona la reproducción o transmisión no autorizadas de imágenes tomadas en de una persona que se encuentra en su domicilio u otro lugar especialmente protegido contra intromisiones visuales y con ello lesione el ámbito personalísimo de vida de la víctima. Asimismo se encuentran sancionados el uso y el dar acceso a las imágenes, hipótesis también sancionadas en caso de obtención de imágenes con consentimiento del titular, cuando el uso y acceso no están autorizados. El ámbito de protección alcanza no sólo al domicilio de la víctima, sino a otros lugares en los que exista una expectativa de protección del ámbito personalísimo de vida¹³. Especial discusión ha suscitado la fijación en el tipo penal del resultado lesivo del bien jurídico como resultado del tipo penal, puesto que el § 201a StGB exige que las conductas allí descritas produzcan como resultado la lesión del ámbito personalísimo de vida.

5. El tráfico de personas

Las normas relativas al tráfico de personas fueron considerablemente reformadas¹⁴ con vista a normas internacionales sobre la materia. De esta forma se introduce un tipo penal referido al tráfico de personas con fines de explotación sexual (§ 232 StGB), de manera tal que ya no sólo comprende la prostitución sino otras acciones de significación sexual, quedando incluidos, por ejemplo, los Peep-shows, la producción de material pornográfico y el comercio de personas con fines de matrimonio¹⁵. También se establece con el § 233 StGB un nuevo precepto referido al tráfico de personas con fines de explotación laboral. La norma comprende el traslado con fines de esclavitud, servidumbre, trabajo forzado en función de pago de deudas o para asumir o continuar una ocupación bajo condiciones evidentes de desigualdad respecto a otros trabajadores que desempeñen la misma actividad. Para ambas disposiciones se establecen supuestos calificados. A modo de ejemplo, una calificación referida a la protección de la vida en integridad física de la víctima, que en la nueva legislación se satisface con la sola puesta en peligro de la vida, así como con el grave abuso corporal¹⁶. Finalmente, se establece una norma que sanciona la promoción del tráfico de personas, nuevo § 233a StGB, cuya aplicación presupone la no consumación o tentativa de las conductas descritas en los §§ 232, 233 StGB, puesto que la complicidad a esas conductas recibe una mayor penalidad según las reglas generales¹⁷.

6. Las modificaciones al delito de daños

Con la denominada ley de lucha contra el Graffiti¹⁸ se ha pretendido cerrar algunas lagunas de punibilidad en la legislación penal. Para ello se introduce en la redacción de los tipos de daño (§§ 303, 304 StGB) un supuesto consistente en la alteración no autorizada, no sólo transitoria ni irrelevante, de la imagen de una cosa ajena. Con ello se obtiene a su vez la subsumción de los casos de Graffiti ba-

jo la norma, así como también la simplificación de la prueba en el caso de los demás supuestos de daño¹⁹.

II. Reformas en materia procesal penal

1. La ley de modernización de la justicia

Dicho cuerpo legal²⁰ modificó diversos aspectos del procedimiento civil y penal. Con las modificaciones introducidas se perseguía un aumento de la efectividad de los procedimientos. El proceso penal sufre diversas modificaciones en ese sentido, destacándose entre las reformas los siguientes aspectos: se modifica la normativa referida a la toma de juramento (§§57, 59, 61-66 StPO), dependiendo ahora del respectivo tribunal el realizar dicha actuación o desestimarla. Asimismo, se introducen significativas modificaciones respecto a la extensión de las interrupciones del proceso (§ 229 StPO), siendo destacable la sustitución del plazo general de diez días por uno de tres semanas. Importantes cambios sufre el proceso penal alemán en materia de lectura de documentos y su incorporación al juicio (§§ 251, 256 StPO), produciéndose un significativo detrimento de los principios de inmediación y oralidad de la prueba, resultando con ello muy afectados los derechos del inculpa²¹. Así, se amplían los casos en que la declaración de testigos puede ser sustituida por la mera lectura de documentos en que consten las declaraciones. Ejemplo de ello es el nuevo inciso 3.º del § 251 I StPO que posibilita ese proceder para la acreditación del daño patrimonial. También se introducen cambios en la competencia de los Tribunales de Revisión, los cuales pueden a partir de la reforma prescindir de la revocación de la sentencia recurrida pero introducir cambios en la determinación de la pena, sólo en cuanto a su reducción.

2. Vigilancia de comunicaciones domiciliarias

En materia de vigilancia de comunicaciones domiciliarias es necesario remitirse a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal²² que declaró parcialmente inconstitucional la regulación existente en la materia. Producto de dicha sentencia se dictó la ley que da cumplimiento a las exigencias establecidas por el Tribunal Constitucional²³. Dicho órgano jurisdiccional exige que con la vigilancia de comunicaciones domiciliarias no se afecte el ámbito domiciliario de la vida privada, en cuanto éste se exprese como desarrollo individual en el ámbito central de la configuración de la vida privada. Esa exigencia se manifiesta en diversas formas en las respectivas disposiciones. Así, se exige para la realización de la vigilancia un pronóstico negativo del tribunal, que prevea una cierta probabilidad, en cuanto a que el ámbito nuclear de la esfera privada no será vulnerado mediante la realización de la vigilancia. En el mismo sentido, si durante la realiza-

ción de la vigilancia se verifica una afectación del núcleo esencial. Sin perjuicio de ello, la medida puede ser continuada, verificándose un nuevo pronóstico negativo respecto a una eventual afectación del núcleo esencial del ámbito de conformación de la vida privada. El legislador no establece una definición de dicho núcleo esencial, pero se establecen (§ 100c IV StPO) como criterios guías el tipo de lugar bajo vigilancia y la clase de relación existente entre las personas sometidas a vigilancia²⁴. La nueva regulación se refiere también con detalle a la utilización de datos personales obtenidos mediante la vigilancia en otros procesos penales, así como también su utilización con para fines de policial-preventivos.

3. Registros de DNA

A fines del año 2005 entró en vigor la nueva normativa sobre análisis forense del ADN, que contribuye a una amplia posibilidad de afectación del derecho a la autodeterminación informativa en el derecho alemán. La ya citada modificación en materia de delitos contra la autodeterminación sexual había introducido la posibilidad de determinación de género, ampliando el catálogo de figuras para las cuales se permite el registro de ADN con fines probatorios en procesos penales futuros. Los cambios esenciales en la materia son los siguientes²⁵: se suprime la exigencia de una orden judicial para los casos en que se trate del análisis de muestras de células corporales de origen desconocido, así como en los casos en que el afectado ha consentido por escrito. Asimismo se le concede a la fiscalía la posibilidad de ordenar el examen sin previa orden judicial en casos de urgencia. Se suprime el catálogo de delitos de alta significación en el § 81g I StPO que regula la recolección y almacenamiento de patrones de identificación genéticos para futuros procesos, junto a ello se amplían los casos de análisis de ADN a fin de utilizarlos en una futura persecución penal a delitos reiterados o que hayan de reiterarse, que considerados por sí solos no alcanzan el grado de relevancia necesarios, pero que estimados en conjunto igualan a un delito de significación considerable. Finalmente, se introduce con el nuevo § 81h StPO una regulación respecto a los tests en serie a personas que presentan las características del presunto autor, previa orden judicial.

Notas

1 Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo de la Unión Europea.

2 Mediante la 35.ª Ley de Modificación Penal, BGB11, 2003, 2838, en vigencia desde el 28.12.2003

3 Esa modificación sirve a efecto de implementar el artículo 2 de la Decisión Marco, en el sentido de sancionar el recibo, transporte, obtención, venta o transferencia de instrumentos de pago que hayan sido objeto de robo, apropiación indebida, fal-

sificación o manipulación para su utilización fraudulenta. Sobre esto vid. HUSEMANN, Stephan, NJW 2004, págs. 104 y ss.

4 36.^a Ley de Modificación Penal. BGBI I, 2003, 3007.

5 Por medio de la 6.^a Ley de Reforma Penal. BGBI I 1998, 164.

6 Críticos acerca de la necesidad de una nueva reforma en la materia DUTTGE/HÖRNLE/RENKOWSKI, NJW 2004, págs. 1065 y ss.

7 De acuerdo al § 11 StGB se igualan a los escritos, los soportes de audio o imagen, de almacenamiento de datos e imágenes u otras representaciones.

8 Así en los materiales legislativo BT-Dr. 15/350. Sin embargo es criticable que la norma sólo considere esa posibilidad de ejercer influencia sobre menores y no, por ejemplo, mediante obsequios. Sobre esto LACKNER/KÜHL, StGB, § 176, Rn. 4a 9 BGBI I, 2004, 1838, vigente desde el 29.7.2004.

10 Crit. respecto a la legitimidad de la institución vid. KINZIG, Jörg, NSTZ, 2004, págs. 655 y ss.; KREUZER, Arthur, ZIS, 2006, págs. 145 y ss.

11 En detalle sobre la nueva regulación vid. POSECK, Roman, NJW, 2004, págs. 2559 y ss.

12 BGBI I, 2004, 2012.

13 Así por ejemplo, un domicilio ajeno, habitaciones de hotel, casetas, confesionarios o habitaciones de atención médica, así HOPPE, Tilman, GRUR, 2004, pág. 992.

14 37.^a Ley de Modificación Penal, BGBI I, 2005, 239.

15 TRÖNDLE/FISCHER, StGB und Nebengesetze, § 232, Rn. 6.

16 SCHROEDER, F.C., NJW, 2005, pág. 1396.

17 Sobre esto TRÖNDLE/FISCHER, StGB und Nebengesetze, § 233a, Rn. 3.

18 39.^a Ley de Modificación Penal, BGBI I, 2005, 2674.

19 Con ello se persigue evitar costosos informes para dilucidar la existencia de un daño en la sustancia de la cosa, vid. EISENSCHMIED, NJW 2005, págs. 3033 y ss.

20 1JuMoG, BGBI I, 2198 de 30.8.2004, vigente desde el 1.9.2004

21 KNAUER/WOLF, , NJW, 2004, págs. 2934 y ss.

22 BVerfGE 109, 279.

23 BGBI I, 2005, 2360, en vigencia desde el 1.7.2005

24 LÖFFELMANN, Markus, NJW 2005, págs. 2034 y ss.

25 Con mayor detalle vid. SENGE, Lothar, NJW 2004, S. 3028 ss.

Argentina

Luis Fernando Niño¹

UBA –UNLZ – UB

I. No es novedoso el recurso de los políticos de las más diversas latitudes a las campañas de “ley y orden”. El poder simbólico de un Derecho Penal en continua expansión alucina a quienes, desplazados definitivamente por los economistas de su rol tradicional de mediadores entre el capital y el trabajo, apuntan a convencer a quienes aun tenemos algo que perder, intentando persuadirnos de que

conservan, al menos, el modesto papel de garantes de la seguridad ciudadana; sin advertir, claro está, que, por la propia gravitación de la operatividad de las respectivas agencias del control social formal, son las policías y demás fuerzas de seguridad las únicas netamente favorecidas por su programa efectista y nada original de criminalización primaria, reducido a dos resortes de proverbial ineficacia de cara a los fines declarados: elevar las escalas penales y dificultar las posibilidades de libertad bajo proceso.

El resultado de ese patético y fracasado mecanismo de compensación era y es previsible. En la Argentina, el número de personas privadas de libertad ha crecido en el último lustro a un ritmo muy superior al de la población del país. Según datos oficiales, en los últimos cinco años la cantidad de detenidos en las cárceles federales aumentó casi un 44%. En el mismo periodo, la población del país se incrementó en un 5%. Nueve presos nuevos por cada nuevo ciudadano. Todo un récord, soportado, en términos estadísticamente relevantes, por los excluidos del alicaído aparato productivo².

Anticipé que no se trataba de algo innovador. De todos modos, en este último trienio, la apelación a las soluciones represivas frente a las manifestaciones de la delincuencia común ha cobrado un ritmo vertiginoso, sobresaliendo de aquel habitual marco folklórico, y emerge como un epifenómeno demostrativo de la inepticia de la clase política, globalmente considerada, para enfrentar la crisis en que ella misma ha sumido a la ciudadanía, con políticas más genuinas y eficaces, tales como las de atención primaria a la salud, a la enseñanza y a la creación de puestos de trabajo.

Claro está que no es su mérito exclusivo: los amanuenses del poder real, los “guardianes de la libertad” certeramente denunciados por Chomsky y Herman³, han colaborado generosamente con su macabro y grandguignolesco estilo de construcción social de las noticias policiales y judiciales.

La crónica de delitos violentos ha venido ganando espacio en los medios de comunicación orales y escritos para instalarse, sin temor a exageración, como masivo tema de culto. Lo característico de este fenómeno ha sido la estrategia de penetración en el imaginario social mediante ráfagas de ilícitos sospechosamente homogéneos.

Tras varios años de supuesto auge del robo de vehículos y de sus accesorios, con su publicitada parafernalia de “desarmaderos”⁴ suburbanos, florecieron las noticias relativas a violadores seriales. Más tarde, ocuparon la escena cotidiana los secuestros extorsivos, modalidad que, como veremos, desató la más sistemática campaña expansionista del poder punitivo. En nuestros días, la siempre cambiante “ola de inseguridad” parece ensañarse con los ancianos, víctimas de episodios tan violentos como absurdos, dado el bajo o nulo poder adquisitivo en que se debate la tercera edad, en un país cuya deuda interna permanece manifiestamente impaga⁵.

No es tarea fácil establecer qué factores juegan en la pérdida de actualidad de las “inseguridades” en boga y en el procedimiento de sustitución por nuevas modalidades hiperdimensionadas por su sobreexposición mediática: si bien la categorización suele basarse en el tipo de delito, en algunos casos –como sucede actualmente con los ancianos– se hace hincapié en las características de las víctimas. Una variable recurrente es la de la menor edad de los agresores; a despecho de estadísticas serias, que demuestran que la franja estaría de 14 a 16 años no registra mayores variaciones en los índices generales, las prédicas por la baja de la edad de imputabilidad no tardan en hacerse oír en cuanto un adolescente aparece involucrado en un ilícito.

El discurso de la “mano dura” campea en los espacios radiotelevisivos teóricamente consagrados a la discusión de las políticas en torno al delito; y aunque la bandera del Estado de Derecho continúa flameando en el ámbito académico, la manipulación de conceptos provenientes del funcionalismo sociológico abre surcos aptos para el avance punitivo. Los defensores de los principios liberales más elementales son/somos frecuentemente anatematizados; y el apelativo “garantista” ha dejado de ser un timbre de honor para transformarse en un *argumentum ad hominem* agresivo, volcado desde la pequeña pantalla denostada por Pierre Bourdieu⁶ sobre la opinión pública.

II. En menos de tres años, entre junio de 2003 y abril de 2006, se han consumado en la República Argentina catorce (!) reformas al Código Penal, a través de las leyes números 25742, 25767, 25815, 25816, 25825, 25882, 25886, 25890, 25892, 25893, 25928, 25930, 25990 y 26087, sin contar otras normas complementarias de dicho cuerpo de leyes o de la ley de ejecución.

Esa febril producción legislativa, desplegada en el enrarecido universo descrito, ha contribuido a desbalancear definitivamente la deseable proporcionalidad de las escalas penales conforme a la índole e importancia de los bienes jurídicos en juego; también ha permitido la resurrección de preceptos propios de un Derecho Penal de autor; y, por si ello fuera poco, amenaza con liquidar institutos de sana política criminal, tales como las excusas absolutorias o condiciones negativas de operatividad de la coerción penal.

Tan marcada es la tendencia que se han multiplicado los trabajos de doctrina destinados a reseñar las múltiples y abigarradas reformas introducidas al Código Penal⁷.

Vale contextualizar inmediatamente el tópico. Once de las catorce modificaciones mencionadas tienen un agente catalizador común: el 17 de marzo de 2004 fue secuestrado en un distrito residencial del Gran Buenos Aires el estudiante Axel Blumberg, en circunstancias en que conducía el automóvil de su madre; seis días más tarde, pese al pago del rescate exigido a su padre –el ingeniero Juan Carlos Blumberg– el joven resultó muerto en un episodio aún hoy no esclarecido debidamente.

Las clases medias y altas del país acusaron el impacto: un joven culto, de buen nivel social, atractivo y simpático,

moría en el desenlace de un delito particularmente odioso, que atenta contra la libertad, pone en claro riesgo la salud y la vida del sujeto pasivo y apunta al patrimonio de la víctima o de sus familiares y allegados.

La reacción no se hizo esperar. El padre del infortunado muchacho, apoyado prestamente por los sectores más conservadores de la sociedad argentina, se convirtió en un cruzado de la potencia punitiva estatal: organizó tres manifestaciones multitudinarias, en las que difundió un programa de reformas penales llamativamente sistematizado, ganó un inusitado protagonismo en los medios masivos de difusión, y participó personalmente, erigido en acuciante controlador parlamentario, en los escasos debates que precedieron a la conversión en ley de la mayor parte de sus iniciativas, por parte de una legión de atribulados congresistas.

Lo sucedido, tras los vaivenes soportados en las dos décadas holgadas transcurridas desde la recuperación de las instituciones democráticas, merece un análisis psico-sociológico que excedería los límites de esta aportación. No obstante ello, estimo oportuno llamar la atención sobre una circunstancia que pasó inadvertida para muchos y que encuentro reveladora de la falacia de la seguridad pretendidamente conquistada mediante la incorporación de disposiciones draconianas al repertorio legal establecido.

La primera de las normas antes mencionadas, la Ley 25742, dictada casi un año **antes** del secuestro extorsivo padecido por Axel Blumberg, había introducido agravantes que superaban con creces la pena del homicidio simple si resultaba la muerte del secuestrado como consecuencia no querida por el autor, normativa que mereció justa crítica doctrinal, por jerarquizar inexplicablemente la lesión patrimonial⁸; al tiempo que equiparaba la respuesta punitiva con el homicidio calificado en caso de causación intencional de dicha muerte. Incorporaba, además, la figura del delator, resistida desde Francesco Carrara hasta nuestros tiempos.

Esa muralla espectral, edificada con amenazas de décadas de encierro y con premios a los soplones ubicuos, no disuadió a los captores del desdichado Axel ni a tantos otros que, a la hora de determinarse a delinquir, no consultan el Boletín Oficial ni meditan acerca de las consecuencias de un eventual fracaso de su empresa.

No se trata de desertar del plausible universo de ideas demo-liberal, conforme al cual los mandatos generales –preceptivos y prohibitivos– y los permisos excepcionales, dirigidos a individuos racionales y autodeterminados, cumplen una función rectora y motivadora de las conductas de la generalidad; sino de comprender que no tiene sentido insistir hasta la estolidez en redoblar la apuesta vindicativa y creer que colmando delegaciones y presidios ha de arribarse a una convivencia más armónica y sosegada, cuando lo que se echa de menos es un horizonte donde el frugal binomio freudiano *lieben und arbeiten*, amar y trabajar, sea una meta pasible de alcanzar por cualquier ciudadano.

Nuestra conciencia de hombres y mujeres de Derecho clama por algo diferente de un tosco instrumento destinado a machacar a los más vulnerables. Por lo pronto, a la luz de los acontecimientos, el crepitante edificio normativo de la seguridad ciudadana, fruto tardío de la ideología de la seguridad nacional, no pasa de configurar un esperpento tragicómico.

III. Ante la imposibilidad de ensayar, en el espacio habitual de estos informes, una síntesis del imponente proceso inflacionario registrado en nuestro maltrecho código de fondo, me permito remitir a los lectores al centro de información ministerial más actualizado que conocemos, cuya página web es: www.infoleg.mecon.gov.ar

Sin perjuicio de ello, dejaré reseñados algunos tópicos que estimo particularmente relevantes.

En primer lugar, cuadra advertir el insólito reingreso del Derecho Penal de autor, presente en el tipo del art. 189 bis, inciso 2.º, último párrafo, debido a la sanción de la Ley 25886, que comienza por caracterizar al sujeto activo como “el que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o por el uso de armas...”. En segundo término, glosar la Ley 25890, que de un plumazo produjo una decena de cambios sustanciales en el código de fondo argentino: dicha norma parece diseñada por un bronco estanciero pampeano, preocupado por ciertas mermas en el plantel de sus ganados, dispersos en el extenso latifundio improductivo que supo heredar. No sólo modifica, en la Parte General, el elenco de vocablos con un sentido jurídico-penal específico, sino que amplía los objetos de lesión en el hurto agravado e incorpora todo un capítulo consagrado al abigeato, a través de cuyas escalas penales aprendemos que en la Argentina contemporánea tiene mayor pena quien se apodera ilegítimamente de una cabeza de ganado mayor... o menor (!) que quien lesiona grave y dolosamente a un semejante. Valga comparar los artículos 90 y 167 ter del Código Penal vigente para confirmar tal aserto.

Otra enormidad: arriesga una privación de libertad más gravosa quien hubiere sustraído una cabeza de ganado forzando la puerta del corral donde se encuentra el animal que quien intencionalmente hubiere dejado ciego o mutilado a su prójimo (confrontar arts. 91 y 167 quáter, inciso 1.º del Código Penal). Y es de desear que nadie esgrima el perimido argumento conforme al cual la disparidad descrita puede deberse a la pérdida de valor social de la vida o la integridad física. Lo cierto es que, aquí y ahora, el derecho de propiedad sobre una vaca vale más que la incolumidad de un ser humano.

La “inseguridad rural”, subespecie de la modalidad general antes recordada, sirvió para desnudar ultraintenciones no siempre explicitadas con vehemencia. En el debate parlamentario se dejó en claro que uno de los motores de la reforma consistía en “*augmentar las penas de este delito, que era excarcelable. Se trata de un delito que es una verdadera plaga y creo que los cuatreros van a llorar y nosotros a festejar*”⁹.

La desembozada confesión de procurar que etos delitos no sean pasibles de libertad contracautelar, guarda relación con la historia legislativa y jurisprudencial de un país eminentemente ligado a la explotación agrícola-ganadera como la Argentina. De hecho, distintas legislaciones procesales (que en el esquema federal nacional quedan reservadas a las provincias) estipularon óbices a la excarcelación para este tipo de expresiones delictivas, diferenciación que, con algunas vacilaciones, fue rechazada en la jurisprudencia del máximo Tribunal de garantías¹⁰.

Otra tangible muestra de descontrol punitivo vino dada por la Ley 25928, que en un instante duplicó el máximo computable en materia de concurso real, disparándolo a la suma antropológicamente inconcebible de cincuenta años de prisión.

Por fin, y muy lejos de agotar las desmesuras de esta irracional escalada represiva, valga una postrera muestra: la reciente derogación de la excusa absolutoria basada en el parentesco o la amistad íntima en los casos de lavado de dinero, merced a los oficios de la Ley 26087, el más reciente producto legislativo en esta deplorable huida hacia delante de los representantes de la civilidad.

Sólo me resta recomendar la visita a la página puntualmente citada, para apreciar en su real dimensión el virtual naufragio de los ideales propulsores de un Derecho Penal mínimo, racional, eficaz y humano.

Notas

1 La Abogada Mariana GRASSO (UBA) colaboró en la recolección de datos y en la redacción del primer borrador del informe.

2 Según estimaciones del Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina, en 1999 había 36.398.577 habitantes en la Argentina y cinco años después, en 2004, la población había crecido a 38.226.051. En ese período, de acuerdo a datos oficiales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, del que depende el Servicio Penitenciario Federal, los presos en cárceles nacionales pasaron de 6.767 a 9.738 (43,9%). De ellos, 4.975 (51%) son procesados, es decir personas que no han sido condenadas en juicio. Como trágico correlato, el hacinamiento en unidades carcelarias y en comisarías alcanzó cotas históricas. Un solo dato ilustrativo: los treinta y tres individuos que perdieron la vida en un motín originado en el penal de Magdalena (Provincia de Buenos Aires) el 15 de octubre de 2005 eran presos sin condena. Sus muertes dieron lugar a una investigación penal que involucra a cuarenta y un agentes del servicio penitenciario provincial (Diario Clarín, Bs.As., 5/3/2006).

3 CHOMSKY, Noam – HERMAN, Edward: “Los guardianes de la libertad”, Crítica, Barcelona, 2001.

4 Sitios de desguace de automotores en miras a la comercialización ilegal de sus piezas.

5 No negamos que existan unos u otros episodios. Simplemente aludimos a la tendencia periódica a la rotulación y generalización de situaciones y –aun– a la posible interacción en-

tre su difusión por los medios y su producción en la realidad social.

6 BOURDIEU, Pierre: "Sobre la televisión", Anagrama, Barcelona, 2005.

7 Más allá de los trabajos relacionados con cada figura en particular, analizando las modificaciones emergentes del reciente movimiento de reforma v. ABOSO, G. (coordinador), Alvero M. Arocena, G., Cesano, J., Morosi, G. Vitale, G y Zapata, M. *Reformas al código penal. Análisis doctrinario y praxis judicial*, Ed. B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2005; LITVACHKY Paula y LANCESTREMER, Javier, *Reformas al código penal y procesal penal de la nación entre enero de 2003 y junio de 2004*, en Nueva Doctrina Penal, 2004/B, Editores del Puerto, 2004, pp. 671/686.

8 V. MARTÍNEZ, Stella Maris: "Las figuras del art. 142 bis del C.P.", en *Delitos contra la Libertad*, coord. Niño, Luis F. - Martínez, S. M., Ed. "Ad-Hoc", Bs. As., 2003, pp. 101 y ss.

9 V. www.senado.gov.ar, Sesión 21, Reunión 41, 17/12/03, ap. 38, intervención de la Sra. Paz.

10 Si bien aconteció con relación a otros delitos, en Fallos 321:3630, la Corte restableció el criterio sentado en Fallos 102:219, en el que hubo de declarar la inconstitucionalidad de una norma constitucional provincial que impedía la excarcelación para el delito de abigeato.

Brasil

Alexis Augusto Couto de Brito

Profesor Universitario de Derecho Penal y Procesal Penal, Abogado, mestre y doctorando en Derecho Penal por la Universidad de Sao Paulo USP

El espacio cordialmente cedido para la enumeración y destaque de las reformas penales y procesales de Brasil sería insuficiente para la exposición al lector del descontrol vivido por los legisladores nacionales en los últimos 3 años. Infelizmente, los cambios ni siempre han sido conducidos con fines político-criminales garantistas, como se hace tan poco tiempo, nosotros no habemos vivido un período de excepción de desmandamientos.

El código penal (Decreto-ley 2.848/40) y el código procesal (Decreto-ley 3.689/41) remontan a la década de 1940 del siglo pasado y sufren una presión de la sociedad en busca de alteraciones, ni siempre por la prometida eficacia de la solución penal, pero por la ausencia de políticas sociales por parte de los legisladores. Más una vez, el Derecho Penal es la respuesta inmediata a problemas mediatos. Para tener una idea, 37 supuestos de hecho y 36 preceptos procesales fueron alterados o creados. Además, 3 estatutos conteniendo muchos dispositivos del orden penal y procesal fueron editados: Estatuto do Desarmamento (Ley 10.826/03), Estatuto do Edoso (Ley 10.741/03), y Ley de Falencias (Ley 11.102/05). Complementando este rol, medidas de aspecto administrativo del Sistema Nacional de Prevención, Fiscalización y Represión al hurto y

Robo de Vehículos y Cargas (Ley Complementar 121/06)¹.

En el año de 2003 nosotros sufrimos la más grande onda de cambios: 12 diplomas legales de incidencia directa en el sistema penal/procesal fueron publicados, la gran parte de ellos del orden represivo, y solamente uno de carácter despenalizador. En éste –Ley 10.684/03– se permitió que la parcelación de la deuda fiscal con el gobierno por el no pago de ciertos tributos federales (artículos 168-A y 337 del CP y artículos 1.º 2.º de la Ley 8.137/90) promueva la suspensión de la pretensión punitiva del Estado, y la efectiva quitación de la deuda importará en extinción de la punibilidad.

A continuación, en una apretada síntesis y destacando sólo el más relevante, para facilitar el entendimiento, dividiremos el asunto en (a) reformas penales, (b) procesales y (c) estatutos. En exámenes finales, una brevísima consideración sobre el que está por venir (d).

a) Mudanzas penales

Iniciando la exposición en orden cronológico, tuvimos como primera alteración la nueva redacción del artículo 184 del CP brasileño que define el crimen de violación de derecho del autor, con la distinción entre violación simples (*caput*) y violación con fines de comercio (§§ 1.º, 2.º y 3.º). La sanción penal para el violador del derecho del autor varía entre 3 meses hasta 1 año de prisión en el tipo simples, y de 2 hasta 4 años cuando el elemento subjetivo fuera el fin de lucro. El relieve queda por cuenta de la tipificación de la violación de los derechos del autor cuando transmitidos por cabo, fibra óptica o satélite, que hasta ahora eran tratados por nuestros autores dogmáticos y tribunales como hurto de energía eléctrica (art. 155, §3.º do CP), y que tiene una pena de prisión de 1 hasta 4 años.

Otra alteración de la legislación penal sufrió y todavía sufre muchas críticas por la incongruencia sistémica. La ley brasileña de blanqueo de capitales (Ley 9.613/98) es marcada por una enumeración taxativa de los crímenes antecedentes a la conducta de blanqueo². En Brasil, solamente la disimulación de los valores provenientes de estos crímenes enumerados será considerada conducta típica prevista en la ley aludida. De entre los crímenes antecedentes, encontramos el de "terrorismo o su financiación". Es curioso que en Brasil todavía no hay tipificado como conducta criminosa el terrorismo, ni siquiera su financiación. El que más se aproxima al terrorismo es la previsión del artículo 20 de la Ley 7.170/80³ que en su contenido tiene la expresión "actos de terrorismo", sin aunque aclarar cuáles son del mismo modo considerados. Sin embargo, el correcto sería que el legislador, más bien definirse lo que es el terrorismo, para entonces preocuparse con la disimulación de los valores derivados de este crimen.

Delante de algunos escenarios de corrupción de los agentes públicos y de los consecuentes desfalcos a los co-

fres del Estado, la Ley 10.763/03 ha efectuado algunas alteraciones en cuanto a los Delitos contra la Administración Pública. En principio, las penas máximas de los crímenes de corrupción han sido aumentadas para 12 años de prisión. También se ha condicionado la progresión del régimen a la reparación del perjuicio causado, o a la devolución del producto del ilícito, con los incrementos legales. En Brasil, el condenado que ha cumplido un sexto de su pena y ha mantenido comportamiento carcelario satisfactorio podrá progresar de un régimen más severo para otro más benéfico⁴. Con la medida se ha buscado recuperar los valores desplazados por los autores del delito.

En el ámbito juvenil, el Estatuto de protección a los Niños y Adolescentes (Ley 8.069/90) ha sido alterado por la Ley 10.764/03 para criminalizar las representaciones teatrales y televisivas que explorasen pornográficamente los *enfants*. Y se ha buscado aún atender al principio de legalidad con la tipificación de la pedofilia practicada con el auxilio de la *Internet*, formalmente considerada como un medio de publicación⁵.

Además, como consecuencia de la explotación del trabajo infantil, pero todavía no solamente en su razón, el delito de reducción a la condición análoga a la del esclavo fue complementado ni tanto para atender al principio de taxatividad—describiendo las conductas— sino para aumentar la pena de aquello que utiliza en el trabajo el niño (menor hasta 11 años) o adolescente (menor entre 12 y 17 años).

La preocupación con el aumento de la violencia urbana ha conducido el Congreso Nacional a alterar las competencias previstas para las fuerzas armadas y así posibilitar la cooperación con los órganos de seguridad pública y otros órganos públicos con intereses afines. Hasta entonces, las fuerzas armadas no tenían la competencia para intervenir en operaciones civiles afectadas a las policías. En virtud de esta nueva atribución, la Ley Complementaria 117/04 extendió a los actos practicados durante este período de cooperación el calificativo de “crímenes militares”, que estarán sujetos a la disciplina del Código Penal Militar (Decreto-Ley 1001/69) y deberán ser juzgados por una Justicia especial.

Más seguramente se puede decir que la gran reforma del Código Penal Brasileño ocurrió en 2005 (Ley 11.106/05), con la revocación de un grande número de dispositivos relacionados a los delitos en contra la libertad sexual. Los delitos de seducción (*seducir mujer virgen, entre 14 y 18 años, y tener con ella conjunción carnal, aprovechándose de su inexperiencia o justificable confianza*), rapto consensual (*raptar mujer honesta, entre 14 y 21 años, con su consentimiento para fines libidinosos*) y adulterio han sido revocados. La figura del rapto con violencia o fraude para fines libidinosos ha sido mantenida pero como forma cualificada del delito de secuestro y con una pena prevista de 3 hasta 5 años de prisión. Otra importante alteración ha sido la retirada de la expresión “mujer honesta” de los delitos de posesión sexual y atentado al pudor por medio de fraude. Tal expresión, además de imprecisa, tenía cuño discriminatorio. Más allá de éstas,

hubo la ampliación del delito de tráfico de mujeres para tráfico de personas (*promover, intermediar o facilitar la entrada, en el territorio nacional, de persona que venga a ejercer la prostitución o la salida de persona para ejercerla en lo extranjero*) y la inclusión del tráfico interno como delito previsto en el artículo 231-A (*promover, intermediar o facilitar, en territorio nacional, el reclutamiento, o transporte, la transferencia, el alojamiento o la acogida de personas que vengan a ejercer la prostitución*), con sanciones que cambian de 3 hasta 10 años. Un último detalle merece la revocación de la causa de extinción de la punibilidad añadida a los crímenes sexuales, que ocurría siempre que la víctima se casase con el autor del hecho o con tercero.

La Ley 11.275/06 ha incluido como una causa de aumento de pena del homicidio practicado en la conducción de vehículo automotor la circunstancia fáctica de estar el conductor bajo la influencia de alcohol, sustancia tóxica estupefaciente o de efectos análogos.

La más reciente alteración legislativa ocurrió en la Ley de Protección Ambiental, y por medio de una técnica nunca antes utilizada en nuestro país. A través de la Ley 11.284/06 se ha añadido en el artículo 50-A a la Ley Ambiental y se ha tipificado las conductas de *deforestar, explotar económicamente o degradar floresta, plantada o nativa, en tierras de dominio público o desocupadas, sin autorización del órgano competente*. La novedad aparece en una “calificadora progresiva”, algo que no se encuentra en cualquier otro dispositivo penal brasileño. La pena prevista para este delito es de prisión de 2 hasta 4 años, mas siempre que la área explotada sea superior a 1.000 ha (mil hectáreas), la pena será aumentada de 1 año por millar de hectáreas.

b) Mudanzas procesales penales

Una de las más grandes polémicas y de las más criticadas alteraciones legislativas ha sido la creación de un Régimen Disciplinario Diferenciado a los condenados considerados como de “alto riesgo” para el orden y la seguridad del establecimiento penal o a la sociedad (Ley 10.792/03). El nuevo régimen—que remonta al *silent o solitary system* del siglo XVIII—permite que la persona llamada de “alto riesgo”, sea en aquel que aguarda juzgamiento sea condenado, permanezca por hasta 720 días en una celda individual, con visita de los familiares una vez por semana, y que le permitan “baño de sol” solamente de dos horas al día.

En paradoja, esta misma Ley ha cambiado el Código Procesal Penal Brasileño para asegurar que el acusado tenga la asistencia de un abogado durante su interrogatorio, y que no será obligado a responder a las preguntas que a él sean hechas, sin que eso pueda conllevar a cualquier perjuicio. Todavía estas garantías ya eran encontradas en la Constitución Brasileña de 1988 bajo la rúbrica de “derechos fundamentales”, y la alteración ha venido apenas a

corregir el texto ordinario⁶. Otra importante alteración ha sido la previsión de exigencia de citación del reo preso, para que pueda tomar conocimiento de la acusación que contra él es hecha. En la dicción anterior, bastaría que la autoridad judicial exigiese la presencia del reo preso a la autoridad administrativa responsable por el establecimiento penal en el cual aquél se encontraba, y tal acto tendría la misma validez que una citación.

c) Nuevos estatutos

El primer estatuto que ha sido creado fue el de protección al *edoso* (Ley 10.741/03), así considerado todo ciudadano con edad igual o superior a 60 años. Este nuevo diploma busca reunir todos los dispositivos referentes al ciudadano en tal condición especial, a ejemplo de la Ley Orgánica Española 1/2004 de protección integral contra la violencia de género. Los 14 nuevos tipos penales tratan de conductas de discriminación y prejuicio, omisión de socorro, desamparo o abuso de incapaces, peligro a la integridad física, desobediencia al orden de la Ley o del Juez, apropiación indebida, ejercicio arbitrario de las propias razones, injuria, difamación y constreñimiento ilegal, con penas de prisión que cambian entre 6 meses hasta 12 años. Además de estas novedades, cerca de 13 alteraciones referentes a las circunstancias agravantes, causas de aumento de pena y restricción de excusas absolutorias han sido insertas en el Código Penal Brasileño y en la legislación extravagante.

En el mismo año también ha sido creado el Estatuto del Desarmamiento (Ley 10.826/03), que ha revocado la antigua Ley de Armas de Fuego (Ley 9.437/97) que preveía en un solo tipo el delito de porte de armas de fuego permitidas y prohibidas, con sanciones que variaban entre 1 y 4 años de prisión. La nueva regencia, más allá de dificultar el comercio lícito de armas imponiendo restricciones del orden técnico (necesidad de curso específico de manoseo) y psicológico (examen psicotécnico) ha traído al ordenamiento jurídico-penal 7 tipificaciones que abarcan varias conductas. Destácase la separación de los delitos de *posesión* en residencia y *tenencia* en la vía pública; sanciones diferenciadas para la tenencia de armamento permitido (2 hasta 4 años de prisión) y para el de armamento restringido a las fuerzas armadas (3 hasta 6 años de prisión); y previsión de un tipo para el tráfico de armas (4 hasta 8 años de prisión). En el ámbito procesal, la gran parte de los delitos no autorizan que el reo preso en flagrante delito aguarde su juzgamiento en libertad.

Y, por fin, en el año de 2005 ha sido aprobada la nueva Ley de recuperaciones judiciales y de quiebras (Ley 11.101/05), que en su cuerpo ha traído 11 tipos penales que comprenden conductas como el movimiento de “cajados” (contabilidad paralela ilícita); violación de sigilo empresarial; divulgación de informaciones falsas; fraude; ocultación o uso indebido de bienes de la masa fallida; ejercicio no autorizado de actividad comercial; y omisión

de documentos contables, con sanciones que varían entre 1 y 6 años de prisión. El destaque queda por cuenta de la discusión cerca de la sentencia de decreto de la quiebra, que ha sido considerada por la Ley como una condición objetiva de punibilidad, más que en ciertos tipos, como por ejemplo “*apropiarse, desviar o ocultar bienes pertenecientes al deudor bajo la recuperación judicial o a la masa fallida, inclusive por medio de la adquisición por interpuesta persona*”, demuestra ser circunstancia elemental, sin la cual la conducta del autor será considerada atípica. Como efecto de la condena, el autor del hecho no podrá ejercer actividad empresarial, cargo o función en consejo de administración, directiva o gerencia de las sociedades o dirigir empresa por mandato o por gestión de negocio. Como algo inusitado, la mudanza del marco del plazo prescripcional, que conforme el Código Penal Brasileño iniciase con la consumación del hecho, y que en la ley de quiebras será iniciado solo en la fecha del decreto de la quiebra o de la recuperación judicial.

d) Futuro “negro”

A pesar de las innumerables alteraciones de la legislación penal, el resultado no pareció atender a las necesidades sociales. Hacemos esta afirmación por cuanto durante el mes de mayo del año en curso, una de las regiones del país (São Paulo) ha sufrido una acción concatenada del crimen organizado, algo de coordinación y simultaneidad jamás visto y que ha causado pánico a la población y desafiado el poder público, con ataques a las centrales de policía, edificios públicos y transportes colectivos. La respuesta ha sido inmediata y, más una vez, se está buscando cambiar la realidad de políticas sociales deficientes o inexistentes por la (supuesta) fuerza de intimidación del derecho penal. Algunas mudanzas ya fueron aprobadas por la primera Cámara –el Senado federal–, y caso que también sean aprobadas por la segunda casa –la Cámara de los Diputados Federales–, podrán entrar en vigor aún este año. En este paquete “negro”, llama la atención el agravamiento del arriba citado ya grave Régimen Disciplinario Diferenciado (*Max*, como está siendo llamado), con período de aislamiento que puede llegar a 1.420 días (!) y prohibición de uso de aparatos electrónicos como radio y televisor.

Aguardemos.

Notas

1 Con tantas alteraciones omitiremos algunos de los dispositivos legales durante la explanación, indicando el número del diploma comentado. Para el acceso a los textos completos de la legislación brasileña, conferir el sitio oficial del gobierno federal: www.planalto.gov.br.

2 Son delitos presupuestos al crimen de blanqueo de capitales: el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o drogas afines (Ley 6.368/76); terrorismo y su financiamiento; contra-

bando o tráfico de armas, municiones o material destinado a su producción (Ley 10;826/03); extorsión mediante secuestro (art. 159 do CP); en contra la Administración Pública (arts. 312 a 337-A do CP); en contra el sistema financiero nacional (Ley 7.492/86); practicado por organización criminosa (Ley 9.034/95); y practicado por particular en contra la administración pública extranjera (arts. 337-B a 337-D do CP).

3 *Devastar, saquear, extorsionar, robar, secuestrar, mantener en cárcel privado, incendiar, depredar, provocar explosión, practicar atentado personal o actos de terrorismo, por inconformismo político o para obtención de fondos destinados a la manutención de organizaciones políticas clandestinas o subversivas. Pena: reclusión, de 3 hasta 10 años.*

4 La ley preconiza tres regímenes de cumplimiento de la pena: cerrado, en establecimiento de seguridad máxima; semi-abierto, en colonias penales agrícolas e industriales; y abierto, en casas de albergado y con ejecución de trabajo externo.

5 *Presentar, producir, vender, fornecer, divulgar o publicar, por cualquier medio de comunicación, inclusive red mundial de computadores o internet, fotografías o imágenes con pornografía o escenas de sexo explícito que contengan niños o adolescentes: Pena - reclusión de 2 (dos) hasta 6 (seis) años, y multa.*

6 La Constitución Brasileña así preconiza en su artículo 5.º: "LV – a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general son asegurados el contradictorio y la amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes"; y "LXIII, el preso será informado de sus derechos, entre los cuales el de permanecer callado, sendole asegurada la asistencia de su familia e de su abogado".

Chile

Por Felipe Caballero Brun

*Universidad de Salamanca
fcb@usal.es*

En el período 2003-2006 se han producido importantes reformas, tanto de carácter sustantivas como adjetivas, a la legislación penal que merecerían un tratamiento pormenorizado de las mismas, pero que no es posible abordar ahora dada la extensión y formato que este informe supone.

En todo caso, de las mencionadas reformas, hemos de destacar las siguientes. La ley N.º 19.927¹ que –modificando el Código Penal (en adelante CP) en materia de delitos contra la libertad sexual y pornografía infantil– aumentó de 12 a 14 años la edad en que se otorga capacidad de autodeterminación sexual al menor. La ley N.º 20.000² que reemplazó el derecho penal de estupefacientes por uno más represivo aún. La ley N.º 20.009³ (limitadora de la responsabilidad de usuarios de tarjetas de crédito en caso de hurto, robo o extravío) que contempla una nueva y omnicompreensiva figura típica (en el art. 5.º) de *uso fraudulento de tarjeta de crédito o débito*. La ley N.º 20.014⁴

que –entre otras modificaciones a la Ley de Control de Armas– aumentó la penalidad de los delitos de *tenencia ilícita y porte ilícito* de armas de fuego contemplados en dicha legislación especial. La ley N.º 20.048⁵ que eliminó del CP el delito de *desacato contra la autoridad*. La ley N.º 20.064 que (modificando distintas legislaciones especiales) aumentó la penalidad para los delitos de homicidio (y lesiones) de un funcionario policial que se encontrare en el ejercicio de sus funciones. La ley 20.066⁶ sobre *violencia intrafamiliar* que estableció una inédita figura delictual relativa al *maltrato intrafamiliar habitual* y también modificó el CP para incluir –en el delito de parricidio (art. 390)– al conviviente dentro del círculo del sujeto pasivo. Por su parte la ley N.º 20.074⁷, que en lo fundamental contiene importantísimas modificaciones al Código Procesal Penal, modificó el CP en dos aspectos relevantes: primero en materia de falso testimonio en juicio (arts. 206, 207, 208 y 212 del CP) estableciendo un supuesto típico genérico de aportación de información falsa ante un tribunal (art. 206) y comprender como sujetos activos de dicha conducta a los peritos e intérpretes (antes reservada sólo para el testigo) y, en segundo lugar, reemplazó la antigua tipificación del delito de obstrucción a la justicia (art. 269 bis CP) por uno destinado a proteger penalmente la investigación penal (frente a la acción de cualquier persona y también frente a la actuación del propio fiscal del Ministerio Público) que, a partir del Código Procesal Penal de 2000, es dirigida en forma monopólica por un Ministerio Público constitucionalmente autónomo. En los últimos meses se ha publicado una nueva (y un tanto exótica) modificación al CP (ley N.º 20.090⁸) a fin de aumentar la penalidad y facilitar la investigación de la vetusta figura de abigeato.

Ahora bien sin duda que, desde nuestra perspectiva, la más relevante de las reformas habidas –por la transformación jurídica y política criminal que supone⁹, así como por el innegable impacto expansivo que generará en el nivel operativo del sistema penal– es la contenida en la ley N.º 20.084¹⁰ (en adelante LRAILP), la cual introduce en el ordenamiento jurídico chileno un sistema de imputación de responsabilidad para adolescentes por infracciones a la ley penal. Con este sistema el menor deja de ser un objeto del derecho conforme al modelo tutelar y pasa a ser considerado como sujeto de derechos (art. 2 LRAILP).

El nuevo sistema, si es que no enfrenta nuevas dilaciones, entrará en vigencia a partir de junio de 2007 y supone no solamente una innovación de derecho penal sustantivo, sino también de orden procedimental e institucional (al asumir el Servicio Nacional de Menores la administración directa de los centros de privación de libertad; art. 43 LRAILP). En líneas generales el sistema en cuestión tiene por objeto regular el establecimiento de responsabilidad penal respecto de los adolescentes (menores entre 14 y 18 años) por los delitos que cometieren y la determinación de las sanciones a imponer.

La LRAILP establece un mecanismo de *numerus apertus* en relación al catálogo de delitos susceptibles de ser

cometidos por el adolescente. Estimamos que un esquema tal no está en sintonía con la realidad criminológica de la delincuencia juvenil ni tampoco es coherente con el principio de *extrema ratio*, el cual ha de ser preponderante (aún con mayor fuerza que en el caso de los adultos) en la configuración de un derecho penal del menor. Nótese que incluso se establecen dentro de este catálogo, cuando fueren cometidas por mayores de 16 y menores de 18 años, algunas faltas que por su poca entidad criminosa no deberían fundamentar la actuación del derecho penal sobre el adolescente (así las faltas de desorden en espectáculos públicos, amenazas leves, lesiones leves, incendio, hurto, daños, ocultar identidad o falsear domicilio ante la autoridad, lanzar piedras con perjuicio o peligro para las personas y porte o consumo de drogas en lugares públicos o abiertos al público). De ahí entonces el importante rol contenedor y limitador de la persecución penal que el principio de *oportunidad*¹¹ deberá tener en nuestro derecho penal juvenil. Cuestión que, de alguna manera, aparece plasmado en la LRAILP cuando el art. 35 señala que, en el ejercicio del principio de oportunidad, los fiscales del Ministerio Público tendrán especial consideración la *incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente* imputado. Además debe tenerse en cuenta que la eficacia operativa del principio de oportunidad se verá indirectamente ampliada, al entenderse (art. 21 LRAILP) que la pena asignada al delito cometido por un adolescente es la inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente. Ello permitirá la adecuación de una mayor cantidad de hipótesis delictivas a los límites penológicos que el Código Procesal Penal (art. 170) establece para ejercer el principio de oportunidad de la persecución penal.

Tal vez la diferencia de este sistema con el sistema penal propio de los adultos se encuentre –más que en el presupuesto de actuación– en las sanciones a imponer. Y es en dicho ámbito donde hay que reconocer que la LRAILP ha hecho un esfuerzo al formular alternativas a la sanción privativa de libertad. De este modo las sanciones que se pueden imponer al adolescente (art. 6 LRAILP) por la comisión de delito son: *internación en régimen cerrado con programa de reinserción social, internación en régimen semicerrado con programa de reinserción social, libertad asistida especial, libertad asistida, prestación de servicios en beneficio de la comunidad y reparación del daño causado*. Para el caso de la comisión de faltas que, conforme a la ley, generan responsabilidad penal juvenil las sanciones a imponer son: *prestación de servicios en beneficio de la comunidad, reparación del daño causado, multa y amonestación*. Como sanciones accesorias se establecen la prohibición de conducir vehículos motorizados y la obligación del adolescente (siempre que sea necesario en atención a sus circunstancias) de someterse a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol.

La fase de determinación e individualización de la sanción se convierte en una de las etapas más importantes y originales de este nuevo sistema; ya que es la única ver-

daderamente diferenciadora respecto al sistema penal de adultos. Nótese que, sin perjuicio de que se establece una fórmula de conminación penológica precisa para cada ilícito cometido por el adolescente (art. 21 LRAILP) a fin de salvar la compatibilidad con el principio de legalidad, se formulan diversos criterios que han de orientar la fijación de la naturaleza de la sanción a imponer junto a otros destinados a la medición de la extensión de dicha sanción.

Para establecer la *duración* de la sanción a imponer (art. 22 LRAILP) son aplicables las reglas del CP (previstas en los arts. 50 a 78, excepto la del art. 69). En todo caso las sanciones privativas de libertad (*internación en régimen cerrado e internación en régimen semicerrado*, ambas con programa de reinserción social) susceptibles de ser impuestas al adolescente tienen establecido un límite legal de duración máxima (art. 18 LRAILP) consistente en cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad. Desde nuestra perspectiva estos límites aparecen excesivos.

La determinación de la *naturaleza* de la pena a imponer se debe realizar por el juzgador conforme a específicas reglas de correspondencia (con la conminación punitiva) legalmente establecidas (art. 23 LRAILP) y a criterios de ponderación (art. 24 LRAILP) como la gravedad del ilícito, la calidad en que se participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción, la concurrencia de atenuantes o agravantes, la edad del infractor, la extensión del mal causado con la ejecución del delito y la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

En el nivel de imposición de la sanción no se debe perder de vista, bajo ninguna circunstancia, que el objetivo rector de ésta es responsabilizar (“hacer efectiva la responsabilidad”) a los adolescentes por los delitos que cometan y de ahí que ella se plantee como integrante de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social del menor (art. 20 LRAILP). Además la propia ley en comento establece como principio (arts. 26 y 47) que la privación de libertad se utilizará excepcionalmente, sólo como último recurso y en caso alguno se podrá imponer como sanción si un adulto condenado por el mismo hecho no debiere cumplir una pena de dicha naturaleza. Se trata de la consagración de un límite cierto para evitar que el sistema penal del adolescente pudiere, en la práctica, convertirse en más gravoso que el del adulto. A su vez la ejecución de las sanciones privativas de libertad se encuentra legalmente orientada (art. 44 LRAILP) hacia la reintegración del adolescente al medio libre.

Por otra parte la LRAILP establece (art. 5) un plazo reducido de dos años para la prescripción de la acción penal y de la pena, salvo que se trate de conductas (según el CP) constitutivas de crímenes (en general delitos que tienen establecida una pena superior a los cinco años de privación de libertad), respecto de las cuales se aumenta a cinco años.

Por último debe destacarse positivamente del nuevo sistema la expresa enunciación de los derechos que a favor del adolescente se establecen (art. 49 LRAILP) en el contexto de la fase de ejecución de las sanciones.

Notas

1 Publicada en el Diario Oficial del 14/01/2004.

2 Publicada en el Diario Oficial del 16/02/2005.

3 Publicada en el Diario Oficial del 01/04/2005.

4 Publicada en el Diario Oficial del 13/05/2005.

5 Publicada en el Diario Oficial del 31/08/2005.

6 Publicada en el Diario Oficial del 07/10/2005.

7 Publicada en el Diario Oficial del 14/11/2005.

8 Publicada en el Diario Oficial del 11/01/2006.

9 Para un panorama sobre la regulación anterior a esta ley vid. mi informe de Chile sobre el tratamiento penal del menor en Revista Penal N.º 5, págs. 155-157.

10 Publicada en el Diario Oficial del 07/12/2005.

11 Conforme al Código Procesal Penal (art. 170) los fiscales del ministerio público pueden no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (61 a 540 días de privación de libertad) o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Colombia

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

Como se ha dicho en otras ocasiones, Colombia es prolija en el tema legislativo.

Las disposiciones más sobresalientes en el lapso señalado, son las siguientes:

1. *El Acto Legislativo No. 03, del 19 de diciembre de 2002* –publicado en el Diario Oficial N.º 45.040, del 20 de diciembre del mismo año–, que reformó parcialmente la Constitución Política. Se relaciona porque constituye el soporte del nuevo Código de Procedimiento Penal, la ley 906 de 2004.

En lo pertinente, estableció el denominado “sistema procesal penal acusatorio”, que debe operar gradualmente; encargó a la Fiscalía General de la Nación de la realización del principio de legalidad procesal –oficialidad, oficiosidad–, salvo los casos de aplicación del principio de oportunidad, conforme a la política criminal del Estado y acompañado de control judicial –jueces de garantías–; y determinó las funciones de la Fiscalía y del Fiscal General.

2. *Ley 906 del 2004*. Es el nuevo Código de Procedimiento Penal, basado en la anterior reforma constitucio-

nal. Sus destinatarios son los autores y partícipes de delitos cometidos a partir de después del 1.º de enero del 2005, excepto los casos de favorabilidad y de igualdad que permitan la retroactividad. Así mismo, se ha venido aplicando escalonadamente, por regiones, distritos o departamentos, y en el 2008 deberá operar ya en todo el territorio nacional.

Es un Estatuto constituido por 533 artículos, organizados en siete libros, cada uno de los cuales se ocupa de determinada temática, así. Libro primero: Disposiciones generales; Libro segundo: Técnicas de indagación e investigación de la prueba y sistema probatorio; Libro tercero: El juicio; Libro cuarto: Ejecución de las sentencias; Libro quinto: Cooperación internacional; Libro sexto: Justicia restaurativa; y Libro séptimo: Régimen de implementación.

Sus principales características son las siguientes, de acuerdo con la Reforma Constitucional ya mencionada, su propio contenido y, desde luego, con las precisiones que ya han expresado la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional:

a) Sistema procesal que quiere ser de tendencia acusatoria, que todavía conserva muchos rasgos inquisitivos, por ejemplo, la formulación de imputación; la preclusión de la instrucción; el fenómeno de los “infiltrados”, especialmente los “agentes encubiertos”; la inexistencia de jurado; la concurrencia del Ministerio Público (procuraduría), aparte de la Fiscalía, etc.

b) En alguna medida se ha hecho esfuerzo por adaptarlo a la realidad nacional.

c) Resultado de abiertos, amplísimos y extensos debates, que comprendió trabajos de la academia, de expertos foráneos y nacionales, de funcionarios judiciales, de muchos asesores y, por supuesto, del Congreso de la República.

d) Posee un catálogo de principios fundamentales, esencialmente reglados y celosamente cuidados a lo largo del estatuto, por ejemplo, los de dignidad, libertad, adopción del “bloque de constitucionalidad”, igualdad, imparcialidad, legalidad u oficialidad, presunción de inocencia, defensa, importancia de la víctima, contradicción, concentración, inmediación, oralidad, publicidad, juez natural, *non bis in idem*, exclusión de la prueba ilícita, prohibición de la *reformatio in peius*, etc.

e) Clara diferenciación entre etapa de investigación y etapa de juicio. La primera, en manos de la fiscalía –salvo las investigaciones que adelanta la Corte Suprema respecto de los Congresistas–, y la segunda en manos de los jueces.

f) Creación del juez de garantías, encargado de las decisiones restrictivas de la libertad y de los bienes que pueda afectar la fiscalía.

g) Incorporación expresa del principio de oportunidad, con base en 17 criterios, reglado, obediente a la política criminal del Estado, concebido como excepción al principio de legalidad y acompañado del imprescindible visto bueno impartido por los jueces.

h) Aparte de la intervención de la fiscalía y del juez, admisión del Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación) dentro del proceso, en pro del orden jurídico, el patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales.

i) Mantenimiento de los recursos tradicionales, como reposición y apelación, mayor apertura y extensión del recurso extraordinario de casación, y conservación lata de la acción de revisión.

j) Intensificación del “derecho penal premial”.

k) Mayor establecimiento del instituto de lo preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado.

l) Ampliación de la actividad de los “agentes encubiertos”, en sus varias modalidades.

m) Básicamente, práctica, aporte y admisión de pruebas durante la fase de juicio. Por excepción también reglada, aceptación de las pruebas anticipadas.

n) Limitación a las pruebas de referencia.

o) Incremento de las previsiones sobre cooperación internacional mutua.

p) Máxima trascendencia a la “justicia restaurativa”, con énfasis en la conciliación y en la mediación.

Esta ley fue rápidamente corregida sobre todo gramaticalmente por el Decreto 2770, del 31 de agosto de 2004.

3. *Ley 890, del 7 de julio de 2004*, que modifica y adiciona el Código Penal (Ley 599 de 2000), expedida con una finalidad nítida: hacer operativo el nuevo Código de Procedimiento Penal, que seguramente no funcionaría para el Estado con las escalas punitivas originales. Esta norma, en sustancia, se dedica a aumentar penas mínimas y máximas, para facilitar la privatización y negociación de la justicia penal.

Sus principales “innovaciones” son las siguientes:

a) El máximo de pena privativa de libertad era de 40 años. En los eventos de concurso de delitos, lo extiende a 60.

b) Amplía el máximo de la prisión, de 40 a 50 años.

c) En materia de preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa, hace caso omiso del sistema de cuartos como método de determinación judicial de la pena.

d) Somete el reconocimiento del derecho a la condena de ejecución condicional (artículo 63 del Código Penal) *al pago total de la multa*.

e) Supedita el reconocimiento del derecho a la libertad condicional (artículo 64 del Código Penal) *al pago total de la multa y a la reparación a la víctima*.

f) Para los casos que sean dirigidos por el nuevo Código de Procedimiento Penal, la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación.

g) Crea los delitos de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, soborno en la actuación penal, y como “delitos contra los medios de prueba y otras infracciones”, crea las “amenazas a testigo”, el “ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio” y el “impedimento o perturbación de la celebración de audiencias públicas”,

h) Aumenta la pena para los delitos de falso testimonio, *soborno* y fraude procesal.

i) Amplía el tipo de fraude a resolución judicial para referirlo también a quienes asistan a las audiencias ante juez de control de garantías, de conocimiento, Tribunal o Corte Suprema de Justicia, y se nieguen deliberadamente a cumplir las órdenes del juez o magistrado.

j) Y aumenta las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal: la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo.

4. *Ley 975, del 25 de julio de 2005*, publicada en el Diario Oficial N.º 45.980, del mismo día, “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. Es la conocida en Colombia como “Ley de Justicia y Paz”. En gran resumen, podríamos resaltar los siguientes puntos de esa ley^[1]:

a) Su objetivo es facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

b) Para quienes se desmovilicen y se quieran someter al contenido de esa ley, se prevé, entre otras cosas, una pena que oscilaría, respecto de cualquier delito, entre 5 y 8 años de prisión.

c) Dentro de la reparación se incluye todo lo relacionado con restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción o compensación moral.

d) Establece un procedimiento ágil, en el que intervienen la fiscalía, dos Salas de Tribunal creadas especialmente para ello, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como segunda instancia, y el pleno de la Corte para una eventual revisión.

e) El delito de concierto para delinquir, que es común, pasa a ser considerado como “sedición”, es decir, es convertido en delito político.

Una leve ojeada a su texto permite concluir que si bien con ella se anhela la búsqueda de paz para el país, viola varios principios constitucionales-penales, por ejemplo, los del derecho penal justo, de igualdad y de proporcionalidad. Además, desconoce tajantemente compromisos internacionales adquiridos por Colombia, especialmente a propósito de “amnistías”, “indultos”, “jubileos”, “puntos finales”, “perdones”, etc., fenómenos que no son mencionados en ninguna parte de la ley pero que inexorablemente, en el fondo, son su razón de ser y su finalidad. Con ello contraría, *vgr.*, la Convención para la prevención y represión del genocidio (ley 28 de 1959); la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (ley 70 de 1986); la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (ley 707 de 2001); y el Tratado de Roma que incorpora la Corte Penal Internacional (ley 742 de 2002).

Notas

1[1] Su texto se puede consultar fácilmente en Internet, con ese nombre: Colombia: ley de justicia y paz; también puede ser localizado en el “Diario Oficial”.

Ecuador

Dr. Efraín Torres Chaves

Profesor de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador

En el Ecuador, en los últimos tiempos se han producido una serie de execrables delitos, que mantienen en vilo a la opinión pública, pues cada día hay más delitos de tipo sexual, por lo que los legisladores han visto la necesidad de eliminar unos y aumentar las penas en otros.

Aquí van algunas de esas reformas:

El artículo 504 del Código Penal ecuatoriano, no definía al “**atentado contra el pudor**”, pero imponía una sanción cuando la víctima era un menor de dieciocho años o un discapacitado y les obligaban a realizar actos de naturaleza sexual sin que exista acceso de ninguna naturaleza.

Las diversas legislaciones daban nombres, también diversos, al atentado contra el pudor, aunque la esencia no cambie. Así, por ejemplo, en Chile los denominaban “delitos de abusos deshonestos”; nuestra legislación anterior, hasta junio 22 de 2005 que se derogó, tratando de ser práctica, daba un concepto demasiado general y sin concreción, al decir que los delitos contra el pudor constituían “todos” los actos impúdicos que puedan ofenderlo. Quiere decir, actos que lastiman la libertad sexual, el honor y el sentimiento de moralidad individual.

Una característica fundamental de los delitos contra el pudor, era que no llegaban al acceso carnal, aunque pudiera haber existido, primeramente, eventual o velada intención del autor para la violación de la que desistió.

La doctrina alemana preconizada por Mezger, se ocupaba del concepto de “acción” con bastante detenimiento.

Para él, la “**acción impúdica**” es la que siempre se relaciona con lo sexual, y la que, objetivamente, lesiona el sentimiento de decencia y de moralidad.

Al generalizarse esta figura, como se hace, estamos frente a una típica interpretación extensiva. En efecto, no hay definición alguna, no hay descripción de caracteres esenciales ni algo que se le parezca en el Código Penal vigente y esto es fundamental, porque la **tipicidad**, es una garantía de todo procesado y es la base de la descripción de todo delito. Queda pues, en el más ecuménico de los alcances, lo que abarca esta definición.

Artículo 508.- “(Existencia del delito).- El atentado existe desde que hay principio de ejecución”.

Este artículo no tiene razón de ser, pues es una disposición ad-referéndum a la del **atentado contra el pudor**, esto quiere decir, que desaparecida la figura, no puede en estricta lógica existir la tentativa o el atentado.

El atentado al pudor era delito consumado, en cuanto existía el principio de ejecución.

Era de aquellos delitos que no admitían “tentativa”.

La tentativa tiene tres elementos:

- 1.- La determinación de cometer el delito;
- 2.- El comienzo de ejecución del mismo; y
- 3.- La no consumación involuntaria.

Por lo tanto, cuando el delito no llega a su realización por causa independiente a la voluntad del autor, hay verdadera tentativa; pero cuando él mismo desiste, estamos frente a un delito abandonado, en el cual el actor deja de “continuarlo” hasta el fin, con los actos que faltaban para la consumación.

Desde luego, hay casos que la mera tentativa –que se llama “calificada”– es ya un delito consumado, así “el principio de ejecución”, en la violación.

Se ha desvirtuado la sexualidad de tal manera, que ha dado paso a diversas desviaciones y a muchos complejos de culpa.

Juan López Ibor, jurista y profesor de la Universidad de Madrid, anotó desde hace tiempo, algo que hoy se ve con mayor intensidad y que es característica esencial de la calle de hoy, lo siguiente: “El principal instrumento de atracción, lo constituye la publicidad visual de la mujer. La mujer accede a ser instrumento y objeto, e incluso intermediaria permanente entre el atractivo espontáneo y el reclamo superficial. El mecanismo erótico ha resultado ser el más eficaz entre los diversos medios de dominar al hombre-masa. La sexualidad se ha convertido en otro bien de consumo”.

En los últimos tiempos, también y de acuerdo a la liberación femenina, ahora es el hombre motivo de atracción sexual y se hace propaganda de sus condiciones corporales, a tal punto, que no hay despedida de soltería que un grupo de amigas se abstenga de contratar a individuos de esta clase.

En efecto, en todo el mundo, dentro de la típica sociedad de consumo, se encuentra la venta de todo lo sexual, en la más aberrante posición contracultural.

En la actualidad, al respecto de la derogación de esta figura penal, están a punto de salir de los centros de rehabilitación, cerca de una centena de delincuentes, que habían cometido este delito y que estaban siendo juzgados, por lo que nuevamente el legislador, comete un gravísimo error legislativo, precisamente en la época en que los delitos sexuales a niños, adolescentes y discapacitados va in crescendo, sin que nada ni nadie lo pare.

Artículo 509.- “(Estupro).- Llámase estupro la cópula con una mujer honesta, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento”.

El anterior Código Penal, definía así a esta figura.

La reforma actual, corresponde a una variación en la tipificación pues ya no es la víctima la mujer honesta, sino **“una persona”**, como en la actualidad se tipifica y dice expresamente: *“Llámase estupro la cópula con una persona...”*.

Aunque de vieja data, es necesario referirnos y recordar lo que manifestaba Ferruccio Falchi, respecto al término “estuprun”, ya que decía que en Roma se designó de ese modo a casi todas las figuras de delitos sexuales, que no eran violentas.

Federico Puig Peña, afirmó por su parte, que es imposible dar una definición del delito de “estupro”, con la que se abarquen todas las figuras, que bajo este título, contenían los códigos penales, entendiéndose, eso sí como “todo acceso carnal ilegítimo no acompañado de violencias”. Dice este autor que las notas características y tradicionales del estupro eran: la “doncellez” y la “seducción”, términos que en esta época resultan obsoletos.

El estupro, en nuestra Ley, se descompone de la siguiente manera:

Se trata de cópula o relación sexual;

La víctima puede ser hombre o mujer;

Hay dolo con intención ulterior, si se comprobare, al emplearse la seducción o engaño; y,

El consentimiento para la relación sexual, tiene que provenir de dichos métodos.

Artículo 510.- “(Estupro en mujer mayor de catorce y menor de dieciocho años).- *El estupro se reprimirá con prisión de tres meses a tres años si la víctima fuere mayor de catorce años y menor de dieciocho*”.

Hay un gravísimo error del legislador al tipificar, de esta manera, pues se olvida que él mismo puso en igualdad de condiciones al hombre como víctima frente a la mujer, un avance muy lógico en nuestra legislación pero que desafortunadamente no lo recuerda.

Las secciones y capítulos de los códigos penales que se ocupan del delito de estupro en sus diversas formas, aunque sin contenido uniforme, parecen tener en común la preocupación no sólo de proteger a la mujer y a la familia, sino también la de imponer a hombre y mujer, una “moral sexual” como dice López Rey.

En el Derecho Romano, este delito era confundido con la violación cuando se había practicado con raptó, que presuponia y comprendía el acceso carnal y que sólo comprendía el yacimiento entre un hombre y una mujer. Era requisito que la víctima fuese mujer virgen o viuda honesta. Esto constaba claramente en la Constitución Justiniana *–ruptu virginum–*, donde se reconoce que la virginidad y la castidad no podían reponerse, considerándose, por otra parte como una gran ofensa a la religión.

Quedó para siempre, desde allí resuelto, que el estupro tenía como sujeto pasivo, solamente a la mujer y aún más, solamente a una mujer “honestá”, en la apreciación social y general que se tiene, dentro de la relatividad conceptual y subjetiva en cada lugar, pues en la actualidad se establece que el hombre también puede ser víctima en el estupro.

Artículo 511.1.- “Acoso sexual.- *Quien solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima o a su familia un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años.*

Con la misma pena será reprimido quien, de conformidad con lo previsto en el inciso anterior, actúe prevaleándose del hecho de tener a su cargo trámites o resoluciones de cualquier índole.

El que solicitare favores o realizare insinuaciones maliciosas de naturaleza sexual que atenten contra la integridad sexual de otra persona y que no se halle previsto en los incisos anteriores serán reprimidos con pena de prisión de tres a meses a un año.

Las sanciones previstas en este artículo, incluyen necesariamente la prohibición permanente de realizar actividades que impliquen contacto con la víctima.

Si el acoso sexual se cometiere en contra de personas menores de edad, será sancionado con prisión de dos a cuatro años”.

“**Acoso**”, es de acuerdo a la tercera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, perseguir, apremiar o importunar a una persona, con molestias o requerimientos.

Ahora bien, hay que aclarar que no es muy real lo que se dice aquí, pues, de inicio o de frente, el que acosa no dice ni da a entender que “solicita favores de naturaleza sexual”, porque el acoso es un medio disimulado, disfrazado, para conseguir un fin sexual. Ésa es la intención, pero el acoso viene por medio de obsequios, invitaciones, mimos, halagos, que sobrepasan un límite, que una persona racional, sensata y normal, establece la diferencia al sentirse acosada.

El acoso sexual, es una respuesta legal moderna a una vieja costumbre consistente en el abuso instintivo del fuerte con el débil, del poderoso contra el necesitado.

No es cosa de hoy, y que el patrón ha hecho valer su condición para obtener los favores sexuales de las indias y en otras latitudes, del dueño de la fábrica, respecto a sus trabajadores, pero lo que fue algo al parecer normal, de macho a hembra, adquirió también otra dirección, pues en los Estados Unidos y más países industrializados, cuando ya llegaron las mujeres a puestos de mando, fueron ellas las que acosaron a sus subalternos y empleados.

En la actualidad, con el desenfreno de la homosexualidad y el lesbianismo, es evidente, que puede darse el acoso sexual de hombre a hombre o de mujer a mujer.

En el medioevo, en la Europa feudal, se estableció como **“derecho de los señores”**, el uso sexual de la novia, pasando a ser ley de los novios el **“derecho de pernada”**, que vino a América para uso de los conquistadores con nuestras aborígenes y ni los sacerdotes ni los sujetos involucrados reaccionaron, inmediatamente, sino mucho

después cuando se llegó a saber que pasó a ser un delito, lo que antes fue una canonjía.

Artículo 512.- “*Es violación es el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:*

1. *Cuando la víctima fuere menor de catorce años;*
2. *Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,*
3. *Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación”.*

La violación es una agresión de carácter sexual que hace sucumbir la libertad individual, en un campo respetable, delicado y trascendental.

En la Enciclopedia Espasa, se encuentra al respecto de esta figura, lo siguiente: “Violación es el acceso carnal con una mujer contra o sin voluntad de ésta, cuando para lograr su propósito el culpable, usa la fuerza o intimidación, o cuando la víctima no hubiere alcanzado la edad de la pubertad”. El único reparo a la anterior definición es que se circunscribe a la mujer, lo cual es obsoleto. El hombre, en los actuales tiempos, también puede ser víctima y resulta más grave aún esa condición.

Algunos tratadistas dicen que los elementos del delito de violación son:

1. Un acto de yacimiento, entendiéndose como tal al acceso carnal; este hecho tiene que ser por vía natural. Es condición absoluta que se de propiamente en el culpable el ánimo de copular, y dice que en esto se encuentra la diferencia con los abusos deshonestos; y
2. Que para el acto sexual, el sujeto pasivo del delito debe ser mujer. Este requisito no corre ahora en nuestra Ley penal, de igual manera que la exigencia candorosa de que el mismo debe y tiene que ser “**normal**”. Es obvio, que una violación contra natura, es peor que el primero.

La violación es uno de los más graves ilícitos penales en todo el mundo. La víctima puede ser hombre, mujer vieja, joven, honesta o prostituta. Lo que tutela esta disposición es la libertad individual, en el más sensible de sus ángulos: el sexual.

Este artículo 512, se descompone de la siguiente manera:

- 1.- Hay presunción de derecho –no admite prueba en contrario– cuando la víctima tiene menos de catorce años de edad. La Ley ha estimado que un niño o una niña, son fáciles presas de los mayores e impide que se pruebe su consentimiento y hasta su petición o iniciativa. Será siempre este delito con una persona menor de esa edad.
- 2.- Será violación también cuando la víctima se hallare chocada, sin sentidos, alienada o con grave perturbación psíquica, sin conocimiento o enyesada, cloroformada o desmayada. En el primer supuesto, inconsciente o algo similar; en el segundo, con cualquier clase de causa que le impida oponerse o resistir.

3.- El tercer caso es el principal en este delito: cuando se usare fuerza o intimidación. La fuerza es más fácil probarse que la intimidación. La fuerza es física y deja huellas en el cuerpo; mientras que la otra es moral y actúa sobre la psiquis del individuo con amenazas, intimidaciones o cualquier sugerencia que devengue pavor.

Guatemala

Alejandro Rodríguez Barillas

La propuesta original

En 1986 Guatemala dejó décadas de dictaduras militares e inició el proceso de construcción de la democracia. En ese año se dictó una nueva Constitución Política basada en los principios de Estado social y democrático de Derecho, con plena observancia de la dignidad de la persona humana y los instrumentos internacionales de derecho penal.

En ese marco, resulta imprescindible adecuar el Código Procesal penal de corte inquisitivo, por uno nuevo que incorporara los principios constitucionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pese a que existió una importante resistencia por parte de juristas guatemaltecos, finalmente en 1992 se promulgó el Código Procesal Penal a través del Decreto 52-92.

El cambio de sistema penal estaba orientado a alcanzar cuatro transformaciones fundamentales:

- a) Convertir el juicio en oral y público, con intermediación de las partes, en el cual exista un verdadero contradictorio;
- b) Introducir mecanismos de selección de conflictos que permitan alcanzar la reparación a favor de la víctima en conflictos de baja intensidad;
- c) La separación absoluta de las funciones de acusar y juzgar, preservando de esta manera la imparcialidad del tribunal;
- d) Introducir la libertad como regla durante el juicio, a través de un

El Código Procesal Penal demoró dos años en entrar en vigor, debido a la fuerte oposición que se dio en contra del cambio de modelo. Finalmente, a mediados de 1994 entró en vigencia.

La implementación del modelo durante los dos primeros años de vigencia, demostró que el Estado de Guatemala no se había preparado adecuadamente para ponerlo en funcionamiento. El Ministerio Público era una institución muy débil, sin cobertura nacional y que no contaba con la capacidad de investigación necesaria para poder perseguir adecuadamente los delitos. Además, el escaso número de fiscales hizo que estos no pudieran comparecer a la primera declaración. Las tradiciones inquisitivas de secreto, delegación de funciones y escritura, continuó ri-

giendo la actuación de los jueces de primera instancia. El resultado fue problemas de implementación durante los primeros años.

La contrarreforma

Las tradiciones autoritarias del país pronto se alzaron contra la forma en que se encontraba funcionando el Código y le echaron la culpa de altos niveles de impunidad. En particular se atacaron las medidas sustitutivas, como una fuente de corrupción e impunidad.

En ese marco, durante el año de 1996 se produjeron contrarreformas orientadas a restar eficacia al principio de presunción de inocencia y esencialmente, a limitar la facultad de los jueces para aplicar medidas sustitutivas.

La primera contrarreforma se dio a través del proceso de inconstitucionalidad del artículo 320 del Código Procesal Penal. Este exigía un requerimiento del fiscal para poder dictar auto de procesamiento, lo cual implicaba su presencia para imputar el hecho delictivo y respaldar con elementos de investigación la participación del procesado en el hecho. Durante los primeros meses de vigencia del CPP, se dio el problema de que los fiscales carecían de capacidad para acudir a las primeras declaraciones y hacer sus peticiones de procesamiento. El Ministerio Público entonces presentó acción de inconstitucionalidad contra la precitada norma, con el objeto que no se requiriera la presencia del fiscal en la primera declaración y para dictar auto de procesamiento y prisión. La Corte de Constitucionalidad declaró con lugar la inconstitucionalidad argumentando que efectivamente se estaba violentando la garantía de imparcialidad e independencia del juez contralor.

A partir de ese momento, el proceso judicial guatemalteco retornó a esquemas inquisitivos, en la medida en que el propio juez era quien se erigía como instancia acusadora y judicial. El resultado fue que la mayor parte de personas llevadas en detención ante juez quedaban detenidas.

La contrarreforma inquisitiva se consolidó con la promulgación del decreto 32-96, que fue producto de una iniciativa de la Corte Suprema de Justicia para prohibir las medidas sustitutivas para ciertos delitos en los tribunales de primera instancia¹. Además, legisló para que los jueces de paz no pudieran resolver absolutamente nada con relación a la libertad de una persona llevada ante ellos por razón de turno².

Como se observa la reforma de 1996 no tuvo por objetivo central afirmar el sistema acusatorio y un nuevo modelo de derecho procesal penal democrático, sino retornar a las tradiciones inquisitivas que históricamente han mantenido la prisión preventiva como la regla durante el proceso.

Los resultados de esta contrarreforma han sido prácticamente dos: consolidar un proceso dominado por la detención en flagrancia por la policía, anulando los mecanismos jurisdiccionales de control sobre la legalidad de la detención. La falta de presencia del fiscal para realizar el

requerimiento de procesamiento, aunado al hecho que los jueces de paz quedaron privados de facultades para revisar la legalidad de las detenciones en flagrancia efectuadas por la policía, provocaron que prácticamente la prevención policial se convirtiera en inexpugnable, e implicaba la privación de libertad automática, aun cuando fuera por un corto período de tiempo. A lo anterior se agregó un aumento significativo de los niveles de prisión preventiva, los cuales se elevaron por encima del 60 por ciento del total de detenidos.

La contrarreforma procesal consolidó un esquema autoritario de poder, caracterizado por detenciones masivas contra la población y el escaso o nulo control sobre dichas potestades de detención por parte de los jueces. Como ha señalado Zaffaroni “el estado de policía no se conforma con sustraer poder punitivo a las garantías del proceso penal, sino que incluso acaba con éstas mediante una estructura inquisitorial”³.

La contrarreforma de 1996 fue concebida para anular el poder de control judicial sobre la actuación de la policía y consolidar un modelo inquisitorial sustraído de los límites constitucionales. Su resultado fue que la Policía se erigió como la agencia dominante del sistema, definiendo las políticas de selección en la persecución penal, generalmente, a partir de estereotipos criminales positivistas enfocados contra la población más vulnerable.

La reforma de 1997: la incorporación de los Acuerdos de Paz

En 1996 se produce una nueva reforma al Código Procesal Penal orientada a dar cumplimiento a los compromisos suscritos entre el Estado de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). En ese año se firmó el Acuerdo de Paz Firme y Duradera por el cual se puso fin al enfrentamiento de más de tres décadas entre la guerrilla y el Estado de Guatemala. Entre los puntos principales de los Acuerdos de Paz se encontraba el reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas y particularmente, de su derecho y autoridades.

En ese marco, la reforma del CPP se orientó en dos aspectos el reconocimiento de la conciliación y mediación para delitos con penas inferiores a dos años y la creación de juzgados comunitarios indígenas.

Los métodos de mediación y conciliación permiten la utilización de todo tipo de reglas para la solución de conflictos, incluyendo la aplicación del derecho consuetudinario. También se establece la posibilidad de someter los conflictos penales a conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia, a través de los juzgados de primera instancia penal correspondientes. Estos centros se encuentran a cargo de personas idóneas, nativas de la comunidad o bajo dirección de abogado colegiado.

La reforma de participación a los síndicos municipales para otorgar el criterio de oportunidad, en delitos menores

de dos años, el cual se tramita ante un juez de paz. De esta manera la reforma pretendía facilitar la aplicación de los mecanismos desjudicializadores y el acceso a la justicia, amén que la mayor parte de los síndicos municipales, por pertenecer a la comunidad tenían conocimiento sobre derecho indígena.

Se establece que los acuerdos obtenidos por mediación o conciliación, se trasladarán a un acta sucinta al Juez de Paz para su homologación, siempre que no viole la Constitución o Tratados Internacionales en Derechos Humanos, para lo cual bastará un breve decreto judicial que le dará valor de título ejecutivo al convenio suficiente para la acción civil en caso de incumplimiento de los acuerdos patrimoniales.

La reforma del 97 también introdujo la creación de los tribunales comunitarios,

El artículo 552 Bis. Dispone: - * Juzgados de paz comunitarios. En cinco municipios de la República en donde no hubiere juzgados de paz y en el plazo de tres meses, la Corte Suprema de Justicia nombrará como jueces de paz en materia penal a tres personas de reconocida honorabilidad y arraigo que puedan comunicarse en la lengua predominante de la región y en español. Para la designación de los jueces comunitarios, la Corte Suprema de Justicia realizará consultas con las diferentes autoridades comunitarias.

Los jueces de paz comunitarios tendrán competencia para:

a) Aplicar el criterio de oportunidad, en los casos y formas en que autoriza el artículo 25 de este Código, salvo el numeral sexto.

b) Podrán celebrar audiencias de conciliación y aprobar acuerdos entre las partes en los casos de delitos de acción privada y de acción pública dependientes de instancia particular.

c) Recibirán la primera declaración del imputado, dictarán las medidas de coerción personal que correspondan y remitirán el expediente al juzgado de primera instancia competente, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, cuando se trate de delitos graves o cuando no proceda el criterio de oportunidad o fracase la conciliación.

d) Si no hubiere delegación del Ministerio Público, ordenará el levantamiento de cadáveres, documentando la diligencia en acta en la cual se consignen las circunstancias.

Dichos jueces resolverán por mayoría, previa deliberación, y ejercerán su competencia en la circunscripción territorial del Municipio. Presidirá el tribunal el juez de mayor edad y resolverán con arreglo a los usos y costumbres, la equidad y los principios generales del Derecho cuando ello fuere posible. Sus fallos no podrán violar la Constitución ni las leyes. La actividad judicial que desarrollen se efectuará conforme a los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción que inspiran el sistema acusatorio.

Concluido un año de funcionamiento de los juzgados de paz comunitarios, con informe favorable de la Corte Su-

prema de Justicia, se implementará este tipo de juzgados en los municipios del país, donde no hubiere juzgados de paz.

Esta disposición pretendía hacer efectivo los Acuerdos de Paz en materia de Pueblos Indígenas y el convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, que dispone que el Estado reconocerá a las autoridades indígenas y sus formas tradicionales de administración de justicia. Sin embargo, en la forma en que se encuentra redactada la norma, las atribuciones conferidas a los tribunales comunitarios son muy limitadas y la reducen a actuar dentro del marco del derecho oficial. Por tal motivo, no puede hablarse de cumplimiento de las obligaciones del Estado de Guatemala derivadas del convenio 169 de OIT.

A lo anterior hay que añadir que los juzgados de paz comunitario sólo se instauraron en cinco municipios, en tanto los municipios con población indígena en Guatemala exceden de los 300. Es decir, se planteó como un proyecto piloto que no se ha extendido al resto del país. Los resultados obtenidos de esta reforma por lo tanto han sido muy pobres: no se ha logrado la plena aplicación del derecho consuetudinario indígena y tampoco dar respuesta acertada a la gestión de conflictividad.

Prueba de ello es que los linchamientos entre 1997 y 2006 se han multiplicado en todo el país, sin que la autoridad judicial de paz haya sido capaz de preservar la autoridad. Durante los últimos años se han producido además atentados directamente contra las autoridades judiciales y sobre todo contra la policía. Numerosos destacamentos policiales han sido atacados y la población ha pedido la salida de la Policía de sus comunidades. La falta de aceptación de autoridades oficiales en algunas comunidades demuestra que la reforma procesal de 1997, fue insuficiente para reconocer la realidad pluricultural del país.

REFORMA DE 2002

La última reforma al CPP fue realizada en el año de 2002, a través del decreto 51-2002. La principal innovación de esta reforma fue la ampliación de la competencia de los jueces de paz, para que pudieran conocer de los delitos sancionados hasta con 5 años de prisión.

El proyecto generó una gran controversia, debido a que es sabido que en los juzgados de paz los procesos penales se caracterizan por la inobservancia casi absoluta de las garantías constitucionales. Los jueces de paz tramitan los juicios de faltas, a través de un proceso que la doctrina ha tachado de inconstitucional, especialmente, porque la simple confesión del imputado, en ausencia de abogado defensor, es suficiente para dictar una sentencia de condena. Ante esta situación, la propuesta de extender las competencias de los jueces de paz para imponer penas hasta por 5 años de prisión, aparecía como un intento adicional por reforzar los controles policíacos.

El resultado fue que el proyecto inicial fue modificado, estableciendo los jueces de paz de sentencia, e incorporándose una disposición en la cual se indicaba que no podrá ampliarse las competencias de los jueces de paz sino hasta que el Instituto de la Defensa Pública Penal y el

Ministerio Público tuvieran cobertura en todos los municipios del país. La reforma fue aprobada en esa forma, pero no ha entrado en vigencia, dado que no ha existido capacidad de las instituciones para poder extender la cobertura, sobre todo de la defensa, a todos los municipios del país.

CONCLUSIÓN

Las reformas procesales del país han tendido a variar el régimen acusatorio que se proyectaba en el CPP de 1994. Se han violentado los principios acusatorios originales para darle vida a un modelo inquisitorial, que convirtió a los jueces de paz en auxiliares burocráticos de la Policía, y no en un poder de control sobre su actuación. Se sustrajo del control judicial todo lo referente a la legalidad de la detención, a efecto de facilitar el predominio de la función policial en la definición del trabajo del sistema penal. De esta manera, el modelo procesal responda a una estructura procesal inquisitoria dirigida a consolidar el control extralegal de la población por parte de la policía.

No es casualidad entonces, que el abuso policial y las prácticas extrajudiciales de limpieza social hayan predominado. Las detenciones masivas se han convertido en una práctica normal de la policía. Muchas de estas detenciones son realizadas por fines meramente extorsivos y como una manifestación de corrupción policial. Otras prácticas de detención masivas son orientadas a identificar a presuntos delincuentes, los cuales después de tres o cuatro ingresos son asesinados por las propias fuerzas de seguridad, a través de rituales que involucran la tortura, el descuartizamiento de cadáveres, y otras formas de terror psicológico.

En el ámbito del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, los resultados tampoco han sido alentadores. Las modificaciones legislativas no han permitido todavía un uso amplio del derecho consuetudinario indígena ni el reconocimiento de sus autoridades. Esto se ha traducido, en una falta de legitimidad de la actuación judicial, que se traduce en respuestas violentas a los conflictos sociales.

Notas

1 El artículo 18 del Decreto 32-97 adiciona tres párrafos al artículo 264 y regula que: "No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado. También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto 48-92 del Congreso de la República, Ley contra la Narcoactividad. Las medidas sustitutivas acorda-

das deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado",

2 El artículo 5.º reforma el artículo 44, preceptuando que "Los jueces de paz tendrán las siguientes atribuciones: a)... b) Conocerán a prevención en los lugares donde no hubiese Juzgado de Primera Instancia, o bien se encontrara cerrado por cuestiones de horario o por alguna otra razón. c) Practicarán las diligencias urgentes y oirán a los detenidos dentro del plazo que manda la Constitución Política de la República. d)... e)... f)... En ningún caso podrán resolver nada sobre la prisión preventiva y libertad de los procesados ni podrán aplicar medidas sustitutivas, excepto cuando los delitos no tengan prevista pena privativa de libertad, según lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 261 de este Código"

3 ZAFFARONI, E.R. "Las ideas básicas en la relación defensa pública-estado de derecho". En *Revista Penal y Estado* N.º 5. Defensa Pública. 2002. Pág.17.

Honduras

Angie Andrea Arce Acuña

*Universidad Escuela Libre de Derecho
(Costa Rica)*

Durante el período comprendido desde el año 2003 hasta la elaboración del presente trabajo (abril de 2006), tanto el Código Penal como la normativa Procesal Penal han sido objeto de diversas modificaciones y reformas. Así mismo, también se aprobaron algunas leyes especiales en materia penal.

Reformas penales:

Código Penal: En relación con el Código Penal, se promulgaron las siguientes reformas:

1.- **La Reforma del artículo 332 del Código Penal**, es la de mayores consecuencias político criminales y la que ha generado la más viva polémica en círculos tanto jurídicos como políticos, ante señalamientos de posibles vicios de inconstitucionalidad; esta reforma implica, como se verá, la modificación al delito de asociación ilícita, así como la adición de los artículos 332-A y 332-B, referidos a la fabricación y tráfico de material de guerra el primero, y la fabricación y tráfico de armas comerciales, sin el respectivo permiso, el segundo, veamos:

1.1.- **La Reforma del artículo 332 a través del Decreto Legislativo N.º 117-2003**, donde se aumentaron las penas por asociación ilícita para delinquir, con 9 a 12 años de cárcel para los jefes de pandillas, y un tercio menos a los que solamente son miembros. Todo ello, dentro de la aplicación del Programa Comunidad Más Segura, que forma parte de los planes de mano dura contra el hampa y ce-

ro tolerancia a la delincuencia. Esta reforma es conocida como “ley antimaras”, dictada para combatir a las pandillas juveniles que en Honduras y en otros países centroamericanos, se les conoce como “Las Maras”. Estas leyes han sido criticadas por considerar que contradicen el derecho a la igualdad de las personas ante la ley, contenido en los artículos 60, 61 y 64 de la Constitución Hondureña, así como por violentar el principio de lesividad y trascendencia jurídica contenido en el artículo 70 de la Constitución, y por perseguir y capturar discriminatoriamente a personas, sin necesidad de atribuirles delito alguno, violando así normas constitucionales, la Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales, así como principios como el de seguridad jurídica y, sobre todo, el de culpabilidad señalándose que se están dando pasos peligrosos hacia un Derecho Penal de autor y las consecuentes teorías de los tipos de autor, ya que incluso en uno de los considerandos de esta reforma, se lee “que el solo hecho de pertenecer a dichos grupos es constitutivo de delito”, ó sea, que el juicio de culpabilidad podría hacerse únicamente en relación al agente por su pertenencia al grupo, suficiente para considerársele peligroso, “aunque fuese únicamente el encargado de cocinarles”, es decir lo importante no sería cuál es su comportamiento o el hecho injusto que se le puede atribuir, exigencia básica de un derecho penal de hecho, que responde a los postulados del Estado Democrático de Derecho, consagrado en el artículo primero de la Constitución Hondureña; afortunadamente la mayoría de los jueces y la Sala de Casación Penal han procurado una interpretación que reconozca la dignidad y la autonomía ética del individuo¹.

1.2.- Adición de los artículos 332-A y 332-B mediante Decreto Legislativo 125-03

Art. 332-A: Sanciona con ocho a diez años de reclusión a la persona no autorizada que fabrique, almacene, transporte, use, trafique, ingrese o saque del país, adquiera, suministre material de guerra o combate. La génesis de esta reforma se encuentra en los múltiples asesinatos que se producían en el territorio hondureño con fusiles AK-47, los cuales quedaron en grandes cantidades en la región centroamericana producto de la guerra fría de los años 80 y cuya utilización hoy en día amenaza la seguridad interior del Estado de Honduras.

Art. 332-B: Penaliza con tres a seis años de reclusión, a quien sin permiso de la autoridad competente, fabrique, almacene, transporte, posea, use, ingrese o saque del país, suministre o venda armas de fuego y municiones para uso personal o deportivas y explosivos comerciales.

El tráfico incontrolado de armas es de hecho uno de los más importantes motivos para el incremento de la violencia ciudadana, causa de la mayoría de las muertes y de la perpetración de los delitos más graves. El control que tiene que tener el Estado sobre las armas, especialmente de las de fuego, no se puede limitar a lo administrativo, es absolutamente necesario que el Derecho Penal intervenga de forma preventiva, y, a veces, represiva, para evitar males mayores. Por ello, una cosa es la simple tenencia o

porte de un arma de fuego de corto alcance (revolver o pistola) sin la respectiva autorización, por parte de un ciudadano común, que sólo la porta para defenderse de algún ataque injustificado a su vida y bienes, que sí puede ser considerado un delito de peligro abstracto, y otra cosa muy distinta es el tráfico, el comercio y la fabricación, de armas, muy especialmente de armas de guerra y de combate, ya que eso denota una actividad comercial ilícita, de los llamados “perros de la guerra”, que viven y se lucran de las luchas y diferencias internas y externas, que puedan existir entre los pueblos y sociedades, incentivando el uso de la vía violenta, de las armas, en vez de la del diálogo y de la convivencia democrática y pacífica.

Por ello, esas “actividades” tipificadas en el artículo 332-A, y algunas del 332-B, con excepción del porte de arma, no pueden ser consideradas como delitos de peligro abstracto, ya que, respetando la opinión de reconocidos autores, a mi juicio, el peligro deja de ser abstracto y se convierte en una posibilidad muy real y concreta, que cesa de ser presunta, cuando esos grupos salen a las calles armados, creyéndose guapos y apoyados precisamente fundamentándose en el número de personas y en la fuerza de las armas que portan. Esas conductas encierran un gran peligro, nada abstracto sino bien concreto, para el orden público, así como para la tranquilidad y la seguridad de toda la ciudadanía.

Sin embargo, algunos juristas han planteado, sobre todo en relación al artículo 332-B, que éste se contrapone al artículo 2-C, el cual establece que “no podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro efectivo un bien jurídico protegido por la ley penal”. En definitiva, lo que se busca mediante el artículo *in comento*, es el adecuado control por parte del Estado de las armas de fuego.

2.- **La Reforma del Código Penal, referida a los Delitos Contra la Administración Pública, mediante el Decreto N° 212-2004, dictado por el Congreso Nacional, incorporando al Código sustantivo los delitos de Contrabando y Defraudación Fiscal.** En relación con el delito de contrabando, se establecen 27 modalidades para su cometimiento, lo cual, a todas luces, es exagerado, previendo penas de reclusión que van desde los 3 hasta los 12 años, límite máximo éste que me parece excesivo. Con respecto al delito de defraudación fiscal, se señalan 20 diferentes modalidades para cometerlo, que prácticamente criminaliza hasta el más mínimo error u omisión que pueda cometer un contribuyente, castigando con penas de reclusión que van desde los 3 años hasta los 9 años, según el monto de lo defraudado, esto, además de la multa correspondiente.

3.- **El soborno doméstico y transnacional.** El Estado de Honduras en ocasión de la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio entre Centro América, Republica Dominicana y Estados Unidos de Norte América a partir de Abril de 2006, se ha comprometido a reformar el Código Penal, a efectos de regular tales conductas como ilícitos penales, así como reformas a la Ley de Derechos de

Autor y Derechos conexos, cuyas violaciones serán más duramente castigadas; tales reformas ya han sido enviadas por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional y se está a la espera de su pronta aprobación.

Leyes especiales: Con respecto a las leyes especiales, se dispuso lo siguiente:

1.- **Ley de Control de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros similares mediante decreto del Congreso Nacional N.º 101-2003**, previo a la adición al Código Penal de los artículos 332-A y 332-B se emitió este Decreto, tomando en cuenta que el índice de muertes violentas con armas de fuego había aumentado en forma considerable, que existía retraso en el proceso de registro de armas de fuego ordenado por el Poder Ejecutivo, y, por ello, el desarme general planificado no se había podido implementar, aunado al hecho de que dichas armas eran sumamente accesibles para la población más pobre. Por ello, se decidió, por una parte, otorgar una amnistía y una compensación económica a quienes procedan a entregar las municiones y armas prohibidas por la Ley, y por la otra, una vez terminada la amnistía, imponer para quienes conserven armas o material prohibido o permitido únicamente con autorización, penas altas, intentando con ello, el disuadir a quienes fabriquen, comercialicen o tengan en su poder este tipo de armas.

Este Decreto menciona en su artículo 2, como armas de guerra, a los fusiles AK-47 en todas sus versiones, al fusil FAL y FAP calibre 762 mm, la sub-ametralladora UZI, al fusil M16 en todas sus versiones, a la ametralladora M60, al fusil para francotirador calibre 5.56 mm, al fusil M21 para francotiradores, así como a las armas de fabricación artesanal, y otras armas consideradas de guerra.

Reformas procesales:

1) **Código Procesal Penal:** En el 2002 entró en vigencia un nuevo Código Penal Adjetivo, lo que sin duda marca el mayor avance Jurídico Penal que ha tenido Honduras en las últimas décadas; de un sistema inquisitivo del anterior Código de Procedimientos Penales de 1906, con antecedentes en códigos de pleno siglo XIX, escrito, formalista y completamente colapsado. Se avanzó a un sistema mixto pro-acusatorio, en donde el monopolio de la acción penal la tiene el Ministerio Público, quien es el que realiza la investigación preliminar. Dicha investigación es abierta en relación con las partes, las cuales tienen acceso a su desarrollo y pueden intervenir solicitando actuaciones y diligencias. Durante la investigación las decisiones que toma el Juez de Control, son por regla general a solicitud del Ministerio Público o de las demás partes. Entre esas decisiones se encuentra el decretar la Prisión Preventiva, el procedimiento abreviado, la suspensión condicional del proceso, entre otras, y por otra parte, establece las fases del juicio, el cual es oral y público. Las pruebas deben ser obtenidas lícitamente y se recibirán durante el juicio.

2) **Instructivo emitido por la Corte Suprema de Justicia, sobre la aplicación de Medidas Cautelares Sustitutivas de la Prisión Preventiva en los delitos de Crimen Organizado, el día 29 de septiembre del año dos mil cuatro:** Este Instructivo fue emitido en cumplimiento de la normativa contenida en el artículo 23 del Código Procesal Penal, que dispone que la Corte Suprema de Justicia emitirá un instructivo que contribuya a la correcta y uniforme interpretación de la norma, así como a crear los programas de capacitación que sirvan al operador de justicia a tomar decisiones acertadas durante el ejercicio de sus funciones.

Explica el instructivo que las medidas cautelares tienen por objeto garantizar la efectividad en la persecución penal, es decir, que con ellas se pretende materializar la función judicial de juzgar y ejecutar lo juzgado, todo ello, en cumplimiento de los artículos 172 y 173 del Código Procesal Penal, que tienen como finalidad el asegurar la presencia del imputado durante el proceso y evitar el ocultamiento de las fuentes de prueba, esto es, que se quiere evitar la obstrucción de la justicia.

El instructivo exige que para dictar medidas cautelares es preciso que concurren los presupuestos legitimadores, como son: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*:

Fumus boni iuris: consiste, por un lado, en la apariencia razonable de que el hecho investigado presenta las características de delito, y, por el otro, que haya podido ser cometido por la persona sobre la que han de recaer tales medidas cautelares.

Periculum in mora: es la existencia de razones para pensar que el imputado va a tratar de fugarse en caso de permanecer en libertad o que el mismo pretenda obstruir la investigación mediante el ocultamiento, la alteración o la destrucción de pruebas.

Señala igualmente este Instructivo, que la aplicación de las medidas cautelares debe estar sujeta a ciertos principios básicos, como son: el principio de necesidad, el principio de proporcionalidad y el principio de racionalidad. Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia considera que los delitos de mayor peligrosidad e impacto social, son: los delitos de la criminalidad organizada, incluyendo entre ellos a los asesinatos, los secuestros, los robos de vehículos, el narcotráfico, el lavado de activos y otros vinculados a éstos; así como los delitos de índole financiera y las violaciones y abusos deshonestos. De conformidad con el Instructivo, los imputados por cualquiera de esos delitos, no podrían ser sujetos de medidas cautelares distintas de la prisión preventiva, ya que estima que en ellos existiría peligro de fuga del imputado, peligro de obstrucción de la investigación y de la justicia, riesgo fundado de que el imputado se reintegre a la organización delictiva a la que supuestamente pertenece y el riesgo fundado de que el imputado atente o ejecute actos de represalia en contra del acusador o denunciante.

Este instructivo ha sido criticado, tanto por los jueces como por otros operadores de justicia, por considerar que atenta contra la independencia judicial y que en gran me-

didada se están tasando las medidas cautelares, imponiéndosele en forma general límites que no señala el Código Procesal Penal, además de acusársele de responder a presiones de la prensa y de sectores políticos en pugna, que en el momento de la emisión del instructivo exigían con fines electorales mano dura contra la delincuencia.

Conclusión

Según el Gobierno Hondureño, todas estas reformas y medidas han contribuido a que disminuyan sustancialmente los delitos, especialmente los secuestros y los robos de automóviles. Consideran que la lucha que han emprendido contra las pandillas (las maras), ha sido muy exitosa, asegurando que miles de pandilleros han huido de Honduras desde que se acusó a 51 personas de la masacre de mano dura. Por supuesto, que esos miles de pandilleros se han refugiado en los países vecinos, agravando así sus problemas de delincuencia e inseguridad.

Estas normativas y programas han recibido muchas críticas, sobre todo desde que ocurrió la masacre en la cárcel de la Ceiba, el 5 de abril de 2003, la cual dejó un saldo de 69 mareros muertos. De acuerdo con las autoridades, se trató de un motín y un enfrentamiento entre bandas. Sin embargo, la Fiscalía encontró que los libros de novedades del penal fueron alterados y que los registros de comunicaciones fueron adulterados para obstruir las investigaciones. Aunque se acusó a 51 personas de la masacre, ninguno de los acusados fue capturado ni procesado. Otro incidente trágico ocurrió el 17 de mayo de 2004, cuando un incendio en la Cárcel de San Pedro Sula, dejó un saldo de más de cien muertos, casi todos integrantes de las maras. Según las autoridades, se trató de un accidente provocado por un cortocircuito, según algunos sobrevivientes, fue un incendio provocado y la policía acordonó el área para que nadie escapara con vida.

Aunque algunas reformas pueden ser positivas, considero que la intolerancia y el uso de la violencia policial hacia los jóvenes que se han descarriado y forman parte de pandillas, no es la vía adecuada para solucionar estos problemas y disminuir la delincuencia, todo lo contrario, nunca la violencia indiscriminada ha disminuido la criminalidad, lo que generalmente ha ocurrido es que ha generado más violencia, incrementando el odio y la intolerancia social. Deben implementarse nuevos programas educativos, culturales y sociales, quizás también espirituales, que incorporen a estos jóvenes y les den las oportunidades que se merecen y un sitio en sus comunidades, para que se conviertan en ciudadanos útiles para la patria.

La asociación de grupos o pandillas para delinquir es una realidad en nuestros países y constituyen en muchos casos actos preparatorios para cometer algunos de los crímenes y delitos más graves y violentos, como asesinatos, secuestros, robos, violaciones, etc. En países tan desarrollados como Alemania se sanciona penalmente la simple constitución de grupos neonazis, por los fines que persi-

guen dichas “asociaciones”, ya que instigan al odio y la persecución entre etnias, razas, por motivos religiosos, etc. En Estados Unidos se castiga la simple “conspiración” para delinquir. En Venezuela también se sanciona ese tipo de asociación y se le denomina “agavillamiento”.

Ya de por sí, esos grupos, bandas o pandillas, juveniles o no, son bastante peligrosas sin estar armados, pero el caso llega a ser aún mucho más grave, cuando no se trata de una persona armada, sino de todo un grupo de veinte, treinta o más individuos violentos y agresivos armados hasta los dientes, para colmo con armas de fuego. Ningún Estado en el mundo, por muy democrático, social y de derecho que sea lo puede permitir, caso contrario, caería en el caos, la anarquía y la violencia descontrolada, y dejaría desamparada a toda la población. Más aún, ese Estado desaparecería, ya que, o acaban con él esas bandas o lo hacen los ciudadanos ante tamaña demostración de su inepticia e ineficiencia.

Ahora bien, esto en modo alguno significa que se pueda punir cualquier asociación o meras conductas, ya que eso sería contrario a los principios de *ultima ratio* y de levisidad. Para perseguir, procesar y sancionar a los integrantes de esos grupos, tiene que haberse constatado de alguna forma que la asociación es para cometer delitos y que la adquisición de armas es con ese objetivo, de manera que se evidencie que constituyen actos preparatorios con carácter general para perpetrar hechos punibles, de otra manera, se tratará de un simple porte o tenencia de un arma. Por ello, la punición de esas conductas debe ser excepcional, pero debe hacerse, son casos de tutela penal anticipada, que deben estar es claramente especificadas y determinadas, evitando las descripciones vagas, imprecisas y confusas. Son razones de política criminal, pero para casos extraordinarios.

Debe haber, por otro lado, un cambio radical en la mentalidad policial, acompañada de una reorganización y depuración de las instituciones policiales, donde se erradiquen las prácticas abusivas y la tortura de los métodos policiales y se profesionalice a sus integrantes, capacitándolos adecuadamente para enfrentar a la delincuencia, dentro del respeto a los derechos humanos y ciudadanos, como corresponde a un sistema democrático de derecho y de justicia.

Finalmente, sólo me resta señalar, que sería conveniente que tanto en Honduras como en otros países, se prohibieran y regularan también otros tipos de armas, no sólo las de fuego, tales como las químicas y las biológicas, que pudieran eventualmente ser utilizadas no sólo por bandas y pandillas, sino por terroristas y desquiciados.

Notas

1 MORAZAN AGUILERA, Mario, *Problemas y fundamentos de la culpabilidad en la Dogmática Penal Hondureña*, U.N.A.H, Tegucigalpa, Honduras, 2005, pág. 28.

Italia

Donato Castronuovo

Università di Modena e Reggio Emilia

1. *Introducción.* Ante la incapacidad hasta ahora demostrada de llevar a cabo una obra definitiva de recodificación penal, durante estos últimos decenios el sistema italiano ha perseguido el cambio a través de continuas y puntiformes intervenciones¹. Tampoco el legislador de este último trienio se ha sabido sustraer a este flujo reformador incesante y sectorial y, al contrario, ha mostrado un notable “activismo” en materia penal, provocando frecuentemente encendidos debates y ásperas críticas, no sólo en la cotidiana disputa política, sino también en la literatura jurídica. Limitando nuestra observación a las reformas realizadas en el trienio que va desde 2003 al final de la legislatura (primeros meses de 2006), se hará una breve reseña de las consideradas más importantes.

2. *Modificaciones a la parte general del código penal.*

2.1. *Suspensión condicional de la pena.* Entre las modificaciones a la Parte General del CP hay que destacar la previsión de un régimen general más favorable a una de las causas de extinción de la infracción penal de mayor uso en la práctica: la suspensión condicional de la pena. La ley n.º 145/2004, modificando los arts. 163 y ss. CP, ha ampliado los presupuestos para la concesión de la suspensión condicional de la pena; ha introducido una forma “breve” de suspensión condicional; y por último ha redefinido las tipologías de obligaciones que se pueden imponer al condenado para su concesión.

2.2 *Rehabilitación del condenado.* La misma ley n.º 145/2004, modificando el art. 170 CP, ha reducido a tres años el período de tiempo tras el cual se puede conceder la rehabilitación del condenado que haya dado pruebas efectivas y constantes de buena conducta (causa de extinción de las penas accesorias y cualquier otro efecto penal de la condena). Para los reincidentes el plazo es de ocho años, mientras que es de diez para los sujetos pertenecientes a los “tipos criminológicos de los delincuentes habituales, profesionales o por tendencia”. Según el nuevo texto del art. 180 CP, la sentencia de rehabilitación será revocada si la persona rehabilitada comete durante los siete años posteriores un delito no culposo para el que se prevea una pena de privación de libertad no inferior a dos años.

2.3. *Reincidencia.* Tras meses de polémica entre las fuerzas políticas, se llegó al fin a la aprobación de la ley n.º 251/2005 (la generalmente llamada ley “ex-Cirielli”), que aporta modificaciones al CP (y al ordenamiento penitenciario) especialmente en material de reincidencia y de prescripción del delito². Ante todo, se ha introducido una regulación significativamente más dura de la reincidencia

(art.99 CP)³. Acogiendo opciones opuestas a las de la reforma de 1974⁴, la nueva normativa parece orientada, desde el punto de vista político-criminal, a reaccionar ante la devaluación que se ha producido en la praxis aplicativa como consecuencia de (lo que el legislador parece considerar) un excesivo “clemencialismo” por parte de los jueces en la aplicación de esta institución⁵. Por ello, en un intento de limitar la discrecionalidad judicial, de recuperar una mayor efectividad y de endurecer la respuesta sancionadora, el legislador de 2005 ha reintroducido, al lado de los casos de apreciación “facultativa” de la reincidencia, casos de apreciación “obligatoria” (ya presentes en la versión originaria del CP de 1930); ha establecido aumentos de pena más consistentes para estos casos, y además, ha previsto ulteriores efectos jurídicos negativos para los reincidentes, sea en relación a la determinación judicial de la pena (en el régimen de la prescripción, de las circunstancias atenuantes genéricas, del concurso de circunstancias, del concurso real de delitos y del delito continuado) sea en referencia a la ejecución de la pena (los permisos premio, la detención domiciliaria, el régimen abierto, *probation*, etc.). En conclusión, considerando que se pueden aducir argumentos contrarios al propio mantenimiento en vida de la institución de la reincidencia, en cualquier caso, la agravación general de sus efectos apenas introducido en el código penal italiano y el reestablecimiento de casos de apreciación obligatoria de este régimen parecen evocar los espectros, desde hace tanto tiempo denigrados, del “Derecho penal de autor”, levantado así posibles contradicciones con los principios constitucionales de la responsabilidad por “el hecho”: si la medida máxima de pena compatible con el principio constitucional de proporcionalidad de la responsabilidad penal es sólo aquella proporcional a la “culpabilidad por el hecho cometido”, no se entiende cómo se pueda justificar un aumento de pena (en algunos casos obligatorio), más allá de los límites previstos en la propia incriminación, por razones atinentes a una condena anterior⁶. No pocos autores, esperan en una intervención correctiva por parte del Tribunal Constitucional⁷.

2.4. *Prescripción de los delitos.* A través de la misma ley (“ex-Cirielli”) n.º 251/2005, se ha realizado además una profunda reforma de la normativa referente a la prescripción del delito. La nueva redacción del art. 157 CP dispone que el delito se extingue cuando ha transcurrido un período de tiempo IGUAL al correspondiente al máximo de la pena prevista para ese delito en el CP, y en cualquier caso, un período de tiempo no inferior a los seis años en caso de delitos y cuatro para las faltas. Además, para eliminar la excesiva discrecionalidad judicial, en el cómputo no se tienen en cuenta las variaciones de pena ligadas a las circunstancias atenuantes o agravantes (salvo excepciones). El sentido general de la reforma produce, como efecto principal, la introducción de plazos de prescripción generalmente más breves a los previstos en pasado, incluso en los casos de delitos de gravedad media o elevada. Ello, sin embargo, no es aplicable a la mayor

parte de los casos de reincidencia ni a algunos delitos específicos (en materia de criminalidad organizada, desastres imprudentes, homicidio imprudente agravado) para los que se prevé un régimen especial que comporta un aumento al doble de los plazos ordinarios⁸. Por último, se afirma de manera expresa la imprescriptibilidad de los delitos castigados con cadena perpetua (art. 157 último párrafo CP) que antes se podía únicamente deducir de manera implícita. También esta normativa de la prescripción ha recibido críticas muy encendidas, sea por la inspiración de política criminal de fondo, sea por los puntos de posible ilegitimidad constitucional, sea por las incongruencias técnicas que presenta⁹. En este último sentido, cabe destacar de manera especial el hecho de que, considerando que en Italia la prescripción constituye en la práctica el epílogo de un número significativamente alto de procedimientos, el intento de reducir los plazos de prescripción para muchos delitos de la criminalidad medio-alta como medio para inducir una reducción general de la duración de los procesos, suscita notables dudas, especialmente porque esta medida no se ha acompañado de otras orientadas a este mismo fin.

2.5 Legítima defensa. Con el objetivo de potenciar la autodefensa de las víctimas contra las agresiones que tienen lugar dentro de la propia morada, la ley n.º 59/2006 ha modificado la normativa de la legítima defensa mediante una regulación específica de los casos de *legítima defensa armada en el domicilio*¹⁰. Así, mientras el primer apartado del art. 52, que ha permanecido invariado, dispone que “No es punible quien ha cometido el hecho por haberse visto obligado por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra el peligro actual de una agresión injusta, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”, los apartados 2 y 3 del art. 52 ahora añadidos especifican que en los casos de allanamiento de morada (delito previsto en el art. 614 CP) “subsiste la relación de proporción” entre defensa y agresión en los casos en que una persona legítimamente presente en morada ajena o en otro lugar de un domicilio privado o en sus anexos, o bien en el interior de otro lugar donde se ejercite una actividad comercial, profesional o empresarial, “usa un arma legalmente portada u otro medio idóneo a la finalidad de defender: a) la incolumidad propia o ajena; b) los bienes propios o ajenos, cuando el agresor no desista y haya peligro de agresión. En realidad, y éste es el punto más controvertido, se establece una presunción absoluta *iuris et de iure* de “proporción” en los casos de legítima defensa que se desarrollen en el interior de la morada o en lugares en los que el agredido ejercite su actividad comercial, no sólo cuando la agresión afecte a la “integridad física”, sino también cuando afecte al “Patrimonio”, *si el agresor no desiste y subsiste el peligro de agresión*. A pesar de que la disposición no ofrezca ulteriores especificaciones, parece que el “peligro de agresión” deberá entenderse como peligro de agresión a la integridad física del agredido o de terceros¹¹. Así entendida, no parece que esta innovación introduzca una presunción de “proporción” entre los bienes

en conflicto (incolumidad/patrimonio), sino únicamente entre los medios y la modalidades de agresión y reacción: por ello, la reacción armada contra el ladrón-intruso, para ser “defensa legítima”, presupone un peligro que en cualquier caso amenace, no sólo a los bienes patrimoniales, sino a también la integridad física de la persona robada; sólo en este último caso la persona robada podrá reaccionar legítimamente contra “el intruso” incluso de manera “desproporcionadamente” violenta respecto a las necesidades del caso concreto, estableciéndose así una presunción de proporción de la defensa armada respecto al peligro de agresión a la integridad física¹².

3. Modificaciones de la Parte Especial y en Leyes Penales Especiales. Pasando revista a las numerosas modificaciones que afectan a delitos contenidos en el CP o en la legislación complementaria, nos limitaremos a continuación –no sin tomar opciones necesariamente arbitrarias– a una rápida reseña de sólo algunas de las novedades que parecen significativas en mayor medida.

3.1. Terrorismo internacional. Tras haber introducido nuevas disposiciones inmediatamente tras los atentados del 11 de septiembre¹³, el legislador italiano ha vuelto sobre el tema en varias ocasiones durante este pasado trienio. Así, la ley 7/2003 (ratificación del Convenio de Nueva Cork en materia de lucha contra la financiación del terrorismo, adoptada en Nueva York en 1999) ha previsto la responsabilidad (administrativa) de las personas jurídicas en los casos de delitos con finalidad de terrorismo o eversión (art. 25-*quater* del decreto legislativo n.º 231/2001), introduciendo así nuevas hipótesis de activación de esta forma de responsabilidad, introducida y regulada en Italia por primera vez en 2001. Además, la ley 34/2003 (ratificación del convenio internacional en materia de lucha contra los atentados terroristas en que se utilice explosivo, adoptada por la O.N.U. en 1997) ha introducido el nuevo delito de “acto de terrorismo” mediante bombas mortales o explosivos (art. 280-*bis* CP)¹⁴. Posteriormente se ha llevado a cabo una más amplia intervención reformadora en materia de lucha contra el terrorismo internacional con la ley n.º 155/2005. Además de dictar una definición de “conductas con finalidad de terrorismo” (art. 270-*sexies* CP), la ley n.º 155 ha introducido nuevos delitos: es especial cabe destacar los de actividades de captación para la realización de actos de violencia o de sabotaje con finalidad de terrorismo, también internacional (art. 270-*quinquies* CP). La misma ley, además, prevé algunas novedades en materia de delitos de falsificación: además de haber modificado el tipo penal de falsa declaración ante funcionario público acerca de la identidad o cualidades personales (art. 495 CP), ha introducido el nuevo delito de tenencia y fabricación de documentos de identificación falsos (art. 497-*bis* CP). También ha sufrido modificaciones el delito de inducción al delito y apología del delito (art. 414 CP), en el sentido de la previsión de un aumento de pena en los casos de terrorismo o crímenes contra la humanidad. Por último, se prevé una serie de modificaciones en materia de medidas de prevención *ante delictum*

(en particular en referencia a la ley n.º 1423/1956 y a la ley n.º 575/1965).

3.2 Trata de personas y reducción a esclavitud. Con la ley 228/2003 se ha profundamente modificado el tipo penal de “reducción a, o mantenimiento en esclavitud o servitud” (art. 600 CP), precisando mejor el ámbito de aplicación y previendo un aumento de pena cuando los hechos se cometan contra un menor de dieciocho años, en caso de que se realicen con la finalidad de someter a la víctima a una extracción de órganos, o si tienen como finalidad la explotación de la prostitución¹⁵. La misma ley prevé además disposiciones y penas más graves en materia de “trata de personas”, dando especial importancia al contexto de criminalidad organizada en el que pueden desarrollarse estos delitos, en particular mediante modificaciones en la redacción de los artículos 601 (trata de personas), 602 (compra-venta de esclavos) y 416 (asociación para delinquir) CP.

3.3 *Explotación sexual infantil y pedopornografía*. La ley n.º 38/2006 ha introducido disposiciones más severas en materia de represión de la explotación sexual infantil y de la pedopornografía. Se ha modificado en varios puntos los tipos penales contra la personalidad individual ya contenidas en los arts. 600-*bis* y ss. CP (prostitución y pornografía de menores, posesión de material pedopornográfico) y se ha introducido el nuevo delito de pedopornografía mediante imágenes “virtuales”, es decir, creadas de modo artificial (art. 600-*quater*.1). Otras modificaciones afectan a las normas en materia de libertad o intangibilidad sexual de los menores: en especial, el delito realización de actos sexuales con menores (art. 609-*quater* CP).

3.4 *Prácticas de mutilación genital femenina*. Con la finalidad de prevenir y castigar las prácticas de mutilación genital femenina, “como violación de los derechos fundamentales a la integridad de la persona y la salud de las mujeres y las niñas”, la ley 7/2006 ha introducido, entre los delitos contra la persona, dos nuevos tipos penales. El art. 583-*bis*, apartado 1 CP prohíbe, en ausencia de exigencias terapéuticas, cualquier práctica de mutilación (cliterodectomía, infibulación...); el apartado 2 castiga cualquier lesión de los órganos femeninos, provocada, en ausencia de exigencias terapéuticas, con la finalidad de mermar las funciones sexuales, cuando de ello se derive una enfermedad mental o corporal. Por último, se prevé (art. 583-*ter*) la pena accesoria de interdicción del ejercicio de la profesión sanitaria en caso de condena por uno de estos delitos.

3.5 *Maltrato de animales*. Con la ley 189/2004 se ha introducido en el CP el nuevo Título IX-*bis* en el CP: “Delitos contra el sentimiento por los animales”. El bien jurídico tutelado aparece siempre anclado en la lógica antropocéntrica, y consiste en el sentimiento humano de compasión hacia los animales. Sin embargo, no hay duda de que este bien ahora se entienda, ante el cambio en la sensibilidad humana, con una amplitud mayor respecto de los tipos penales anteriormente existentes¹⁶. En el título IX-*bis* se encuentran los delitos de “dar muerte a animales (propios o ajenos) por crueldad o sin necesidad (art. 544-

bis); “maltrato de animales” (art. 544-*ter*); organización de “espectáculos o manifestaciones prohibidas” que comporten ensañamiento con los animales (art. 544-*quater*); “prohibición de peleas de animales” (art. 544-*quinquies* CP). El Título se cierra (art. 544-*sexies* CP) con la previsión de requisar de los animales y de penas accesorias (suspensión de la actividad de transporte, comercio o cría de animales; o bien, en caso de reincidencia, prohibición del ejercicio de estas mismas actividades). Además, con una norma introducida entre las Disposiciones de coordinación y transitorias para el CP (Regio decreto 28 mayo 1931, n.º 601, art. 19-*ter*), no se aplican en materia de caza y pesca, cría, transporte y matanza con finalidad alimenticia de animales, de experimentación científica, de actividades circenses y de jardines zoológicos; incluye también una referencia a las manifestaciones históricas y culturales autorizadas por las administraciones regionales. Por último, la ley aquí examinada ha modificado la redacción del art. 727 CP, que ya no prevé la falta de maltrato de animales (que ahora se prevé como delito en el art. 544-*ter*), y mantiene sólo el “abandono de animales”.

3.5 (sic) *Circulación viaria (carreras no autorizadas; omisión de socorro)*. La ley n.º 214/2003, que contiene modificaciones e integraciones al Código de la circulación (decreto legislativo n.º 285/1992), prevé una regulación más severa de hechos reconducibles al fenómeno de las carreras clandestinas¹⁷. En particular, y en referencia al delito de organización de competiciones de velocidad no autorizadas con vehículos a motor y participación en las carreras (art. 92-*bis* cod. Circ.), y al delito que introduce la prohibición de competir en velocidad con vehículos de motor (art. 92-*ter* cod. Circ.). Del mismo modo, la ley n.º 72/2003 (que modifica el CP y el código de la circulación en materia de omisión de socorro), además de aumentar las penas por el tipo genérico del delito de omisión de socorro (art. 593 CP), ha agravado las consecuencias sancionadoras en los casos de delito de violación de los deberes de detenerse y de prestar asistencia en caso de accidente de tráfico con lesiones a las personas (art. 189 cod. Circ.).

3.6 *Sustancias estupefacientes*. La ley n.º 49/2006 ha modificado relevantemente la regulación de las sanciones del texto unificado en materia de sustancias estupefacientes (d.P.R. n.º 309/1990)¹⁸. La reforma –que no ha sido una excepción a la hora de provocar críticas y reservas– no ha afectado sólo al aparato sancionador, sino también a los procedimientos de desintoxicación y a la fase de ejecución de la pena por parte de los tóxicodependientes (con una ampliación de la operatividad de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y de la *probation*). En particular, la reforma lleva a cabo una asimilación preliminar entre “drogas duras” (opióceos, cocaína, anfetaminas, etc.) y “drogas blandas” (derivados del *cannabis indica*), con consecuencias a nivel de sanciones. Según la nueva regulación, por tanto, las conductas de posesión, producción o tráfico ilícito de estupefacientes se castigan con la pena de reclusión de seis a veinte años y

multa, sin que se distinga en adelante entre las varias sustancias (art. 73 d.P.R. n. 309/1990). Para “compensar” en parte el rigor de las sanciones introducido por las llamadas “drogas blandas”, el mínimo de la pena señalada en el tipo, que anteriormente era de ocho años, ahora se ha reducido a seis; además, se ha previsto la circunstancia atenuante de constituir un “hecho de leve entidad” (art. 73, apartado 5-bis, d.P.R. n. 309/1990): en ese caso, el juez podrá aplicar, en lugar de la pena de reclusión y multa, la sanción de trabajo en beneficio de la comunidad¹⁹. Otras importantes modificaciones afectan a los elementos constitutivos del delito de adquisición o posesión ilícita de sustancias estupefacientes (art. 73 d.P.R. n. 309/1990). La nueva redacción del art. 73 distingue entre conductas “objetivamente” caracterizadas por su destino a consumo por terceros (cultivo, producción, venta, cesión, transporte, etc.) y conductas que no presenten ese carácter objetivo (importación, exportación, adquisición, posesión, etc.). Mientras que para el primer grupo de conductas el hecho de estar destinadas las sustancias a terceros (y por tanto, ser penalmente ilícitas) es *in re ipsa*, para el segundo grupo se ha procedido a una especie de “normativización” de los criterios de prueba elaborados por la jurisprudencia para distinguir los casos (penalmente relevantes) en que subsiste el “hecho de ser destinados a terceros” de los casos de uso exclusivamente personal (que constituyen un ilícito administrativo). De modo particular, el tipo se realiza en los casos en que las sustancias estupefacientes poseídas o adquiridas etc. “aparecen destinadas a un uso no exclusivamente personal” en función de su “cantidad” (“especialmente si es superior a los límites máximos” de principio activo “indicados por decreto por el Ministerio de la Salud”), o por la “modalidad de su presentación” (“teniendo en cuenta el peso bruto global o el hecho de presentarse en confecciones fraccionadas”), o bien por “otras circunstancias de la acción”²⁰.

3.9. *Protección del ahorro y mercados financieros.* Tras las discusiones levantadas por varios escándalos financieros que han tenido lugar en Italia en los últimos años (Parmalat, Cirio, los *bonos* argentinos), han tenido lugar dos importantes intervenciones legislativas que han rediseñado la compleja normativa de la tutela penal del ahorro y de los mercados financieros. Aquí nos limitamos a recordar que la primera medida tomada fue la ley n.º 6/2005, con la cual se incorporaba a la normativa italiana la directiva comunitaria 2003/6/CEE sobre abusos de mercado. Así, se ha modificado notablemente el d. lgs. n.º 58/1998 (texto unificado en materia de intermediación financiera), especialmente en lo que se refiere a los delitos de “obstaculización de las funciones de la Comisión Nacional para las sociedades y la bolsa” (art. 170-bis), “abuso de informaciones privilegiadas” (insider trading) (art. 184), “manipulación del mercado” (art. 185 d.lgs. n.º 58/1998)²¹. Además, la posterior ley n.º 262/2005 ha introducido una amplia reforma de la normativa en materia de protección del ahorro y en materia de los mercados financieros (la llamada ley sobre el ahorro). Entre las novedades más im-

portantes cabe señalar las que afectan a los delitos de falsedad en las cuentas (arts. 2621-2622 código civil), “omisión de comunicación de un conflicto de intereses” (art. 2629-bis código civil); “recurso indebido al crédito” (art. 218 ley concursal; regio decreto n.º 267 de 1942); estafa de crédito (art. 137, apartado 1-bis del texto unificado de las leyes bancarias y del crédito: decreto legislativo n.º 385/1993); “falsedad en los prospectos informativos sobre valores inmobiliarios” (art. 173-bis); “falsedad en las comunicaciones de las sociedades de revisión de cuentas” (art. 174-bis); corrupción de los revisores de cuentas” (art. 17-ter texto unificado sobre la intermediación financiera), de regulación de la banca y del crédito y con referencia a los delitos societarios.

Notas

1 En la ya larga historia de los intentos fallidos de recodificación penal en Italia —donde, desde 1931 está vigente el viejo Código Rocco— se señala la redacción de un nuevo Proyecto de reforma del CP, llevada a cabo por la Comisión Ministerial presidida por el magistrado veneciano Carlo Nordio (en *Casazione penale*, 2005, pág. 244).

2 La recientísima reforma ha levantado críticas muy ásperas. Cfr., por ej.: PADOVANI, “Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili”, en *Guida al diritto*, Dossier, 1.º enero 2006, pág. 32; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 4.ª ed., rist. agg., Bologna, 2006, pág. 868, con *addenda* titulada: “La legge ‘c.d. ex Cirielli’ n. 251/2005 ovvero un (estemporaneo e irrazionale) modello di diritto penale differenziato e diseguale”; MARINUCCI, “Certeza d’impunità per i reati gravi e ‘mano dura’ per i tossicodipendenti in carcere”, en *Diritto penale e processo*, 2006, pág. 170.

3 Para un análisis más profundo, MELCHIONDA, “La nuova disciplina della recidiva”, en *Diritto penale e processo*, 2006, pág. 175.

4 La ley n.º 220 de 1974 había modificado, entre otras cosas la regulación de la reincidencia, atenuando el rigor previsto por la regulación originaria del código Rocco.

5 FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., pág. 869.

6 Así, MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., pág. 187 s. Cfr. además, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., pág. 871.

7 Cfr. MARINUCCI, *Certeza d’impunità per i reati gravi*, cit., pág. 173.

8 Pone de relieve puntos de posible disparidad de tratamiento y lo irrazonable de ello, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., págs. 876 y ss.

9 V. MARINUCCI, *Certeza d’impunità per i reati gravi*, cit., págs. 169 y ss. Quien, además de señalar varios puntos de ilegitimidad constitucional (págs. 173 y ss., habla, entre otras cosas, de posibles efectos criminógenos y de certeza de impunidad por delitos incluso graves. El mismo autor retiene que la nueva regulación de la prescripción, dado que impedirá que se llegue a la condena en casos de delitos incluso graves, frustrará notablemente precisamente los intentos de “lucha contra la reincidencia” llevados a cabo por este mismo legislador a través de la ley ex-Cirielli (pág. 171). En sentido crítico,

además, SILVANI, "La nuova disciplina della prescrizione del reato", en *Diritto penale e processo*, 2006, págs. 303 y ss.

10 Sobre el objetivo "político-propagandístico" perseguido por la mayoría parlamentaria, de potenciar la autoprotección de las víctimas en relación con el aumento de hurtos o robos en domicilios o comercios, v., críticamente, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., págs. 886 y ss.

11 En este sentido, superando la posible equivocidad de la disposición, las primeras interpretaciones: cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., pág. 889.

12 FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., pág. 889.

13 Por ej. con el decreto ley de 18 de octubre 2001, n.º 374, que había modificado el art. 270-bis CP (Asociaciones con finalidad de terrorismo incluso el internacional o de eversión), con la intención de permitir la aplicación de este tipo también en hechos de terrorismo internacional; y había introducido el art. 270-ter CP (asistencia a los asociados, incluso en el caso de terrorismo internacional). Sobre el d.l. n.º 374/2001, v. BELFIORE, en PALAZZO, PALIERO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, págs. 661 y ss.

14 V. ZAZA, en T. PADOVANI (cur.), *Codice penale*, cit., págs. 1229 y ss.

15 V. MAZZI, en T. PADOVANI (cur.), *Codice penale*, cit., págs. 2624 y ss.

16 En particular el delito de dar muerte o provocar lesiones a animales *ajenos*, aún hoy previsto en el art. 638 CP entre los delitos contra el patrimonio; y la falta prevista en el art. 727 CP (ahora con nueva redacción), que castigaba, en su vieja formulación, el maltrato de animales.

17 Para profundizar, v.: CORNACCHIA, "La nuova disciplina delle gare in velocità non autorizzate. Le fattispecie di gara organizzata e spontanea", en *Diritto penale e processo*, 2004, 143 y ss.; ZINCANI, *La nuova disciplina delle gare in velocità non autorizzate. Le discipline sanzionatorie*, *ibidem*.

18 Para un cuadro sintético de la normativa, v. CASTRONOVO, "Política criminal en materia de drogas. Italia", en *Revista penal*, n. 7, 2001, págs. 167 y ss.

19 Para un primer comentario a la recentísima reforma, v. AMATO, en *Guida al diritto*, n.º 12, 2006, págs. 69 y ss., en part. 73 y ss.

20 Cfr. AMATO, *op. cit.*, págs. 69 y ss., 75 y ss., 78 y ss.

21 Acerca de la novedades introducidas por la ley n.º 62 de 2005, v.: MUCCIARELLI, "L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo", en *Diritto penale e processo*, 2005, pág. 1465; LUNGHINI, *La manipolazione del mercato*, *ibidem*, pág. 1474; SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, *ibidem*, 2006, pág. 9.

1.- El Decreto que reforma el párrafo cuarto y adiciona los párrafos quinto y sexto del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –CM–, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación –DOF– del 8 de noviembre de 2005. Nos parece que ésta es una de las más importantes reformas constitucionales pues el ámbito en el que la misma tendrá consecuencias es, ni más ni menos, que en el relativo a la justicia de personas jóvenes, es decir, de la criminalidad de adolescentes. De acuerdo con el nuevo texto constitucional, la Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce la CM para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Se trata de una reforma sumamente trascendente pues establece las bases para la unificación legal del tratamiento que, en adelante, recibirán los jóvenes en conflicto con la ley penal. Hasta antes de esta reforma, cada entidad federativa, por virtud de la configuración política de la nación, había establecido su legislación específica y su modelo de intervención tratándose de la criminalidad juvenil. La edad penal, por ejemplo, cambiaba de una entidad a otra, lo mismo que el reconocimiento de los derechos y garantías de quienes debían ser sometidos a una legislación de menores la más de las veces orientada por los modelos tutelares. No son pocos los estados de la república que tenían como edad penal la de dieciséis años, y con tal medida, de alguna forma, se alejaban de lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño –CDN– de la Organización de las Naciones Unidas (1990), ratificada por México en agosto de 1990.

2.- De acuerdo con los dos artículos transitorios de la reforma, la entrada en vigor habría de darse en dos momentos: uno, el primero, después de transcurridos tres meses de su publicación en el DOF, lo cual se verificó el pasado día 12 de marzo del presente año 2006; a partir de entonces, esta disposición regirá plenamente, en mi opinión y la de muchos y muchas especialistas, como una auténtica garantía de índole constitucional. El segundo momento, alude a la entrada en vigor de la reforma, pero en este caso, referida a los Estados de la Federación y el Distrito Federal, los que "contarán con seis meses a partir de la entrada en vigor del Decreto, para crear leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente decreto". Considerando la diversidad legislativa de todas y cada una de las entidades federativas, el constituyente determinó abrir una *vacatio legis* semestral luego de la cual habrán de entrar en vigencia y operación leyes, instituciones y órganos propios del nuevo sistema de justicia penal para personas jóvenes, de entre doce años y dieciocho años de edad. Esta *vacatio legis* concluirá el próximo 12 de septiembre de 2006. Hasta la fecha de re-

México

Manuel Vidaurri Aréchiga

*Departamento de Investigaciones Jurídicas
Universidad de Guanajuato, México*

daclar las presentes líneas –abril 2006– no teníamos noticia de la expedición de alguna legislación por parte de la Federación, Estados o Distrito Federal.

3.- En términos generales, son varias las medidas que habrán de adoptarse en las legislaciones secundarias que al efecto se redacten. Así, se establece en la norma constitucional que para el caso de las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social. Pero también se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que cada caso amerite, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente, haciendo eco con esto último señalado con los fines que sustentan la CDN. Es de destacarse que esta reforma claramente determina la creación de órganos diferenciados encargados, especializadamente, de la procuración e impartición de justicia, al tiempo de que, igualmente, prescribe la utilización de formas alternativas de justicia –mediación–. Expresamente se señala en el nuevo texto constitucional que “en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas”, lo que sin lugar a dudas sienta las bases de un sistema de corte garantista. Adicionalmente, se deja bien asentado que las medidas deben ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. La medida extrema contemplada es la de internamiento, la que podrá aplicarse siempre y cuando el adolescente sea mayor de catorce años, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves, y “por el tiempo más breve que proceda”, cláusula ésta muy amplia que, seguramente, planteará diversas soluciones en el futuro legislativo.

4.- Uno de los antecedentes de la reforma, acaso el de mayor importancia, se desprende de la CDN, misma que, como ya señalábamos antes, fue ratificada por nuestro país el 10 de agosto de 1990¹; de entonces a la fecha, este instrumento internacional, del cual estamos seguros se hablará ampliamente en los próximos meses, posee obligatoriedad legal en nuestra nación al tenor de lo señalado en el artículo 133 de la CPM, ubicándose en el nivel de ley suprema de toda la unión. Con la aprobación de la CDN, como nación México se comprometió a adoptar todas las medidas jurídicas, legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que fueran necesarias para materializar los derechos que en tal instrumento se reconocían y establecían. En este sentido, los artículos 37 y 40 de la CDN se constituyen en la piedra de toque sobre la cual habrá de erigirse el edificio del nuevo del sistema de justicia penal juvenil² mexicano, tal y como ha sucedido con los sistemas creados en otros países³. Aparte de lo anterior, digamos que el tema concerniente a la edad penal, verdadero galimatías nacional, la reforma aporta una ventaja inmediata: la homologación de dicha edad, poniendo remedio a tan compleja problemática⁴, al menos en lo que hace a

establecer una edad penal mínima (12 años) y una máxima (18) para la intervención institucional, cumpliéndose, por fin, lo preceptuado en el artículo primero de la CDN, que a la letra dice: “Para los efectos de esta Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, la que de acuerdo con el artículo 34 de la CPM se obtiene, coincidentemente también a los 18 años. Otro antecedente de la reforma podemos encontrarlo en la Ley reglamentaria del artículo 4 de la CPM, esto es la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (LPNNA), cuyo objetivo principal consiste garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales que les reconoce el orden constitucional. Los propios legisladores federales reconocieron que “a pesar de lo prescrito por la Constitución y por el Título Cuarto de la Ley para la Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes, tanto la legislación federal como las legislaciones locales, han permanecido ajenas a los cambios y exigencias planteadas”, situación que condujo a la “urgente necesidad de replantear los sistemas de justicia para menores de edad en todo el país, empezando por los preceptos constitucionales que guardan relación con sobre los Derechos del Niño y por la Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, y así como con los compromisos que frente a la infancia tiene nuestro país”⁵. Lo anterior, a dieciséis años de la ratificación mexicana de la CDN. La propuesta legislativa presentada por el ejecutivo federal en marzo de 2004, dirigida a incidir directa e intensamente, aunque no puede decirse que pacíficamente aceptada por todos⁶, también incorpora en alguno de sus apartados lo concerniente a la justicia penal para personas adolescentes, razón por la que igualmente y con las matices conducentes puede ser considerada como otro antecedente más de la reforma que ahora nos ocupa.

5.- El sistema de justicia para adolescentes (SJA) será, de principio a fin, totalmente renovado, es más, se establece que será integral. En el texto constitucional reformado y adicionado se contemplan los lineamientos y principios básicos de un sistema de justicia que se pretende sea especializado y acorde con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y otros instrumentos internacionales en la materia, entre éstos las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores de 1985, conocidas también como Reglas de Beijing; las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1991 (Directrices de RIAD) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad de 1990. Además de lo prescrito en estos instrumentos, es obvio que habrán de considerarse los ajustes a las legislaciones secundarias que tengan relación con la temática, desde las constituciones locales, hasta los códigos penales y de procedimientos penales, pasando por la ley de ejecución de sanciones privativas de libertad y las específicas sobre

menores infractores. Luego, a partir de la prescripción que apunta hacia la integralidad del sistema, se advierte la intervención de especialistas de diversas áreas, con lo cual también puede decirse que deberá reflejar una visión multidisciplinaria⁷.

6.- Se destaca en la reforma el tránsito del modelo asistencial o proteccionista (tutelar)⁸ al modelo de responsabilidad; dicho con otras palabras, se dan las bases para pasar de la visión sustentada en la doctrina de la *situación irregular* del menor a la doctrina de la protección integral⁹ el mismo. A fin de poder captar a grandes rasgos las diferencias entre una y otra tendencia, valen las explicaciones de Emilio García Mendez, quien nos dice que esta doctrina de la *situación irregular* no significa otra cosa que “legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. Definido un “menor” en situación irregular (recuérdese que al incluirse las categorías de material o moralmente abandonado, no existe nadie que potencialmente no pueda ser declarado irregular), se exorcisan las deficiencias de las políticas sociales, optándose por “soluciones” de naturaleza individual que privilegian la institucionalización o la adopción”¹⁰; de otro lado, el autor invocado, nos explica que “con el término *doctrina de la protección integral* se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia”, todo lo cual se condensa en la existencia y contenidos de cuatro instrumentos básicos, mismos que ya hemos citado nosotros antes, a saber: la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de RIAD.

7.- El nuevo modelo será de naturaleza penal, lo que reafirma contundentemente su separación del tradicional modelo protector; además, como se dice en el dictamen⁸⁸, “al tratarse de un sistema penal, capaz de restringir coactivamente los derechos del adolescente que resulte responsable por la comisión de un delito, se introduce también la obligación estatal de respetar y garantizar a todo adolescente sujeto al sistema, los derechos fundamentales que reconoce la Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. La propuesta parte del reconocimiento del carácter de “persona” de todo niño, niña y adolescente, con todos los atributos inherentes al ser humano y, por tanto, titular de todos los derechos y garantías que les han sido reconocidos a las personas adultas por los tratados internacionales y las constituciones locales. Pero además, reconoce que existe en el ser humano una etapa de la vida en que, por razón de su naturaleza, es extraordinariamente vulnerable a las circunstancias externas, naturales y sociales, por lo que también requiere de reconocimiento de otros derechos que le garanticen una protección especial”. Es de esperarse, pues, que las leyes que se generen al efecto consignarán expresamen-

te capítulos especiales en donde se enuncien los derechos tanto de jóvenes que hayan realizado una conducta tipificada penalmente, como los derechos de las víctimas, tal y como sucede con los derechos que la carta constitucional consigna en su artículo 20 en relación con los adultos que delinquen y las víctimas del delito.

Notas

1 En el plano internacional esta Convención entró en vigencia el 2 de Septiembre de 1990.

2 Se aconseja a lectura de estos dos artículos de la CDN.

3 Al respecto, véase el artículo de Maxera, Rita, “Mecanismos restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles: Latinoamérica y España”, presentado en el Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, celebrado en Bangkok, Thailand, 18-25 de Abril del 2005, de donde nos informa de algunos países iberoamericanos en los que se encuentra vigente una legislación penal para adolescentes plenamente adecuada a los principios de la CDN, entre estos Bolivia (2000), Brasil (1990), Costa Rica (1996), Ecuador (2003), El Salvador (1995), España (2000), Guatemala (2003), Honduras (1996), Nicaragua (1998), Panamá (1999), Paraguay (2001).

4 Como mero ejemplo, sabemos que en la legislación penal de los Estados de Aguascalientes, Guanajuato, Michoacán, Nayarit la edad penal es de 16 años, y en los Estados de Colima y Jalisco es de 18.

5 http://www.senado.gob.mx.php&lg=59&lk=19/6_iniciativas/justicia_penal_juvenil.htm. Documento de presentación de la reforma constitucional en relación con el sistema de justicia de menores infractores, del treinta de octubre de 2003.

6 Conviene la lectura del intenso artículo crítico del profesor Sergio García Ramírez “Comentario a la iniciativa de reforma constitucional en materia penal del 29 de Marzo del 2004”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Colección de Estudios Legislativos, número 111, de 2004, especialmente el apartado 14 relativo a la justicia penal de adolescentes.

7 Véase el documento de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; y de Estudios Legislativos, Segunda, el que contiene proyecto de decreto por el que se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto, sexto y séptimo, recorriéndose en su orden los restantes del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 23 de abril del 2004, visible en <http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/?sesión=2005/03/31/1&documento=25>, en donde se señala textualmente: “En cuanto al fin del sistema propuesto, es importante destacar que éste busca lograr la reintegración social y familiar del adolescente, mediante la aplicación de una determinada sanción que no tenga un carácter eminentemente represivo, sino que además pueda incidir en la persona del adolescente de forma que éste se aleje del delito. En este orden de ideas, la reforma constitucional prevé que el cumplimiento de la sanción debe tener la finalidad de fomentar en los adolescentes actitudes que les permitan alcanzar su desarrollo personal y su reinserción, tanto familiar como social, motivando sus capacidades e inculcando el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de

los demás. Todo lo anterior, con el objeto de preparar al adolescente para asumir una vida libre y responsable”, propósito que no parece posible lograr con la pura intervención de jueces, fiscales y policías; en todo caso, a los anteriores funcionarios habrán de sumárseles para el cabal cumplimiento de la finalidad impuesta al sistema pedagógico, trabajadores sociales, especialistas en mediación, etc.

8 Una completa descripción de los modelos tutelares puede conocerse en: Brena Sesma, Ingrid, *Intervención del Estado en la Tutela de Menores*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, pág. 41 y ss...

9 Para una descripción de estas tendencias doctrinales, véase el artículo de García Méndez, Emilio, “Legislaciones Infanto-Juveniles en América Latina”, en *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*. El nuevo derecho penal juvenil. Un derecho para la libertad y la responsabilidad, Editorial Hombres de Maíz, San Salvador, Centro América, 1995, pág. 25 y ss. Véase también, Tiffer Sotomayor, Carlos, “De un derecho tutelar a un derecho penal mínimo/garantista: nueva ley de justicia penal juvenil”, en <http://www.cienciaspenales.org./REVISTA%2013/tiffer13.htm>

10 García Méndez, Emilio, op. cit., pág., 31.

11 <http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/?sesión=2005/03/31/1> &documento=25. De las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; y de Estudios Legislativos, Segunda, el que contiene proyecto de decreto por el que se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto, sexto y séptimo, recorriéndose en su orden los restantes del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 23 de abril del 2004.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán

Instituto Centroamericano de Estudios Penales

2002. Ley 419/2002, Ley de Reforma y Adición al Código Penal de la República de Nicaragua, de veintuno de junio.

El Código penal vigente es de 1974, su prototipo el español de 1870, con varias reformas experimentadas a lo largo de su vigencia, sufrió recientemente con la Ley 419/2002 una reforma y adición importante. Si bien, esta Ley no entra en el tiempo del presente informe para el número de la presente Revista, permítanme incluirla dado la importancia que tiene respecto al avance que representa para el Código penal.

En esta Ley el legislador reforman los artículos 22, 23, 24, 25 y 26 del Capítulo I, de la Responsabilidad Criminal, del Título II de las Personas Responsables de los Delitos y Faltas del Libro I del Código Penal vigente, a saber: Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los partícipes; los autores pueden ser directos, mediatos o coautores. Son partícipes los inductores, los cooperadores necesarios y los cómplices; sin embargo los

dos primeros se consideran a efectos de pena autores. La responsabilidad del partícipe será en todo caso accesoria respecto del hecho ejecutado por el autor. La reforma además expresa que las “personas que, actuando como directivos, administradores de hecho o de derecho u órgano de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, realice un hecho que salvo en la cualidad del autor, sea subsumible en el precepto correspondiente a un delito o falta, responderá personalmente de acuerdo con éste, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación se actúe”.

La reforma también expresa la condición de cada uno de los responsables: son autores directos quienes realizan el hecho típico por sí solos; coautores, quienes conjuntamente realizan el delito y autores mediatos, quienes realizan el delito por medio de otro que actúa como instrumento. De las faltas sólo son responsables criminalmente los autores. Y se consideran como autores a efectos de pena las personas que inducen dolosa y directamente a otro u otros a ejecutar el hecho y aquellas que cooperan dolosamente en su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. Y respecto a los partícipes, manifiesta la reforma que son cómplices los que dolosamente prestan cualquier auxilio anterior o simultáneo en la ejecución del hecho y, lo que hasta esa fecha era considerada como una forma de participación, el encubrimiento, en la misma reforma se adiciona como un delito autónomo.

Se reforman los artículos 297, 298 y 300 del Capítulo X Delitos contra la Buena Fe en los Negocios del Título IV Delitos contra la Propiedad del Libro II del Código Penal, relacionados a la quiebra fraudulenta (dolosa y culposa), el concurso civil fraudulento. Adiciona, al Capítulo XII Delitos contra la Economía Nacional, la Industria y Comercio del Título IV Delitos contra la Propiedad, Libro II del Código Penal. En el orden de la reforma, se castiga con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial por el mismo período, al a) director, representante legal, administrador de hecho o de derecho o accionista de una sociedad mercantil o civil, constituida o en formación, que con dinero del público se dedique a la actividad bancaria, bursátil, financiera, cooperativa, industrial o comercial que adopte o contribuya a tomar alguna decisión o acuerdo abusivo en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de la sociedad, de alguno de sus socios, de los depositantes, del público o de terceros; b) el director, representante legal, administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación que altere cuenta o información financiera con el objeto de presentar una situación distorsionada de forma idónea para causar perjuicio económico a la sociedad, a alguno de sus socios o a terceros; y, c) La persona que, a sabiendas se aproveche de las alteraciones, decisiones o acuerdos abusivos señalados en el inciso a), o cuando como ejecutivo, director, representante legal de una sociedad, o como accionis-

ta, sin causa justificada, impida o niegue a un socio o grupo de socios obtener información veraz sobre el estado de los negocios. También al socio, director, gerente, administrador, funcionario o empleado de Bancos, Instituciones financieras no bancarias y grupos financieros que, directamente o a través de personas naturales o jurídicas, realice operaciones o actos en perjuicio de los depositantes o de los acreedores, o de los socios o del Estado, castigando este supuesto con prisión de seis a ocho años. Si la actividad realizada pone en peligro el sistema financiero nacional, la pena será de ocho a diez años de prisión e inhabilitación especial por el mismo período o bien, quien por sí o por medio de otra persona natural o jurídica realice actos en perjuicio de Bancos o Instituciones financieras no bancarias, con o sin la participación de socios, directores, gerentes, administradores, funcionarios o empleados de los mismos, causando perjuicio a la sociedad, o a los depositantes, o al sistema financiero nacional o a la estabilidad económica de la nación, se castigará con prisión de ocho a diez años e inhabilitación especial por el mismo período”.

La reforma adiciona en el Capítulo II Delitos contra la Administración de Justicia del Título VII, Delitos contra la Administración Pública, Libro II del Código Penal, el delito de encubrimiento: Será penado con prisión de uno a tres años, el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o partícipe, lo haga con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes: a) auxiliar a los autores o partícipes para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito; b) ocultar, alterar o inutilizar los bienes, efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento; c) ayudar a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura. Si el encubridor obra con abuso de funciones públicas, se impondrá además de la pena de prisión de tres a cinco años e inhabilitación absoluta por el mismo período. En ningún caso, podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda a la señalada al delito encubierto. Si el delito encubierto no estuviera castigado con pena de privación de libertad, la pena será sustituida por la de multa correspondiente al delito encubierto, en cuyo caso se impondrá al culpable el extremo mínimo de la pena que se aplique al delito principal; los encubridores de su cónyuge o de personas a quien se hallen ligados en unión de hecho estable, de sus ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas están exentos de responsabilidad criminal”.

Se reforman los delitos de Malversación de Caudales Públicos, peculado, fraude y se adiciona el delito de enriquecimiento ilícito (la autoridad funcionario o empleado público que obtenga un incremento de su patrimonio con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos, durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar al ser requerido por el órgano competente señalado en la ley, será sancionado con prisión de cuatro a nueve años e inhabilitación absoluta por el mismo período) y el

tráfico de influencia (la autoridad, funcionario o empleado público que por sí o por medio de otra persona o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga para sí o para otra persona cualquier beneficio o provecho, en detrimento del patrimonio del Estado o con violación a leyes o reglamentos, incurrirá en la pena de prisión de cinco a ocho años e inhabilitación absoluta por el mismo período) y el delito de soborno internacional (1. Los que, directa o indirectamente, y con el fin de obtener o conservar un beneficio económico ofrezcan u otorguen a un funcionario o empleado público de otro Estado o de organizaciones internacionales dádiva, favor, promesa o ventaja patrimonial para que realice u omita cualquier acto relacionado con la función pública que desempeña, relacionado con una actividad económica y comercial de carácter internacional, será penado con prisión de tres a cinco años. 2. Si la conducta descrita en el párrafo anterior es realizada por un funcionario público la pena será de ocho a cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo período).

La reforma establece qué debe considerarse por autoridad, funcionario y empleado público: 1. Por disposición inmediata de la ley o por elección directa o indirecta o por nombramiento de autoridad competente o vinculación contractual, participe en el ejercicio de funciones públicas de la administración pública, de los órganos, dependencias, entes desconcentrados, descentralizados, autónomos o empresas del Estado, del Municipio y de las Regiones Autónomas; 2. Desempeñe cargo o comisión de cualquier naturaleza en: la administración pública, órganos, dependencias, entes desconcentrados, descentralizados, autónomos, empresas del Estado, del Municipio y de las Regiones Autónomas y, quienes representen intereses del Estado en las empresas privadas en donde éste tenga participación; 3. Administre patrimonio de la administración pública, de los órganos, dependencias, entes desconcentrados, descentralizados, autónomos o empresas del Estado, del Municipio y de las Regiones Autónomas; 4. Pertenezca al Ejército Nacional de Nicaragua y a la Policía Nacional.

2005. Ley N.º 523/2005, Ley Orgánica de Tribunales Militares, 5 de Abril.

Esta Ley, que abandona la legislación militar se influencia socialista (de los años 80’), regula la jurisdicción militar como parte integrante de los Tribunales de Justicia, y reconoce, con base al mandato constitucional, que su órgano superior es la Corte Suprema de Justicia. La jurisdicción militar será administrada por la Auditoría General mediante los órganos judiciales militares establecidos por la ley. A dichos órganos corresponde exclusivamente juzgar y ejecutar lo juzgado en los asuntos de su competencia. Estarán integrados por miembros del Ejército de Nicaragua, los cuales actuarán con arreglo a las garantías y principios constitucionales. En la jurisdicción militar además de los órganos judiciales militares, intervendrá la Fiscalía Militar, que le co-

responde la función acusadora y la representación de los intereses de la sociedad; del Ejército de Nicaragua y de la víctima del delito en el proceso penal militar, primando el interés de la institución armada; a través del Fiscal Militar General.

La Auditoría General tendrá las facultades de gobierno, disciplinarias y demás funciones que esta ley o la procesal le encomienden, sin perjuicio de las potestades de la Corte Suprema de Justicia en la Administración de Justicia.

La jurisdicción militar se concreta a la materia penal militar, a la materia disciplinaria militar y demás materias militares que en el ámbito castrense sean determinadas por el Código Penal Militar y leyes respectivas. Todo órgano judicial militar, en el ámbito de su competencia, será el Juez o Tribunal Militar predeterminado por la ley, para conocer de los delitos o faltas y demás materias sujetas a su jurisdicción y nadie sujeto al fuero militar podrá ser sustraído de su respectiva competencia.

2005. Ley N.º 559/2005, Ley Especial de Delitos contra el Medio Ambiente y los Recursos Naturales, de 21 de noviembre.

Esta ley tiene por objeto tipificar los delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales, las acciones y omisiones que alteren las disposiciones relativas a la conservación, protección, manejo, defensa y mejoramiento del ambiente y los recursos naturales, así como, el establecimiento de la responsabilidad civil por daños y perjuicios ocasionados por las personas naturales o jurídicas que resulten con responsabilidad legalmente comprobada. Esta Ley entra en vigencia el 22 de mayo de 2006.

2006. Ley N.º 566/2006, Ley de Código Penal Militar, de 5 de enero.

El Ejército de Nicaragua, ha reformado su Justicia penal militar. Esta tarea la ha coordinado la Auditoría Militar, Órgano jurisdiccional del Ejército para la aplicación de la legislación penal militar, a través del Coronel Cesar Largaespada P y equipo de trabajo y asesorado por el Instituto Centroamericano de Estudios Penales. Integrado por tres libros, el texto en su Libro Primero de los principios constitucionales desarrolla, entre otros, el principio de legalidad, el principio de Irretroactividad, el principio de responsabilidad personal y de humanidad; el principio de lesividad (nadie puede ser sancionado si la conducta no está descrita de manera clara y precisa en la ley. Sólo es sancionable la conducta que daña o pone en peligro un bien jurídico tutelado); los principios de no interpretación extensiva y aplicación analógica; el principio de responsabilidad subjetiva y de culpabilidad (La pena sólo se impondrá si la acción u omisión ha sido realizada con dolo o imprudencia. Por consiguiente, queda prohibida la responsabilidad objetiva por el resultado; y no hay pena sin culpabilidad. La pena no podrá superar la que resulte proporcionada al grado de culpabilidad respecto del delito cometido).

2006. Proyecto de Código Penal (Dictamen de 1999 y 2003).

Actualmente en la Asamblea Nacional se discute el Proyecto de Código Penal que fuera introducido a Secretaría de la misma el 15 de diciembre de 1999. En el año 2003 se formuló un nuevo dictamen relacionado a varias mociones, especialmente de la parte especial. El Libro primero, fundamentado en la moderna dogmática del Derecho penal, ha sido aprobado. Se discute el Libro II, de los delitos, aún no se discuten los libros III, de las faltas penales y el IV, que establece el procedimiento para la concesión de los sustitutivos a la privación de libertad, se discute, por su naturaleza, que deba o no estar integrada en el texto.

Perú

Víctor Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal Pontificia Universidad Católica del Perú

Introducción

Entre el 2003 y lo que va de 2006 la legislación penal peruana ha sido objeto de varias modificaciones que han afectado sus normas sustantivas, procesales y de ejecución penal. En este informe presentaremos brevemente las reformas ocurridas en dicho período a partir de los siguientes indicadores:

- a) Reformas a la legislación sobre tráfico ilícito de drogas y lavado de activos
- b) Reformas a la legislación relativa a delitos de corrupción y terrorismo
- c) Reformas referentes a delitos convencionales violentos
- d) Reformas en los delitos económicos
- e) Otras reformas en el Código Penal
- f) Reformas en la legislación procesal penal

Cabe anotar que los cambios ocurridos han estado orientados a cuatro objetivos de política criminal claramente deducibles de la naturaleza, operatividad y alcances de las normas reformadas. Estos objetivos fueron:

- a) Adaptación de la legislación nacional a los convenios internacionales suscritos en el ámbito de la criminalidad organizada
- b) Criminalización de conductas vinculadas al ámbito de la economía informal
- c) Sobrecriminalización de delitos convencionales como estrategia simbólica para controlar la inseguridad ciudadana
- d) Promover la supresión del modelo procesal mixto para su sustitución por un esquema acusatorio adversarial

Reformas en la legislación sobre tráfico ilícito de drogas y lavado de activos

Si bien la tipificación y penalidad de los actos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos fueron reformadas en el año 2002 a través de las leyes 27693, 27765 y 28002; entre los años 2003 y 2004 tales modificaciones fueron complementos con las siguientes normas:

La **Ley 28003** del 18 de junio de 2003 que modificó la estructura y competencias del órgano rector de la política nacional antidrogas (DEVIDA). Esta ley reformó el Decreto Legislativo 824 o Ley de Lucha contra el Narcotráfico. En lo esencial la modificación establecía que *“La formulación y actualización anual de la Estrategia Nacional de Lucha contra las drogas corresponde al Consejo Directivo de DEVIDA y será aprobado por el Consejo de Ministros”*

La **Ley 28009** del 21 de junio de 2003 y la **Ley 28355** del 6 de octubre de 2004, modificaron las leyes sobre prevención y control del lavado de activos. En efecto, la primera reestructuró la composición orgánica de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú y amplió su régimen económico de captación de recursos modificando, por tanto, los contenidos originales de la Ley 27693. En cambio, la segunda modificó los artículos 3.º y 7.º de la Ley 27765 o **Ley Penal ante el Lavado de Activos**. Los cambios introducidos por esta norma fueron muy concretos limitándose a suprimir la equívoca expresión “narcoterrorismo” como fuente del dinero ilegal objeto de operaciones de conversión y transferencia. En su lugar el nuevo texto alude alternativamente a que tales ingresos ilegales provengan *“del tráfico ilícito de drogas o terrorismo”*. También la Ley 28355 ratificó la prohibición del otorgamiento de beneficios penitenciarios para los autores o partícipes en actos de lavado vinculados a recursos provenientes de tales delitos.

La **Ley 28305** del 29 de julio de 2004. Con ella se adopta un nuevo marco regulador del comercio y fiscalización de insumos químicos y demás productos utilizables en la elaboración de drogas ilegales. En lo fundamental esta nueva ley de control de sustancias precursoras amplía el catálogo de insumos controlados y dispone que toda conducta que se sustraiga o contravenga a sus disposiciones, puede dar lugar a una denuncia por *“presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de comercialización insumos de insumos químicos para fines del narcotráfico de conformidad con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 296.º del Código Penal”*.

Reformas a la legislación relativa a delitos de corrupción y terrorismo

La detección de una estructura criminal tipo red organizada al interior de las instancias del poder político durante los gobiernos de Alberto Fujimori Fujimori (1990-2000), determinó la necesidad de adecuar los

procedimientos de investigación y juzgamiento a la naturaleza de tales conductas y a la calidad especial de sus autores y partícipes. Asimismo, resultaba imprescindible reestructurar las competencias de la Policía Nacional, Ministerio Público y Poder Judicial que estarían a cargo de las pesquisas y del proceso penal correspondiente. En desarrollo de ese cometido se dieron importantes leyes entre finales del 2000 y el 2002. Entre estas leyes destacan: La **27378** o “Ley que establece beneficios de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada”; la **27379** o “Ley de Procedimiento para adoptar medidas excepcionales de Limitación de Derechos en Investigaciones Preliminares”; la **27770** o “Ley que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública”; y la **27399** o “Ley que regula las investigaciones preliminares prescritas en la ley 27379, tratándose de los funcionarios comprendidos en el artículo 99.º de la Constitución” (Antejuicio).

Ahora bien, la aplicación de tales normas dio lugar a la constitución de un sistema especial anticorrupción con unidades policiales, fiscales y judiciales especializadas. También se constituyó una Procuraduría Ad-Hoc para defender los intereses del Estado ante estas instancias.

Sin embargo, los años posteriores no han aportado cambios sustanciales en esa legislación de emergencia. Es así que en el período que estamos revisando sólo se han promocionado tres reformas importantes:

La **Ley 28088** del 11 de octubre de 2003 que modifica el régimen de exclusión y revocación de beneficios por colaboración eficaz para gestores y líderes principales de las organizaciones criminales; autores y partícipes de delitos contra los derechos humanos y funcionarios de alto nivel de la administración pública.

La **Ley 28355** del 6 de octubre de 2004 que modifica 11 artículos del Código Penal relativos a la tipificación de delitos sobre integración en organizaciones delictivas y cohecho, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito (Artículos 317.º, 393.º, 394.º, 395.º, 396.º, 397.º, 398.º, 399.º, 400.º y 401.º). El rasgo común de todas estas reformas radica en el incremento considerable de las penas conminadas. Así, por ejemplo, el delito de integración en organizaciones delictivas en su supuesto agravado del párrafo segundo del artículo 317.º del Código Penal, tiene ahora una pena conminada máxima de 35 años de pena privativa de libertad. Por su parte el cohecho pasivo del artículo 393.º del Código Penal, tiene un máximo de penalidad conminada de 10 años de pena privativa de libertad.

La **Ley 28420** del 16 de diciembre de 2004 dispuso el uso de locutorio para la recepción y atención de visitas en los establecimientos especiales de máxima seguridad como el Centro de Reclusión de la Base Naval donde cumple detención Vladimiro Montesinos Torres, principal imputado por los delitos de corrupción cometidos durante la década anterior. Con esta medida se pretendía neutralizar

cualquier intercambio de información con fines ilícitos entre los visitantes y de dicho procesado.

Ahora bien, **en cuanto al delito de terrorismo** los principales cambios ocurridos en su legislación especial fueron consecuencias de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que anuló los procesos por traición a la patria y los realizados ante tribunales sin rostro. En igual sentido el Tribunal Constitucional peruano declaró inconstitucional varios artículos del Decreto de Ley 25475 y dispuso que se emitiera una nueva legislación acorde con los derechos y garantías procesales reconocidos en la Constitución. Entre las reformas producidas debemos citar por su importancia a las siguientes:

El **Decreto Legislativo 921** del 18 de enero de 2003. Estas normas incorporaron en el Código de Ejecución Penal un nuevo beneficio penitenciario de "*Revisión de la Pena Cadena Perpetua*" (Artículo 59.ºA). Mediante él se establece que dicha pena indeterminada "*será revisada de oficio o petición de parte cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad por el órgano jurisdiccional...*". De esta manera el condenado a esta sanción, previo procedimiento y audiencia especial, podría ser liberado al darse por resuelta o cumplida la sentencia. Sin embargo, si la decisión judicial fuese contraria a la excarcelación la pena será revisada nuevamente cada año observando el mismo procedimiento. El Decreto Legislativo 921 también afectó a los artículos del Decreto Legislativo 25475 que no consignaban en su pena conminada un máximo legal. En estos casos de penas temporales se señaló que los máximos de pena serían equivalentes a cinco años más sobre el extremo mínimo de la sanción. De ese modo el tope de una pena privativa de libertad temporal para delitos de terrorismo se estableció en 35 años.

El **Decreto Legislativo 922** del 12 de febrero de 2003 anuló los procesos por delito de traición a la patria vinculados a actos de terrorismo. Paralelamente se estableció un régimen transitorio para la revisión de penas y sentencias por delitos de apología del terrorismo y otros supuestos delictivos que fueron observados por el Tribunal Constitucional. Por último, el legislador reguló un régimen procesal para el delito de terrorismo más acorde con las garantías y exigencias del debido proceso, a la vez que fortaleció las facultades disciplinarias de los órganos jurisdiccionales para controlar toda acción perturbadora del normal desarrollo de la audiencia.

El **Decreto Legislativo 925** del 20 de febrero de 2003 modificó la Ley 27378, estableciendo normas especiales para la aplicación o denegatoria de beneficios por colaboración eficaz a los autores o partícipes en actos de terrorismo. Al respecto se señaló que los procesados que hubieran sido beneficiados con los Decretos Leyes 25499, 26220 y 26345 sobre arrepentidos, y que cometieron un nuevo delito ya no podían acogerse a los beneficios por colaboración eficaz regulada en la ley 27378.

El **Decreto Legislativo 926** del 20 de febrero de 2003 dispuso la anulación de los procesos por delito de terrorismo seguidos ante magistrados con identidad secreta y

por haberse impedido la recusación con la prohibición establecida por el inciso h) del artículo 13.º del Decreto Ley 25475. Esta última disposición fue declarada inconstitucional en la sentencia recaída en la cauda N.º 010-2002-AI/TC. Este Decreto Legislativo también señaló en su artículo 4.º que la anulación de los juicios y condena no generaba la excarcelación de los imputados ni la suspensión de los mandatos de captura existentes. Asimismo, los plazos de detención deberían de contarse a partir de la resolución que declaraba la nulidad del proceso anterior.

Reformas relativas a delitos convencionales violentos

Las modificaciones sobre delitos comunes han incidido esencialmente en aquellos ilícitos que motivan mayor sensación de inseguridad ciudadana y que son generalmente difundidos por los medios de comunicación. En tal sentido se han producido reformas en los delitos contra la libertad sexual y en los delitos de extorsión y secuestro. La característica común de estas modificaciones es su orientación sobrecriminalizadora y su ostensible función simbólica. Cabe anotar que en ese contexto la **Ley 27933** del 12 de marzo de 2003 ha constituido un sistema nacional y multisectorial de planificación de programas de seguridad ciudadana. Veamos ahora algunos detalles de tales reformas:

La **Ley 28251** del 8 de junio de 2004 introdujo modificaciones en las penas de los delitos de violación, actos contra el pudor y estupro fraudulento. Asimismo, incorporó nuevos delitos para sancionar el turismo sexual y la de la pornografía infantil (Artículos 179.ºA, 181.ºA y 182.ºA). Cabe anotar que mediante la **Ley 27942** del 27 de febrero de 2003 se promulgó la "*Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual*". Sin embargo esta ley tiene efectos fundamentalmente en el ámbito laboral y en los institutos castrenses. Recientemente, la **Ley 28704** promulgada el 3 de abril de 2006 volvió a incidir en la penalidad de los delitos sexuales comprendidos entre los artículos 170.º a 177.º del Código Penal. Esta ley elevó las penas del delito de violación de personas mayores de edad que ahora fluctúa entre 6 a 18 años de pena privativa de libertad; y de violación de menores de 10 años de edad. En este último supuesto la pena sería cadena perpetua. El delito de actos contra el pudor de menores también incrementó sus sanciones siendo la penalidad entre 5 a 10 años de pena privativa de libertad. Ahora bien, la ley 28704 prohíbe el indulto, el derecho de gracia, la conmutación de penas y los beneficios penitenciarios para los delitos contra la libertad sexual en agravio de menores de 14 años de edad. En el caso de los delitos de violación y violación presunta de personas mayores de 14 años, el beneficio de redención de pena por el trabajo y la educación tendrá una escala de redención de un día de pena por cada 5 jornadas de trabajo o educación.

La **Ley 28353** del 6 de octubre de 2004 modificó la penalidad del delito de extorsión (artículo 200.º C. P.). Sin embargo, actualmente se debate en el Parlamento un Proyecto de Ley dirigido a reprimir con mayor severidad el delito de secuestro con penas privativas de libertad de hasta 35 años y sin derecho a acceder a beneficios penitenciarios. En el Perú la judicatura y los medios de prensa identifican los actos de secuestro (artículo 151.º C. P.) con las formas de extorsión con mantenimiento en rehén. De allí que ante el incremento de este tipo de conductas, la reforma proyectada debería de incidir nuevamente en el artículo 200.º o, en todo caso, incorporar un supuesto de secuestro extorsivo en el artículo 151.º del Código Penal.

Reformas en los delitos económicos

En este dominio los principales cambios producidos han afectado a los delitos aduaneros mediante la **Ley 28008** del 16 de junio de 2003. Al respecto es de señalar que los actos de contrabando tendrán la calidad de delito aduanero sólo si el valor de las mercancías objeto de delito supera el equivalente a dos unidades impositivas tributarias. La legislación anterior en la **Ley 26461** solo consideraba la configuración del delito de contrabando si las mercancías tenían un valor superior a cuatro unidades impositivas tributarias.

La ley 28008 ha reformulado también los actos de receptación de delitos aduaneros y las disposiciones sobre consecuencias accesorias. Otro cambio relevante ha sido el introducido con la **ley 28289** del 20 de julio de 2004 que modificó los artículos 217.º a 219.º del Código Penal para reprimir con mayor severidad los actos de piratería fonográfica.

Otras reformas en el Código Penal

En el período 2003-2006 también se han producido otras modificaciones como las siguientes:

La **Ley 27936** del 12 de febrero de 2003 modificó el artículo 20.º incisos 2.º y 3.º para flexibilizar las exigencias de la verificación de los presupuestos para la operatividad de los justificantes de legítima defensa y de actuar por disposición de la ley.

La **Ley 28189** del 18 de marzo de 2004 para complementar la eficacia y el control de la donación y transplante de órganos y tejidos. Esta ley incorpora un nuevo supuesto de secuestro agravado basado en la motivación del delito que sería la obtención de tejidos somáticos de la víctima. También se incluye el artículo 318.ºA para sancionar la intermediación para la venta de órganos y tejidos humanos.

La **ley 28190** del 18 de marzo de 2004 modificó el artículo 128.º del Código Penal sobre exposición a peligro de personas dependientes para sancionar el acto de promoción y explotación de la mendicidad infantil.

Finalmente, con la **ley 28376** del 10 de noviembre de 2004 se incorporó el artículo 288.ºB para reprimir la fabricación y la comercialización de productos o juguetes tóxicos peligrosos.

Lamentablemente el Código Penal pese a las reformas producidas carece todavía de un artículo que defina los límites genéricos de duración de la pena privativa de libertad temporal, ya que el artículo 29.º que regulaba tales límites fue suprimido por el efecto de una sentencia del Tribunal Constitucional que declaró contrario a la carta fundamental el Decreto Legislativo 895.

Reformas de la legislación procesal

El cambio más importante en este nivel es la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal a través del **Decreto Legislativo 957** del 29 de julio de 2004. Esta nueva regulación procesal incorporó un modelo acusatorio adversarial que delega en el Ministerio Público la responsabilidad de la investigación del delito. El nuevo Código, sin embargo, tiene una secuencia de vigencia parcial y por etapas para los Distritos Judiciales del país. Es así que desde febrero están vigentes las normas sobre el procedimiento especial de terminación anticipada del proceso (Artículos 468.º a 471.º) y el Libro Séptimo sobre Cooperación Judicial Internacional en Materia Penal.

En cuanto a su vigencia integral su aplicación comenzará en el mes de julio del presente año y en el Distrito Judicial de Huaura al norte de Lima.

Ahora bien, algunos cambios comprendidos en el Código Procesal Penal de 2004 han sido adelantados a través de leyes como la **28117** del 10 de diciembre de 2003, la **28122** del 16 de diciembre de 2003 y el **Decreto Legislativo 959** del 17 de agosto de 2004.

Polonia

Prof. Dra Barbara Kunicka-Michalska

*Instituto de Ciencias Jurídicas De la Academia Polaca de Ciencias
Varsovia*

En el período de los años 2003-2006 en Polonia se han realizado numerosas enmiendas al Código Penal, al Código de Procedimiento Penal, al Código Penal Ejecutivo, al Código Penal Fiscal así como a las leyes complementarias.

A. En la Parte General del Código Penal:

I. Se cambiaron normas concernientes a las medidas penales:

1) Se modificó la norma sobre el decomiso para hacerlo más eficaz (la Ley del 13 de junio de 2003, Dz.U. No 111, pos.1061). Se trata del decomiso (confiscación) de

los objetos provenientes del delito o los que sirvieron o fueron destinados a la comisión del delito y de los beneficios provenientes del delito (arts.44-45 y art. 39 punto 4 del Código Penal polaco).

2) A base de la Ley del 8 de octubre de 2004 (Dz.U.No 243, pos.2426) se ha modificado la regulación sobre la prestación pecuniaria para los fines sociales relacionados con la protección de la salud, o del medio ambiente o con la ayuda para las víctimas de los accidentes del tráfico. Esta prestación pecuniaria se llama en Polonia "nawiazka" (ver los arts. 47 y 48 del CP polaco; el art. 47a se derogó).

3) Por la misma Ley del 8 de octubre de 2004 se cambiaron también las normas del CP relacionadas con la otra prestación pecuniaria con fines sociales o, entre otras cosas, con la ayuda para las víctimas de los accidentes del tráfico (ver arts. 49 y 49a del CP polaco).

4) Se cambió la medida penal, la publicación de la sentencia (art. 50 del CP polaco). Por la Ley del 27 de julio de 2005 (Dz.U.No 163, pos.1363) se ampliaron las posibilidades de la aplicación de esta medida.

5) Se introdujeron por la Ley del 27 de julio de 2005 nuevas medidas penales, tales como:

la prohibición de la actividad relacionada con la educación, tratamiento médico, así como la educación de las personas menores de edad o la tutela sobre ellas; la obligación de abstenerse de permanecer en determinados ambientes o lugares, la prohibición de contactarse con determinadas personas o la prohibición de abandonar determinado lugar de permanencia sin el consentimiento del juez (del tribunal). (Ver art. 39 punto 2a y 2b, art. 41 par. 1a y 1b, art. 41a, art. 43 par. 1, y arts. 84 par. 2, 84 a, 90 par. 2 del CP polaco).

II. Se aprobó la nueva Ley sobre la lucha contra la violencia en la familia del 29 de julio de 2005 (Dz.U. No 180, pos. 1493), por la cual se introdujeron algunas enmiendas en la Parte General del CP polaco. A parte del cambio de algunas nuevas medidas penales (art. 41a del CP), se introdujeron unas nuevas medidas probatorias dictadas en el caso del sobreseimiento condicional de la causa penal y en el caso de la condena condicional (suspensión condicional de la ejecución de la pena).

En el caso del sobreseimiento condicional de la causa, a parte de las medidas aplicadas antes de la modificación, se puede aplicar la nueva obligación de abstenerse de contactarse de una manera determinada con el perjudicado u otras personas (art. 67 par. 3 del CP polaco en relación con el art. 72 par. 1 punto 7a de este Código). Entonces, la lista de las medidas impuestas al autor de delito se amplió.

En los casos de condena condicional las nuevas medidas probatorias son las siguientes: la obligación de someterse a la actividad terapéutica o a la participación en los programas educativo-correctivos (art. 72 par.1 punto 6 del CP polaco); la obligación de abstenerse de contactarse de una manera determinada con el perjudicado u otras personas (art. 72 par. 1 punto 7a del CP polaco) y la obligación de abandonar el local utilizado junto al perjudicado (art. 72 par. 1 punto 7b del CP polaco). Con estas medidas nue-

vas se ha ampliado la lista de obligaciones las cuales pueden ser impuestas al condenado en el caso de la condena condicional. Si se trata de la condena condicional también por la Ley del 27 de julio de 2005 se ha ampliado la vigilancia obligatoria, abarcando los casos de los autores de los delitos cometidos en relación con la alteración de las preferencias sexuales (art. 73 par.2 del CP polaco).

III. Por la Ley del 27 de julio de 2005 (Dz.U. No. 163, pos. 1363) se cambiaron algunas normas del CP polaco, dedicadas a las medidas de seguridad. Entonces, se introdujo el nuevo art. 95a del CP, según el cual, el juez (el tribunal), condenando al autor del delito con la pena de privación de la libertad (sin condena condicional) por el delito contra la libertad sexual cometido en relación con la alteración de sus funciones psíquicas de fondo sexual, diferente a la enfermedad psíquica, puede dictar la ubicación del autor del delito en el centro cerrado o dirigirlo al tratamiento en un ambulatorio, después de cumplir esta pena (ver también el par. 2 y 3 del art. 95a y el art. 99 del CP polaco, también cambiado por la misma ley).

IV. Se introdujeron cambios en el art. 63 par. 2 del CP polaco, relacionados con contar las medidas preventivas a cuenta de algunas medidas penales (la Ley del 27 de Julio de 2005).

V. Por la Ley del 16 de abril de 2004 (Dz.U.No 93, pos. 889) se introdujo al CP polaco la definición del delito de carácter terrorista (art. 115 par.20 del CP polaco), y en relación con esto, se cambió el art. 65 del CP polaco sobre la agravación de la pena.

VI. La enmienda muy importante se relaciona con la prescripción de los delitos. Por la Ley del 3 de junio de 2005 (Dz.U. No 132, pos.1109) se han cambiado las normas sobre la prescripción; los períodos de la prescripción fueron prolongados (arts. 101 y 102 del CP polaco).

VII. De manera importante se cambiaron también las normas sobre la cancelación de antecedentes penales. Se introdujo el nuevo art. 106a del CP polaco, según el cual no hay cancelación de la condena con la pena privativa de la libertad (sin suspensión condicional de su ejecución) por el delito contra la libertad sexual y las buenas costumbres, si la víctima tenía menos de 15 años de edad (la Ley del 27 de julio de 2005).

VIII. También las normas del CP polaco sobre la responsabilidad por los delitos cometidos en el extranjero sufrieron cambios. Es decir, se han enmendado el art. 112 del CP polaco que trata sobre la aplicación de la ley polaca de manera independiente de la ley vigente en el lugar de la comisión del delito y, el art. 114 del CP polaco sobre las sentencias extranjeras (la Ley del 18 de marzo de 2004, Dz.U. No 69, pos. 626).

IX. Se introdujeron los cambios en el Capítulo XIV del CP polaco que comprende "la explicación de los términos de la ley". A parte de la introducción de la definición del delito de carácter terrorista, ya mencionada, se ha cambiado la definición del beneficio material y personal (art. 115 par.4 del CP polaco), por la Ley del 13 de junio de 2003 (Dz.U.No 111, pos.1061) y la definición del funcionario

público (art. 115 par. 13 del CP polaco) por la Ley del 23 de enero de 2004 sobre el orden electoral al Parlamento Europeo (Dz.U. No 25, pos. 219) y por la Ley del 28 de julio de 2005 sobre la modificación del Código Penal Fiscal y algunas otras leyes (Dz.U. No 178, pos.1479). Se ha cambiado también la definición del documento (art. 115 par.14 del CP polaco) por la Ley del 18 de marzo de 2004 (Dz.U.No 69, pos.626). Se ha introducido igualmente la definición de la persona que ejerce la función pública, como la definición más amplia que la del funcionario público (art. 115 par.19 del CP polaco) por la Ley del 13 de junio de 2003 (Dz.U. No 111, pos.1061).

B. Fueron numerosas las enmiendas a la Parte Especial del CP polaco:

I. Estas enmiendas se refieren a los delitos contra la vida y la salud (al art. 148 par. 2 y al art. 156 par. 1 del CP polaco), contra la seguridad colectiva (al art. 165 del CP polaco), contra la seguridad del tráfico (a los arts. 178 y 178a del CP polaco).

II. Muchos cambios se han introducido en el Capítulo XXV del CP polaco sobre los delitos contra la libertad sexual y las buenas costumbres. Algunas enmiendas, ya indicadas, las cuales se referían a la Parte General del CP polaco fueron relacionadas con estos cambios en la Parte Especial. Se cambiaron normas sobre la violación (art. 197 del CP polaco), sobre el abuso en la relación de dependencia o el aprovechamiento de la situación crítica (art. 199 del CP polaco), sobre la pedofilia (art. 200 del CP polaco), sobre la pornografía (art. 202 del CP polaco). Ver también el art. 205 del CP polaco. Se trataba sobre todo de la Ley del 27 de julio de 2005. Esta Ley tenía el título oficial de “la Ley sobre los cambios del Código Penal, del Código de Procedimiento Penal y del Código Penal Ejecutivo”, pero popularmente fue llamada “la Ley contra la pedofilia”, aunque regulaba también otras cuestiones.

III. Se cambió la norma sobre el delito de noalimentación (art. 209 del CP polaco) por la Ley del 22 de abril de 2005 (Dz.U.No 86, pos.732).

IV. Muy importantes fueron los cambios relacionados con la corrupción. A parte de las enmiendas concernientes a la definición del funcionario público y a la definición de la persona que ejerce la función pública, de las cuales ya se ha dicho, se cambiaron los artículos en la Parte Especial del CP polaco referentes al cohecho pasivo y al cohecho activo (arts. 228 y 229 del CP polaco) por la Ley del 13 de junio de 2003; a la protección pagada (art. 230 del CP polaco). Por la misma Ley se introdujo la norma nueva sobre el tráfico de influencias (art. 230 a del CP polaco).

Por la mencionada arriba Ley del 13 de junio de 2003 se introdujo al CP polaco la norma nueva sobre la corrupción electoral (art. 250a del CP) y sobre la corrupción en el deporte (art. 296b del CP), así como sobre la corrupción en el sector privado (art. 296a del CP polaco).

V. En relación con los cambios introducidos en el catálogo de las medidas penales mencionadas se cambió la

norma del art. 244 del CP polaco que prevé el delito contra la administración de justicia (la Ley del 27 de julio de 2005).

VI. Por la Ley del 23 de enero de 2004 (Dz.U. No 25, pos. 219) se han cambiado algunas regulaciones del CP polaco sobre los delitos contra las elecciones y el referéndum (arts. 248 y 249 del CP polaco).

VII. Se ha cambiado el art.258 del CP polaco relacionado con la delincuencia organizada, lo que estaba relacionado, entre otras cosas, con la introducción al CP polaco de la definición del delito de carácter terrorista, del cual ya se ha dicho, la Ley del 16 de abril de 2004 (Dz.U. No 93, pos.889).

VIII. A base de las Leyes del 16 de abril de 2004 y del 22 de abril de 2005 se han cambiado las regulaciones en la material de delitos relacionados con el pasar la frontera (art. 264 del CP polaco) y se introdujo la norma nueva sobre el delito de dar la posibilidad o facilitar la estancia en Polonia con el objetivo de obtener beneficio material (art. 264a del CP polaco).

IX. Muchos cambios se realizaron en el Capítulo XX-XIII del CP polaco sobre los delitos contra la protección de la información (en esto sobre los cibercrimes –delitos informáticos–). Se cambiaron algunas normas, antes existentes, y se introdujeron nuevas normas (la Ley del 18 de marzo de 2004, Dz.U.No 69, pos.626). También se ha cambiado la norma sobre el fraude informático que es el delito contra el patrimonio (art.287 del CP polaco), por la misma Ley.

X. Se ha cambiado la regulación sobre el fraude en las dotaciones, subvenciones, etc. –art. 297 del CP polaco– (la Ley del 18 de marzo de 2004).

XI. Se han cambiado algunos artículos en la Parte Militar del CP polaco (la Ley del 11 de septiembre de 2003, Dz.U. No 179, pos.1750).

XII. Las enmiendas al Código de Procedimiento Penal fueron numerosas. En 2003 las normas del CPP polaco fueron cambiadas por 3 leyes, en 2004 por 4 leyes, en 2005 por 9 leyes. Algunas de estas leyes introdujeron cambios en numerosas regulaciones del CPP. La más amplia fue una ley de 2003 (la gran reforma del CPP polaco), por la cual se introdujeron cerca de los 270 cambios al CPP polaco (Dz.U. No 17, pos.155). En mi opinión especialmente importantes fueron las enmiendas por las cuales se introdujeron al CPP polaco las regulaciones sobre la orden europea de detención y entrega (por la Ley del 2004, Dz.U.No 69, pos. 626, se introdujo al CPP polaco dos Capítulos nuevos, es decir el Capítulo 65a y el 65 b). Uno de los nuevos artículos (art. 607t) fue considerado como no constitucional por el Tribunal Constitucional Polaco en la sentencia del día 27 de abril de 2005, ya que el art. 55.1 de la Constitución establece que la extradición del ciudadano polaco está prohibida. Aunque se cambiaron normas del CPP sobre la extradición, no se cambió el art. 55.1 de la Constitución polaca. Muy importante fue también la introducción al CPP polaco de las regulaciones sobre la cooperación con la Corte Penal Internacional, la Ley del

2004, Dz.U. No 240, pos. 2405 (el Capítulo nuevo 66a del CPP polaco –arts. 611g a 611s–).

XIII. Profundas reformas sufrió también el Código Penal Fiscal y el Código Penal Ejecutivo. No es posible presentarlas en este corto informe.

XIV. También las leyes complementarias sufrieron reformas. Por ejemplo se aprobó la nueva Ley sobre la compensación estatal para las víctimas de algunos delitos intencionales; se aprobó la Ley ya mencionada sobre la lucha contra la violencia en la familia; se ha reformado profundamente las normas sobre la lucha contra la narcomanía, se aprobó la Ley nueva del 29 de julio de 2005, Dz.U.No 179, pos. 1485 (por la Ley del 12 de febrero de 2006 fue enmendada).

XV. Una parte de las reformas indicadas se relaciona con la implementación al Derecho interno de las regulaciones del “Derecho europeo” o del derecho internacional, pero hay también numerosas enmiendas “propias”, introducidas con el objetivo de mejorar vigentes soluciones jurídicas.

XVI. Si se trata de las iniciativas legislativas del “último momento” vale la pena indicar las más importantes:

se ha elaborado el proyecto de la ley sobre el Nuevo Buró Central para la Anticorrupción;

se ha elaborado el proyecto de la ley por la cual se introduce en el Código de Procedimiento Penal los procedimientos urgentes en los casos de algunos delitos no graves, y por la cual se introduce en el Código Penal la definición del gamberrismo;

se ha elaborado el proyecto de la ley, por la cual se introduce al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal la nueva medida, la vigilancia electrónica, para limitar la ejecución de las penas cortas de privación de la libertad en la prisión y el campo de aplicación del arresto preventivo;

se van a cambiar también las reglas sobre el derecho a obtener la gracia;

el Sejm (la Cámara de los Diputados) trabaja actualmente sobre el proyecto del Código Penal llamado “el proyecto ciudadano” del Código Penal, con el fin de reformar profundamente al Código Penal vigente y aprobar el Código nuevo. Es el proyecto elaborado ya en el año 2002 por los Diputados del Partido que actualmente está en el Gobierno. El día 22 de marzo de 2006 este proyecto fue presentado de nuevo al Sejm de la nueva legislatura.

República Dominicana

Prof. Ana Cecilia Morún Solano

A partir del año 2002 en República Dominicana se iniciaron una serie de reformas en el ámbito penal y procesal, tendentes a mejorar, y poner a tono con los tiempos modernos, nuestro ordenamiento jurídico penal.

Estas reformas se inician de manera principal el 27 de septiembre del año 2002, con la promulgación de la **LEY N.º 76-2**, que crea el nuevo **Código Procesal Penal de la República Dominicana**, cuya vigencia ocurre a partir del año 2004.

Esta nueva normativa es una reforma completa porque introduce nuevos sujetos procesales, aplicando normas internacionales vigentes, que representan avance y desarrollo, en la aplicación de las concepciones penales, y nos abre las puertas de los nuevos tiempos, porque presenta como un objetivo principal y fundamental el hecho de ir a juicio con un proceso prácticamente listo, y donde faltaría, escuchar los alegatos de las partes, la confrontación necesaria e imprescindible de éstas, con las pruebas, y en consecuencia estar en plena capacidad y conocimiento jurídico de tomar las decisiones procesales que amerite.

Debemos señalar, que fueron innumerables las razones para iniciar el proceso de reformas penales en República Dominicana, pero cabe destacar entre éstas, de forma principal, en lo que respecta a la transformación total de nuestro proceso penal, a la pretensión de humanizar la ejecución penal, de mantener protegidos (sin ningún escape) los derechos humanos de los ciudadanos, y tratar de evitar el aumento alarmante de la criminalidad y violencia, que estamos viviendo en los actuales momentos, y el respeto, mantenimiento y seguridad del debido proceso, entre otras.

Las razones precitadas anteriormente son las consideradas esenciales para el cambio de nuestro ordenamiento jurídico procesal, éstas y muchas más, que no hemos mencionado, son razones de importancia, que este nuevo Código Procesal Penal, tiene como objetivo primordial, mantener; ahora bien, nuestra opinión personal, es que los resultados de todo estos cambios, todavía no hemos podido apreciarlos, porque a pesar de que su vigencia es del mes de septiembre de 2004, todavía nos encontramos inmersos en el proceso de implementación y readecuación, porque nuestras instituciones requieren múltiples recursos, que por nuestra condición de País subdesarrollado, estos recursos tardan en llegar, principalmente, siendo de esta tardanza víctima los actores del día a día de este proceso.

Para ir acorde con la reforma de nuestro sistema judicial, hemos tenido que adecuar otras figuras y actores de nuestro ordenamiento jurídico penal y procesal, para que también se desarrollen, y se pueda lograr el establecimiento de una verdadera organización jurídica, que sea sólida, coherente y respetuosa de los derechos individuales y sociales, imprescindibles para un desarrollo real de la sociedad.

Es por estas cuestiones, que a partir del año 2002, con el Código Procesal Penal, se inician una serie de cambios y promulgaciones de leyes tendentes a que nuestro sistema judicial se desarrolle sin vacilaciones.

El 15 de abril del año 2003, el Poder Ejecutivo promulga la **LEY N.º 78-03**, la cual aprueba el **Estatuto del Mi-**

nisterio Público, esto porque el Ministerio Público, es considerado uno de los actores principales del proceso penal, teniendo éste una participación de gran importancia, que hace necesario e imprescindible, su real fortalecimiento institucional, para que su único y real propósito, que es el de ejercer la acción pública, pueda realizarlo apegado a la defensa de los intereses sociales, para la garantía de la protección de los derechos humanos y la paz pública.

El 28 de enero del año 2004, el Poder Ejecutivo promulga la **LEY N.º 96-04**, que es la **Ley Institucional de la Policía Nacional**, cuya finalidad esencial de esta institución, es decir, de la policía nacional, es la protección de la integridad física, la seguridad de las personas, la garantía, preservación de los derechos y libertades individuales y sociales, la prevención del delito, el cumplimiento total de la ley, entre otras, para el mantenimiento de la paz social, y el desarrollo en todos los ordenes de la sociedad. Esta ley, tiene entre sus objetivos principales, la capacitación y desarrollo, de la institución policial, como elemento importante para el real y efectivo funcionamiento del nuevo ordenamiento jurídico procesal, por ser esta institución otro actor de importancia en toda la reforma judicial de nuestro país.

El 12 de agosto del año 2004, el Poder Ejecutivo promulgó, la **LEY N.º 277-04**, que crea el **Servicio Nacional de la Defensa Pública**; considerando la Defensa Pública otro actor de importancia en esta reforma del sistema judicial; esto porque el derecho de defensa, es un derecho constitucional, y una pieza clave para el debido proceso, y por ende del desarrollo institucional de una nación.

En el año 2003, el Poder Ejecutivo promulgó la **LEY N.º 136-03**, que crea el **Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de los Niños, Niñas y Adolescentes de la República Dominicana**, este nuevo ordenamiento jurídico, incluye figuras jurídicas nuevas, que nunca habían sido previstas en leyes anteriores que trataban el tema de los niños, niñas y adolescentes, esta nueva legislación es totalmente acorde con los nuevos tiempos, donde se crea todo un sistema de protección, que cubre todo lo reativo a las situaciones nuevas, que se presentan cada día en una sociedad como la nuestra, con el objetivo principal de lograr la institucionalidad, y una verdadera y completa protección de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por ser éstos una de las partes más vulnerables de una sociedad, y en la cual descansa nuestro futuro como nación.

Turquía

Bariş Erman¹

*Universidad Estambul, Facultad de Derecho,
Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*

Introducción

En los últimos años se realizaron reformas drásticas en el sistema jurídico turco. La intención del legislador turco de cumplir con las exigencias del proceso de armonización con el derecho europeo se unificó con los requisitos sociales que eran el producto de un sistema penal y procesal añejo. En 2005, el legislador codificó nuevas leyes: el Código Penal (CP, Ley 5327), el Código Procesal Penal (CPP, Ley 5271) y el Código de la ejecución de las penas (CEP, Ley 5275) han sido completamente renovados, imponiendo un sistema penal enteramente diferente. Por este motivo intentaremos sumar los cambios básicos que han resultado de estas leyes. Sin embargo, hemos de aclarar que las reformas penales no son limitadas a las que son indicadas en este informe.

I. Derecho Penal

Mayores modificaciones se realizaron en la parte general así como en la parte especial del derecho penal. El CP antiguo (de 1926) estaba inspirado en el Código Penal italiano 1889 (Codice Zanardelli). A pesar de haber sido cambiado varias veces, ese código representó el sistema clásico y estaba fundado sobre la concepción causalista del injusto. Con el nuevo CP el legislador abandonó la tradición italiana y aceptó un sistema que no era la adopción íntegra de un código penal europeo, sino que contenía disposiciones de varias doctrinas y sistemas penales. Sin embargo, en el nuevo CP de 2005 se percibe la influencia del finalismo.

A. Parte General

1. El “predominio” de la parte general del nuevo CP turco

Una peculiaridad del nuevo CP turco es el art. 5, según el cual *“las disposiciones de la parte general de este código serán aplicadas a las leyes penales especiales y a los tipos delictivos en otras leyes”*. Aunque esta regla puede ser comparada con el artículo 9 del CP español, se difiere de ello en que la disposición turca no está limitada a las garantías y principios generales, pero se extiende a todas regulaciones de la parte general. En otras palabras, con esta regla la parte general del nuevo CP obtiene una superioridad o un “predominio” sobre otras leyes penales, ya que los tipos delictivos fuera del CP serán sumisos a todas las disposiciones generales del CP, sin excepción². Esta decisión del legislador es criticada por la mayoría de la doctrina³.

2. El dolo, la imprudencia y el error

Entre las modificaciones realizadas en la parte general del CP, la más amplia ha sido efectuada en el área de la culpabilidad. El dolo, el dolo eventual, la culpa conscientemente son conceptos que han sido por primera vez definidos

en el CP. Según el art. 21/1 del CP, obra dolosamente el que “conozca e intente la realización de los elementos típicos definidos en el tipo delictivo”. El segundo apartado del mismo artículo está dedicado al dolo eventual, que, en el sistema del nuevo CP, no sólo significa el límite inferior de la responsabilidad por el hecho doloso, sino también afecta el castigo, como una circunstancia atenuante del hecho. Según el art. 21/2, “*el que, habiendo previsto la probabilidad de que los elementos típicos pudiesen ocurrir, no obstante realice el hecho, obra con dolo eventual. En este caso, el perpetrador será castigado a cadena perpetua en lugar de cadena perpetua agravada, a prisión de 20 a 25 años en lugar de cadena perpetua; otras penas serán atenuadas desde un tercio hasta la mitad de la pena original*”. Esta formulación del dolo eventual está asociada con la teoría de la probabilidad⁴. Sin embargo, la mayoría de la doctrina turca es partidaria de las varias teorías de la voluntad y sostiene su posición, fundándola en la exposición de motivos del mismo artículo, en el que el legislador declara que “*el que actúa con dolo eventual se habrá contentado con la realización de los elementos típicos*”⁵.

Otra reforma importante es la definición de la culpa consciente en el art. 22/3. Según esta regla, “*obra con culpa consciente el que prevea el resultado típico y lo cause sin intención*”. Esta disposición entró en el CP antiguo con la ley 4785 en 2003 y ha sido mantenida en el nuevo CP. Sin embargo, existe un fuerte debate en la doctrina sobre cómo interpretar esta definición. De hecho, el legislador no mencionó ningún criterio aparte de que el perpetrador prevea el resultado típico. No referencia a la confianza del autor de que el resultado no sucediere, esta disposición lleva el riesgo de confusión con el dolo eventual, ya que ninguno de esos artículos requiere además del cumplimiento de los elementos cognitivos del tipo⁶.

La culpa consciente también afecta el castigo, pero en su caso como una circunstancia agravante. Según el art. 22/3, “*en este caso la pena del delito imprudente será agravada desde un tercio hasta la mitad de la pena original*”. Además, en caso de lesiones que son hechos, por lo general, perseguibles a solicitud de parte, el requisito de la solicitud no será exigido (art. 89/5).

Una reforma en el área de la imprudencia es la regla del art. 23, según la cual la responsabilidad de los delitos calificados por el resultado depende de que el autor cause el resultado con imprudencia como mínima exigencia.

El CP nuevo definió primera vez el error. Según el art. 30 existen tres formas de error: error de tipo, error de prohibición y error sobre “los presupuestos materiales de las causas que atenúan o eximen de la responsabilidad criminal”. En el art. 30/1, que define el error de tipo, está constatado que “*no obra dolosamente el que, durante la perpetración de un delito no conozca el suceso de los elementos materiales de un tipo delictivo; la responsabilidad del hecho imprudente se impondrá, en su caso, sin perjuicio*”. Pese haber sido formulado en forma diferente, el sentido de esta disposición es claramente paralelo al art. 14/1 del CP español, implicando que en casos del error de

tipo vencible, el autor podrá ser castigado de su hecho imprudente, si existe un tipo de delito imprudente que corresponda a este hecho. El apartado siguiente es comparable con el art. 14/2 del CP español, regulando las circunstancias agravantes y los hechos cualificados de infracciones, prescribiendo que en estos casos “*el autor se beneficiará de su error*”.

El art. 30/3 contiene una disposición sobre el error sobre los presupuestos materiales de las circunstancias que atenúan o eximen de la responsabilidad criminal, que son las causas de justificación, las causas de exculpación y otras circunstancias que afectan la responsabilidad criminal, tal como la minoría de edad, una disminución en las facultades mentales y el consumo de drogas y/o de alcohol. Es un hecho constante que en estos casos “*el autor se beneficiará de su error invencible*”. La falta de regulación del error vencible llevó a una discusión en la doctrina. Mientras que la mayoría defiende la posición de la teoría limitada de la culpabilidad, viendo una laguna en el artículo, algunos autores, por otra parte, interpretan la misma disposición como una decisión consciente del legislador por la teoría estricta de la culpabilidad. Si prevaleciera el primer punto de vista, es evidente que la regla del apartado antecedente sobre que la responsabilidad del hecho imprudente se impusiera será aplicada por analogía.

El CP antiguo no aceptaba ningún efecto del error de prohibición. Aunque el legislador mantuvo el principio de que la “*ignorancia de las leyes penales no excusa*” en el artículo 4 del CP nuevo, esta regla tiene una excepción en el art. 30/4 sobre el error de prohibición, según el cual “*no será castigado el que caiga en un error invencible sobre la ilicitud de su hecho*”. El caso del error vencible no ha sido previsto en esta regulación, pero una interpretación conjunta con el art. 4 muestra que no existe una laguna como en el apartado antecedente. Debe quedar claro que el autor no recibirá ninguna atenuación de la pena en caso de un error vencible de prohibición. Esta situación constituye claramente una violación del principio de culpabilidad y debería ser modificada.

3. Penas y medidas de seguridad

El sistema de sanciones representa un área importante en la reforma penal turca. Pero la reforma en este campo no empezó con la adopción del nuevo CP. La ley 5218 de 14.07.2004 abolió la pena de muerte, replazándola por la cadena perpetua agravada, que significa que el régimen de la libertad condicional no será aplicado a quienes reciban esta pena. La pena capital no había sido ejecutada desde 1984 y tras varias modificaciones ya había sido limitada a los casos de guerra y terrorismo. Después de abolir la pena capital, el parlamento turco ratificó el protocolo número 13 del CEDH.

El nuevo CP simplificó el sistema de penas y por otro lado amplió el campo de aplicación de las medidas de seguridad. La distinción entre las penas de prisión graves, normales y benignas ha sido abolida, armonizando el ám-

bito de la ejecución de penas. Además, las posibilidades para conmutar las penas privativas de libertad han sido ampliadas: según el CP antiguo, las sentencias de prisión de hasta un año podían ser conmutadas por pena de multa, mientras que el nuevo CP prevé otras alternativas. Según el art. 50, el juez podrá condenar al autor a frecuentar un instituto de educación, a realizar –con su consentimiento– trabajos en beneficio de la comunidad, a la reparación de los daños causados por el hecho o prohibirle la realización de determinadas actividades o la asistencia a sitios determinados. En el área de las penas de multa, el sistema de días multa ha sido adoptado, que será un modo de individualizar la pena de multa atendiendo a las circunstancias personales del autor.

Una reforma importante es la amplificación de la confiscación. El nuevo CP da al juez la posibilidad de condenar a la confiscación no sólo de los instrumentos utilizados en la comisión de un delito, sino también la del enriquecimiento obtenido con el delito (art. 55).

El nuevo CP también amplió el campo de aplicación de las medidas de seguridad, especialmente, en caso de menores, personas jurídicas, enfermos mentales y drogadictos.

B. Parte Especial

1. En general

El legislador turco modificó radicalmente la parte especial del CP. Las transgresiones que representaban el segundo libro del CP antiguo han sido decriminalizadas y formuladas como infracciones administrativas en una ley separada (“Ley 5326 sobre infracciones administrativas” de 31.03.2005). Por el contrario, las penas previstas para muchos delitos han sido agravadas, como la del homicidio, que aumentó de prisión de 24 años a cadena perpetua (art. 82). Otro ejemplo es la pena prevista para los delitos de homicidio y de lesiones imprudentes. El CP antiguo permitía una atenuación de la pena hasta una octava parte de la pena original, mientras que el nuevo CP no acepta una atenuación por debajo del límite inferior de la pena.

2. Nuevos bienes jurídicos

a) Delitos internacionales

El primer título de la parte especial del CP nuevo está dedicado a los “delitos internacionales”, que entraron a regir por primera vez en el CP. El tipo de genocidio en el art. 76 corresponde a la definición de la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y está castigado con cadena perpetua agravada. Además, el art. 76 prevé que esta pena será aplicada sin perjuicio de las penas que resulten de los homicidios y lesiones cometidos como parte del genocidio.

Este título contiene también una disposición amplia sobre los delitos contra la humanidad (art. 77), castigando hechos sistemáticos basados sobre una discriminación política, ideológica, racista o religiosa, cuando uno de los delitos enumerados (homicidio y lesiones dolosas, tortura, malos tratos, esclavitud, privación de la libertad, experimentos científicos, violación, acoso sexual de menores, embarazo forzoso, prostitución forzosa). Sin embargo, debería ser ampliado, ya que este artículo no cumple completamente con las tipificaciones del estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional.

Aparte de dichos delitos, la creación de organizaciones o asociaciones criminales para cometerlos también es punible según el art. 78. Además, el legislador excluyó estas infracciones de las disposiciones generales sobre la prescripción: El autor de estos delitos podrá ser castigado sin limitación de tiempo.

Otros delitos definidos en este título son el tráfico de personas –castigado con prisión de ocho a doce años (art. 80)– y el alijo de inmigrantes ilegales –castigado con prisión de tres a ocho años (art. 79)–.

b) Delitos contra la vida y la persona

El legislador modificó las circunstancias agravantes del hecho en el delito de homicidio, añadiendo “el motivo de honor” a las circunstancias agravantes que requieren la cadena perpetua agravada.

En cuanto a los delitos de homicidio y lesiones, el legislador aceptó la comisión por omisión como una circunstancia atenuante discrecional (arts. 83, 88). La definición del delito de comisión por omisión ha sido traducida del art. 11 del CP español, acentuando que la no evitación de un resultado “equivalga” a su causación. Sin embargo, ha de criticarse la disposición turca en el punto que esta definición debería ser situada en la parte general⁷. Además, una atenuación de la pena, discrecional o no, por un modo de obrar “equivalente” a la causación del resultado es inoportuna desde el punto de vista del principio de culpabilidad.

Otras reformas en este título son el delito de experimentos científicos ilegales (art. 90) y el tráfico de órganos y tejidos humanos (art. 91). La disposición sobre los experimentos científicos también conlleva requisitos para que estos experimentos pudiesen ser aceptados como legales, diferenciándolos entre menores y mayores, así como entre experimentos y tratamientos experimentales, determinando los límites de validez del consentimiento del sujeto en cada situación. El perpetrador que viole estos límites será castigado con la pena de prisión de uno a tres años en caso de experimentos; con la pena de prisión hasta un año en caso de tratamientos experimentales. El perpetrador será castigado con la pena de lesiones u homicidio, si un experimento ilegal provoca que el sujeto sea lesionado o se muera.

El tráfico de órganos y tejidos humanos está prohibido para las personas que compren o vendan órganos y tejidos, así como para los médicos y otras personas que actúen como mediadores en la venta de este material. El legislador

previó una pena de prisión de cinco a nueve años en estos casos y determina la comisión dentro de la actividad de una organización criminal como una circunstancia agravante del hecho. Por otro lado, el que venda sus órganos en estado de necesidad podrá ser eximido de castigo o su pena atenuada según la discrecionalidad del juez (art. 92).

Los delitos de tortura y malos tratos (arts. 93 y 94) han sido ampliados y sus penas han sido significativamente agravadas.

El delito de aborto también ha sido modificado. El límite de validez para el consentimiento de la mujer embarazada es ahora (como antes) el plazo de 10 meses. Pero, en cuanto el embrión fuera resultado de un hecho delictivo contra la mujer, este límite ha sido cambiado a 20 meses (art. 99).

La explotación sexual de menores ha sido definida como un tipo delictivo independiente en el art. 103.

c) Delitos contra el derecho a la intimidad

En cuanto a hechos contra la intimidad, el nuevo CP turco contiene disposiciones severas en contraste con el CP antiguo. Aparte de los delitos existentes (delitos del descubrimiento de los secretos de la comunicación), el nuevo CP lleva a efecto nuevos delitos como la lesión de la vida íntima (art. 134), el descubrimiento o la fijación ilegal de la data personal (arts. 135, 136) así como el delito de no destruir contra deber la data obtenida legalmente (art. 138).

d) Delitos contra la libertad

El nuevo CP amplió los tipos delictivos en el título “delitos contra la libertad”. A este respecto, entraron en el CP tipos como la privación de las libertades políticas (art. 114), la privación de las libertades religiosas y de creencia (art. 115), la privación de las libertades del trabajo (art. 117), la privación de la libertad sindical (art. 118). Las penas previstas para estos delitos varían desde la prisión de seis meses a tres años.

Una reforma significante en el área de delitos contra la libertad es el nuevo tipo de *discriminación* en el art. 122. Según esta disposición:

“El que produzca una discriminación contra alguna persona por razón de su idioma, su pertenencia a una raza, su color o su sexo, su situación de minusvalía, sus creencias políticas, filosóficas, religiosas o por razones similares,

a) por hacer la venta de bienes muebles o inmuebles, la realización o el provecho de un servicio o un contrato laboral dependiente de estas condiciones

b) por negar la comida o la ejecución de un servicio público

c) por estorbar a alguien de realizar una actividad económica usual,

será castigado con pena de prisión de seis meses a un año o con pena de multa”.

e) Delitos contra la seguridad colectiva y el medio ambiente

El nuevo CP sancionó varios hechos contra la seguridad colectiva, particularmente los que son cometidos utilizan-

do tecnología avanzada. En este extremo, entraron en el CP los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes. El que, utilizando las radiaciones ionizantes, ponga en peligro la vida o la salud de una persona, será castigado con pena de prisión de tres a cinco años en caso de hecho doloso y con la intención de causar daños, con prisión de no menos de cinco años si ocurre un peligro contra la seguridad colectiva, con prisión de dos a cinco años si no existe la intención de causar daño a la salud de otras personas y con prisión de seis meses a un año si el hecho fuera cometido con imprudencia (art. 172). El que, utilizando la energía nuclear, ponga en peligro la vida, la salud o bienes de una persona, será castigado con pena de prisión de no menos de cinco años, y con pena de prisión de dos a cinco años si el hecho fuera cometido con imprudencia (art. 173).

Otros tipos nuevos en este título son “lesionar las reglas de seguridad en la construcción o destrucción de edificios” (art. 176), “poner en peligro la seguridad del tráfico” con dolo (art. 179) o con imprudencia (art. 180).

Los delitos contra el medio ambiente han sido formulados en un título separado. El nuevo CP castiga la contaminación del suelo, de la atmósfera y de las aguas con dolo (art. 181) o imprudencia (art. 182). Otros delitos son la provocación de ruidos contraviniendo las regulaciones de carácter general (art. 183) y la realización de trabajos de construcción sin autorización. Sin embargo, las disposiciones que protegen el medio ambiente no son suficientes, en tanto que se limitan a unas pocas modalidades de la contaminación.

f) Delitos contra la ejecución de las penas

Nuevos bienes jurídicos en relación con la ejecución de las penas privativas de libertad entraron en el CP antiguo, en 2003 con la ley 4806. Estas disposiciones han sido preservadas en el nuevo CP. Según el art. 297 serán castigados los que introduzcan en la prisión materiales prohibidos. Sin embargo, lo importante es la adopción del art. 298 (art. 307/b del CP antiguo) que castiga la privación ilegal de los derechos de detenidos. Según esta disposición será castigado con prisión de un año a tres años el que impida a los detenidos ejercer sus derechos, como el derecho de comunicación, el derecho de participación en las actividades de tratamiento, el derecho de accionar peticiones u otros.

Las huelgas de hambre colectivas que tuvieron lugar frecuentemente en las prisiones turcas en los años 90 incitaron al legislador a tomar medidas estrictas contra esta forma de conducta. El resultado fueron las normas que permiten a los médicos de la penitenciaría intervenir en las huelgas de hambre si el detenido fuera con reserva de respetar su dignidad y su voluntad expresa (art. 82 del nuevo CEP) y el tipo delictivo en el art. 298/2,3 del nuevo CP (art. 307/b del CP antiguo), según el cual serán castigados con pena de prisión de dos a cuatro años los que estorben la alimentación de los detenidos. Este delito incluye expresamente la incitación a huelga de hambre (art. 298/2). Si el detenido fuera lesionado gravemente o se

muriera, serán aplicados las disposiciones sobre las lesiones o del homicidio (art. 298/3).

II. Derecho Procesal Penal

El nuevo Código Procesal Penal (CPP) reestructuró el sistema del proceso penal. Por eso, citaremos las reformas más importantes:

Lao tribunales de la seguridad nacional (*Devlet Güvenlik Mahkemesi – DGM*) habían sido abolidas con la ley 5190 de 16.6.2004, tras las decisiones de la TEDH sobre la ilicitud de los mismos. El nuevo CPP formuló las relaciones de los tribunales regionales que sustituyeron las TSN con los tribunales generales (art. 250-252)⁸.

Una reforma significativa ha sido realizada en el área de medidas protectoras. La duración máxima del internamiento de seguridad ha sido limitada a 24 horas en infracciones cometidas individualmente o sea a 3 días en infracciones cometidas colectivamente (art. 91). Además, el detenido será informado de sus derechos inmediatamente (art. 90/4). Los familiares próximos del detenido serán informados del internamiento (art. 96). Todas las actividades de las fuerzas de seguridad serán susceptibles de la supervisión del fiscal (art. 92). Las disposiciones del arresto y de varios embargos protectores han sido reestructurados, asegurando las garantías del sujeto⁹.

La mediación ha sido adoptada como alternativa al juicio. Pero el campo de aplicación de esta medida es escaso. Solo en hechos perseguibles por solicitud del fiscal o respectivamente –en la fase de juicio oral– el juez podrán proponer una mediación dependiente de la indemnización de los daños (art. 253, 254 del CPP, art. 73 del CP).

El juicio oral ha sido acertado con la adopción de la competencia del juez de rechazar la acusatoria si los requisitos mínimos previstos en la ley no hubieran sido cumplidos o si la exposición de los hechos y pruebas no fuera suficiente (art. 174). Otras reformas en la fase de juicio oral son la posibilidad de interrogar peritos en sala como si ellos fueran testigos (art. 178-181) y la posibilidad de hacer preguntas a sujetos y testigos directamente, sin intervención del juez (art. 201)¹⁰.

Otra reforma significativa es la nueva formación de los tribunales superiores de justicia, que habían sido abolidos tras la declaración de la república. Sin embargo, este sistema ha sido suspendido hasta el abril de 2007¹¹.

Notas

1 Estoy agradecido a Pablo Galain Palermo por su ayuda preciosa en la corrección del documento.

2 ROXIN, Claus / ISFEN, Osman; “*Der allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches*”, GA 2005, pág. 233.

3 Ver, YARSUVAT, Duygun; “*Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Genel Değerlendirme, İlkeler ve Genel Kurallar*”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD) 2005, vol. II, no. 2, pág. 348.

4 De esta opinión, ROXIN/ISFEN, GA 2005, p 239. Los autores critican esta decisión del legislador, preocupándose de *le-gere ferenda* por la teoría de culpabilidad limitada.

5 Por todos ver ÖZGENÇ, Yzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Berhi, Seçkin yay., Ankara, 2005; págs. 428-430.

6 ROXIN/ISFEN, GA 2005, págs. 234, 235. En este sentido, vid. ARTUK, Mehmet Emin; “*Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerine Yılıpkin Düşünceler*”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD) 2005, vol. II, no. 2, pág. 338; YARSUVAT, YÜHFD 2005, vol. II, no.2, pág. 351.

7 ROXIN/ISFEN; GA 2005, pág. 236; ARTUK, YÜHFD 2005, vol. II, no. 2, pág. 331.

8 Ver, críticamente, SÖZÜER, Adem / TEKDAĐ, Kenan; “*Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor?*”, HPD 2005/3, pág. 62.

9 Para detalles ver ERDEM, Mustafa R; “*5271 sayılı CMK’da Yletipimin Denetlenmesi*”, HPD 2005/3, pp. 97-107; SEVÜK, Handan Yokuş; “*5271 sayılı CMK’da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözetli*”, HPD 2005/3, págs. 63-70.

10 El sistema antiguo preveía que sólo pudiera hacer pregunta el juez. Solo en caso de acuerdo entre el fiscal y el defendente, el juez pudiera permitirlos de hacer preguntas directamente. Por detalles de ambos sistemas ver DÖNMEZ, Burcu Demren; “*Nitelikli Hukukçunun Anahtarý Çapraz Sorgu*” HPD 2005/3, págs. 119, 120.

11 Para detalles sobre la tribunales superiores de justicia en el derecho turco, ver YENÝSEY, Feridun; *Ceza Muhakemesi Hukukunda Ýstinaf ve Terar Kabulü Sorunu*, Estambul, 1979.

Ucrania

Wolodymyr Hulkevych

Jefe de Sección de la Fiscalía de la provincia de Ternopil, postgraduado de la cátedra de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Ivan Frankó de Lviv

Legislación penal

Hoy en día en Ucrania rige el Código Penal aprobado por Verjovna Rada (Parlamento) de Ucrania el 5 de abril de 2001. El nuevo Código Penal de Ucrania (CPU) entró en vigor el 1 de septiembre de 2001 dejando así de ser válido el Código Penal de la República Soviética Socialista de Ucrania del 1960.

A la hora de su aprobación el Código Penal de Ucrania de 2001 constaba de 447 artículos distribuidos en 35 capítulos de las Partes General y Especial. Hay que señalar que durante los años 2001-2006 no se produjeron cambios en la Parte General del Código Penal de Ucrania, lo que señala el nivel bastante alto de la técnica legislativa.

Sin embargo a pesar de la corta vigencia del nuevo CPU la Verjovna Rada aprobó más de 20 leyes que cambian o completan su Parte Especial. Durante los años 2003-2006 el CPU ha sufrido muchos cambios y complementos, los más esenciales pueden ser clasificados de la siguiente manera.

1.1. Cambios de las reglas que prevén responsabilidad penal por la legalización (blanqueamiento) de dinero

La Ley de Ucrania del 16 de abril de 2003 completó el capítulo VII “Delitos en la esfera de actividad económica” de la Parte Especial del CPU con el art. 209¹ “Infracción premeditada de las normas de la legislación en cuanto a la prevención e impedimento a la legalización (blanqueamiento) de dinero procedente de actividades ilícitas penales” que prevén responsabilidad penal por:

no dar la información sobre operaciones financieras, hecho repetida e intencionadamente;

dar la información falsa al órgano apoderado de monitoring financiero de la autoridad sobre operaciones financieras que deben estar controladas por un monitoring financiero interno u obligatorio, hecho repetida e intencionadamente;

divulgación ilícita de cualquier modo de la información recibida por el órgano apoderado de monitoring financiero de la autoridad por la persona que conozca la información debido a su actividad profesional.

La misma Ley modificó la disposición del apartado 1 del art. 209 del CPU “Legalización (blanqueamiento) de dinero procedente de actividades ilícitas penales”, según la redacción nueva se consideran como delitos:

realizar una operación financiera o concluir un contrato con el dinero recibido por haber hecho una acción antisocial e ilícita que fue seguida de la legalización (blanqueamiento) de dinero;

realizar acciones que tienen como fin ocultar o enmascarar el origen ilícito de dinero u otros bienes, o posesión de éstos, o la fuente de su origen, estancia, transferencia;

posesión o uso del dinero u otros bienes recibidos por haber hecho una acción antisocial e ilícita que fue seguida de la legalización (blanqueamiento) de dinero.

Según el apartado 2 del art. 209 del CPU se considera como el tipo cualificado de este delito las acciones descritas arriba y realizadas repetida e intencionadamente por un grupo de personas o que causaron perjuicios materiales importantes. En el apartado 3 del art. 209 del CPU la legalización (blanqueamiento) de dinero procedente de actividades ilícitas penales por un grupo organizado de personas o que causaron perjuicios materiales importantes se sancionan con la privación de libertad de 8 a 15 años.

Según la advertencia al art. 209 del CPU por las acciones ilícitas antisociales que fueron seguidos de la legalización (blanqueamiento) de dinero en este artículo se entienden las acciones que se sancionan según el CPU con la privación de libertad de 3 años o más (excepto las acciones que están descritas en el art. 207 del CPU “No devolver las ganancias recibidas en divisas” y en el art. 212

del CPU “No pagar impuestos, derechos, otras recaudaciones”) o las acciones que llevaron a tener beneficios ilícitos, que se consideran como delitos según códigos penales de otros países y se sancionan del mismo modo por el CPU.

Legalización (blanqueamiento) de dinero procedente de actividades ilícitas penales se considera de importancia si el valor del objeto de delito supera 6 mil mínimos no imponibles y de gran importancia si el valor del objeto del delito supera dieciocho mil mínimos no imponibles.

1.2. Cambios de las reglas que prevén responsabilidad penal por cometer delitos contra el derecho de la propiedad intelectual

Hay que señalar que el legislador cambió dos veces las reglas que prevén responsabilidad penal por cometer delitos contra el derecho de la propiedad intelectual.

A saber, la Ley de Ucrania del 22 de mayo de 2003 cambió el art. 176 “Infracción de los derechos de autor y conexos”, el art. 177 “Delitos contra los derechos a la invención, modelo, topografía de microesquema integral, especie de planta o propuesta de racionalización”, art. 229 “Uso ilegal de marca de artículos y servicios, nombre de empresa o descripción calificada del origen del artículo”.

El legislador en primer lugar aumentó el mínimo de perjuicio material que sufren siniestrados y que se considera importante para ser de responsabilidad penal de cien a doscientos mínimos no imponibles y se negó a definir esencia de este perjuicio. En el art. 176 del CPU en la lista de los objetos de derecho de autor y derechos conexos como posible objeto de delito se añadió videograma.

A causa de los cambios realizados en los artículos 176, 177 y 229 del CPU de responsabilidad penal se considera no sólo el uso ilícito de los derechos de autor, derechos conexos y derechos de propiedad industrial sino también cualquier otra infracción de los derechos mencionados si esta causa perjuicio material importante.

La Ley aumentó importe de multas con las que se sancionan los delitos previstos en los artículos 176, 177 y 229 del CPU y también prevé posibilidad de privación de libertad por cometer estos delitos.

La ley del 9 de febrero de 2006 volvió a cambiar los artículos 176, 177 y 229 del CPU, como delitos contra derecho de la propiedad intelectual e industrial se consideran infracciones de estos derechos si éstas causaron perjuicio material importante, es decir el que supera 20 mínimos no imponibles.

Como los delitos especialmente calificados contra los derechos de la propiedad intelectual e industrial se consideran infracciones de estos derechos cometidas por un grupo organizado de personas o por un funcionario que aprovechó su posición profesional.

1.3. Cambios de las reglas que prevén responsabilidad penal por cometer delitos en la esfera de uso de ordenadores, sistemas y redes de ordenadores

La Ley del 23 de diciembre de 2004 añadió al capítulo XVI de la Parte Especial del CPU “Delitos en la esfera de uso de ordenadores, sistemas y redes de ordenadores” los artículos 361¹ “Producción de medios dañinos técnicos o de programas con el fin de su uso, difusión o venta, también su difusión o venta”, 361² “Venta o difusión no autorizados de la información de acceso limitado que se guarda en ordenadores, sistemas automatizados, redes de ordenadores o en medios que almacenan tal información” y 363³ “Impedir el trabajo de ordenadores, sistemas automatizados, redes de ordenadores o redes electrónicas de comunicación por medio de difusión masiva de mensajes electrónicos”.

El apartado 1 del art. 361¹ del CPU prevé responsabilidad penal por:

producción con el fin de uso, difusión o venta de medios técnicos o de programación destinados a la intervención no autorizada al funcionamiento de ordenadores, sistemas automatizados, redes de ordenadores o redes electrónicas de comunicación;

difusión de tales medios técnicos o de programación; venta de tales medios técnicos o de programación.

El apartado 1 del art. 361² del CPU considera de responsabilidad penal las siguientes acciones:

venta no autorizada de la información de acceso limitado que se guarda en ordenadores, sistemas automatizados, redes de ordenadores o en medios que almacenan tal información, si esta información está producida y protegida con arreglo a la legislación vigente;

difusión de tal información.

El apartado 1 del art. 363¹ del CPU prevé responsabilidad penal por difusión masiva e intencionada de mensajes de comunicación electrónica realizada sin autorización previa de los destinatarios si ésta impide el funcionamiento normal de ordenadores, sistemas automatizados, redes de ordenadores o redes electrónicas de comunicación o causa su detención.

La Ley mencionada arriba modificó los artículos 361 “Intervención no autorizada al funcionamiento de ordenadores, sistemas autorizados, redes de ordenadores o redes electrónicas de comunicación”, 362 “Acciones no autorizadas con la información que se encuentra en ordenadores, sistemas automatizados, redes de ordenadores, redes electrónicas de comunicación o en medios que almacenan tal información realizadas por persona que tiene derecho a tener acceso a esta información” y 363 “Infracciones de reglas de uso de ordenadores, sistemas automatizados, redes de ordenadores, redes electrónicas de comunicación o de reglas de protección de la información que se guarda en éstos”.

1.4. Cambios de las reglas que prevén responsabilidad penal por cometer delitos contra propiedad

La Ley de 2005 al capítulo VI “Delitos contra propiedad” de la Parte Especial del CPU añadió el art. 188¹ “Robo de la energía eléctrica o térmica por medio de su uso no autorizado” y el art. 194¹ “Daño intencionado de los objetos de distribución de energía eléctrica”.

El apartado 1 del art. 188¹ del CPU prevé responsabilidad penal por el robo de energía eléctrica o térmica si éste causó perjuicio importante:

por medio de su uso no autorizado sin instrumentos de control (si tales instrumentos de control son obligatorios); a causa de daño intencionado de instrumentos de control o de cualquier otro modo.

La advertencia al art. 188¹ del CPU define para este tipo de delito el valor de perjuicio importante 100 mínimos no imponibles.

El apartado 1 del art. 194¹ del CPU prevé responsabilidad penal por daño intencionado de los objetos de distribución de energía eléctrica si tales acciones causaron o podían causar impedimento del funcionamiento normal de estos objetos o presentaron peligro para la vida de la gente.

Legislación procesal penal

En nuestro país hoy en día rige el Código Penal Procesal aprobado por la Verjovna Rada de República Soviética Socialista de Ucrania el 28 de diciembre de 1960.

Para la legislación procesal penal de Ucrania son propias las siguientes características:

iniciar el proceso por el órgano de investigación de policía, fiscal, en casos especiales, por el juzgado;

realizar investigación antes del juicio por el instructor de órganos de instrucción de fiscalía, policía, servicios secretos y policía tributaria;

existencia de plazos determinados para realizar investigación antes del juicio;

presentar una acusación contra el inculcado en la etapa de investigación antes del juicio;

vigilancia del fiscal por el cumplimiento de las leyes durante la encuesta e investigación antes del juicio;

posibilidad de devolver el caso por el juzgado para investigación complementaria.

Cambios radicales del CPPU fueron realizados antes del 2001, los más principales son los siguientes:

se garantiza el derecho a la defensa desde el momento de la detención al inculcado, y al acusado, desde el momento de presentarle una acusación;

entregarle al acusado o inculcado bajo custodia sólo si lo autoriza el juzgado;

posibilidad de recurrir contra decisiones del instructor, órgano de instrucción, fiscal en el juzgado (control del juzgado);

posibilidad de presentar una apelación contra las sentencias de tribunal en casos penales;

anulación de posibilidad de presentar una impugnación por el fiscal o jefe del juzgado en casos penales si las sentencias ya están entrado en vigor.

A pesar de las reformas realizadas hoy en día la aprobación de un nuevo código penal procesal de Ucrania es un asunto muy palpitante.

Bibliografía

П.П.Андрешко. Кримінально-правова охорона прав інтелектуальної власності в Україні (P.P.Andrushko. La protecciyon penal de los derechos de la propiedad intelectual en Ucrania). Kiev, 2005.

W.Hulkevych. La protecciyon penal de los derechos de autor y conexos en Ucrania // Revista Penal. 2006, N 17, p. 177-192.

О.С.Орлов. Кримінально-правова охорона інформації в комп'ютерних системах та телекомунікаційних мережах. Автореферат дис. ... канд. юрид. наук (O.S.Orlov. La protecciyon penal de la informaciyon en redes de ordenadores y redes de telecomunicaciyon. Memoria de la tesis del candidato a doctor en Derecho). Jarkiv, 2004.

Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 3-тє видання перероблене і доповнене. За ред. М.І.Мельника, М.І.Хавронюка (Comentarios científicos y prácticos del Código Penal de Ucrania. Tercera edición, revisada y completada. Bajo la redacción de M.I.Melnyk, M.I.Javroniuk). Kiev, 2005.

О.О.Чаричанський. Підстави кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом за Кримінальним кодексом України. Автореферат дис. ... канд. юрид. наук (O.O.Charychanskiy. Razones de la responsabilidad penal por la legalización (blanqueamiento) de dinero procedente de actividades ilícitas penales según el Código Penal de Ucrania. Memoria de la tesis del candidato a doctor en Derecho). Jarkiv, 2004.

В.Т.Малярєнко. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів (V.T.Maliarenko. Reestructuración del proceso penal en Ucrania según criterios europeos). Kiev, 2005.

Uruguay

Pablo Galain Palermo

Introducción

1. El Uruguay de las últimas décadas ha sido conservador¹, también en su política criminal². Esto explica que todavía el legislador no se cuestione la protección excesiva de los delitos patrimoniales (incluso desproporcionada en relación a las penas previstas en abstracto para delitos contra la vida)³, o el poco interés por la etapa de cumplimiento y ejecución de las penas (que se lleva a cabo sin control judicial, bajo la égida del Ministerio del Interior), así como el mantenimiento de un proceso penal inquisitivo (en cuanto a la investigación y recolección de elementos probatorios a cargo del mismo juez que dictará la sentencia definitiva) que tiene a la prisión preventiva como regla y no como excepción⁴.

2. El histórico cambio de rumbo que tomó la República Oriental del Uruguay en marzo de 2005, asumiendo por primera vez un Presidente de orientación progresista de izquierda, ha marcado, también, una nueva orientación de la política criminal. Es notorio que el nuevo gobierno sigue lineamientos muy diferentes en materia penal, y parece ser consciente que todo cambio social parte de la no discriminación entre buenos y malos ciudadanos o entre “ciudadanos” y “enemigos”⁵, ni de la utilización del castigo para la estigmatización y el ejercicio del *jus puniendi* para llevar a cabo un fuerte control social, sino de otorgar a la ejecución de la pena una finalidad preventivo especial positiva⁶, sin descuidar el importante efecto preventivo general que conlleva todo castigo⁷.

4. Este informe debe ceñirse a las reformas acaecidas en materia penal y procesal penal entre 2003 y los meses que han transcurrido del 2006, razón que obliga a mencionar las apariciones legislativas más importantes y a explicar escuetamente la *ratio legis* de las más importantes o significativas, según el criterio del informante.

5. En materia de Derecho Penal Internacional⁸, puede verse el giro más notorio de la política criminal nacional⁹, no sólo por la implementación legislativa de numerosas convenciones internacionales relacionadas con la protección de los Derechos Humanos, ratificadas por Uruguay y nunca implementadas¹⁰, sino considerando el “*Proyecto de Ley Genocidio, Crímenes de Lesa Humanidad, Crímenes de Guerra y Cooperación con la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)*”¹¹ que se encuentra desde noviembre de 2005 a disposición del Parlamento para su discusión y aprobación. En materia de Derecho Penal Internacional la política criminal uruguaya ha virado su punto de atención de la “lucha” contra determinadas formas de criminalidad transnacional, cercanas al Derecho penal de autor y a la lucha contra “enemigos de la sociedad global”, para focalizarlo en el debido cuidado de los Derechos Humanos, tan olvidados por los regímenes autoritarios o conservadores latinoamericanos.

6. En materia de Derecho penal material, respecto al bien jurídico libertad sexual de sujetos inimputables, la Ley 17.815 de 2004 castiga con penas privativas de la libertad que oscilan entre los dos y los doce años, la realización de muy distintas conductas relacionadas con la libertad sexual de menores e incapaces. Allí se prohíbe la producción de material pornográfico utilizando a menores o incapaces (cfr. Art. 1), el comercio o la difusión de dicho material (cfr. Art. 2), la retribución monetaria a dichos sujetos pasivos a cambio de la ejecución de actos de carácter sexual o eróticos de cualquier tipo (cfr. Art. 4)¹², hasta el tráfico de los mismos para su prostitución o explotación sexual (cfr. Art. 6).

7. Prosiguiendo con los menores de edad, la Ley 17.823 modificó el Código de la niñez y la adolescencia, previendo las conductas penales en los Arts. 69 a 72 inclusive. Las sanciones para los hechos punibles cometidos por niños o adolescentes tendrán naturaleza de medidas socio-educativas (cfr. Arts. 76 a 79 inclusive)¹³. Debe ponderar-

se la naturaleza de las medidas a ser impuestas, en particular, aquellas que pretenden la asunción de responsabilidad del menor frente a su víctima (mediación, reparación) y a la colectividad (trabajo en beneficio de la comunidad).

8. En un país dedicado a la producción ganadera siempre interesa el delito de abigeato, reformado por la Ley 17.826 en 2004, cuyas penas van desde los tres meses a los seis años de penitenciaría para la modalidad simple (dar muerte, faenar o apoderarse con sustracción de ganado) y de doce meses de prisión a ocho años de penitenciaría para modalidades agravadas (cfr. Art. 2).

9. La Ley 17.781 publicada en el D.O. el 9.6.2004 modificó el sistema de depósitos y warrants en relación a los bienes muebles de cualquier naturaleza que se reciban para su guarda o custodia¹⁴.

10. Un tema de constante preocupación es la violencia que se desata en ocasión de espectáculos públicos, especialmente de carácter deportivo. La violencia ha ido aumentando como consecuencia de los graves problemas económicos que vivió el país (y la región) en los primeros años de este siglo, que como toda crisis que deriva en lo social afecta la concepción de los principios y valores sobre los que asienta una sociedad determinada. De este modo, la ira, la desesperación y la desesperanza de la población se manifiesta en la primera oportunidad, no sólo en el deporte, sin embargo el legislador uruguayo pretende encasillar el problema en la vida deportiva y hacia allí apunta el arsenal penal. Así, la Ley 17.951 de 2006 pretende la “prevención, control o erradicación de la violencia en el deporte” y modifica para ello algunos artículos del Código Penal¹⁵. El legislador nacional no pierde ocasión de aumentar las normas que atentan contra el principio de culpabilidad y se afana por reforzar los aspectos de responsabilidad objetiva o de aumento de la responsabilidad por el resultado¹⁶. En este tipo de circunstancias el acento se debe poner en los aspectos preventivos y no como acostumbra a hacer la política criminal uruguaya, tan adicta a los *chivos expiatorios* para limpiar la imagen de la falta de previsión policial y normativo-preventiva. Al menos, como contrapartida, esta ley aumenta la discrecionalidad del juez para someter a los “violentos” a una serie de medidas cautelares que tienen como objetivo su alejamiento de los escenarios deportivos, pero, sin embargo, ningún tipo de terapia o tratamiento psicológico se prevé en dicha norma, de modo de acentuar los aspectos resocializadores y no únicamente los inoquizadores¹⁷.

11. En materia de alternativas a la prisión preventiva y a la pena de prisión, la Ley 17.726 publicada en el D.O. el 7.1.2004 ha propuesto una serie de medidas que permitan al juez la sustitución de la privación de libertad (preventiva o definitiva). La primera crítica que debe hacerse a esta ley es la confusión de la que parte entre la naturaleza jurídica de la prisión preventiva (cautelar) y la pena de prisión, considerando el hecho fáctico de la privación de la libertad sin distinguir entre los fines de una medida cautelar y los fines de una pena¹⁸. En la mayoría de las situaciones estas alternativas se harán operativas en situaciones

de arresto preventivo¹⁹, obligando al imputado que goza de la presunción constitucional de inocencia a la realización de determinadas tareas compensatorias del injusto sin declaración de culpabilidad ni condena. Así, se obliga a determinadas tareas en beneficio de la comunidad, la reparación del *status quo* anterior al delito, etc., sobre la base de una presunción de culpabilidad y se confunde el objetivo de estas alternativas, que deberían perseguir una finalidad cautelar asegurativa (prisión preventiva) con el fin preventivo positivo especial o resocializador (pena)²⁰. Si bien la *ratio* de la ley es elogiable, cualquier alternativa a la privación de libertad debe serlo, no se puede continuar con una política criminal que desconoce criterios básicos de la ciencia penal.

12. La Ley 17.897 de 2005 que ha modificado el régimen de libertad provisional y anticipada, ha pretendido una “Humanización de las cárceles”²¹, ofreciendo un régimen más accesible de libertad a todos aquellos sujetos que no hayan cometido delitos graves (cfr. Art 1)^{22 23}. Aquellos reclusos que se beneficien con las libertades previstas en la ley quedarán sometidos a vigilancia y asistencia por parte del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados (cfr. Art. 5)²⁴. Cualquier incumplimiento al régimen de vigilancia significará la revocación inmediata del beneficio (cfr. Art. 5). En los Arts. 8 y 9 se prevén una serie de medidas de seguridad para liberados con algún tipo de enfermedad o que requieran tratamientos especiales.

A favor de esta norma debe indicarse que por primera vez se encuentra en la política criminal nacional una preocupación que vaya más allá de la víctima potencial y abarque también a la víctima directa²⁵.

Esta norma que ha descongestionado establecimientos carcelarios superpoblados debería ser complementada con una modificación urgente del proceso penal uruguayo, para que la prisión preventiva deje de ser la consecuencia que acompaña a todo procesamiento penal (salvo excepciones a la regla)²⁶.

13. En materia de Derecho penal formal, la Ley 17.773 publicada en D.O. 25.5.2004 en un único artículo ha pretendido poner fin a la indefensión de los indagados en la etapa presumarial, permitiendo la comparecencia del Defensor antes de las primeras indagatorias en sede judicial. En un segundo inciso, la ley vuelve a tejer un manto de dudas sobre la consagración de este derecho básico de los justiciables, al dejar en manos de una resolución fundada del juez el secreto de las actuaciones para evitar posibles frustraciones de las pruebas. De esta forma, difícilmente el sistema uruguayo se aleje del secretismo, pues siempre existirá el juez que prefiera el método inquisitivo para obtener un “correcto procesamiento” del indagado²⁷. Sin embargo, la importancia de esta ley es manifiesta si se interpreta con PREZA que la misma ha derogado el Art. 113 CPP que consagra la “reserva presumarial”, así como al expresar que “los jueces velarán por la igualdad procesal entre fiscales y defensores en esta etapa del proceso”, estaría poniendo fin a una inútil polémica sobre la naturaleza procesal de la etapa presumarial²⁸.

14. Los artículos 10²⁹ y 11³⁰ de la Ley 17.897 modificaron el régimen de la libertad condicional y la libertad anticipada establecidos en los artículos 327 y 328 del CPP. A su vez, el Art. 12 modificó el régimen de salidas transitorias.

15. A modo de síntesis, corresponde decir, que la política criminal uruguaya parece haber tomado un rumbo más democrático y respetuoso del espíritu liberal que inspira a la Constitución.

Con la ley 17.897 la ejecución de la pena deja de ser un instituto exclusivamente interesado en la prevención general, para dirigirse en el sentido del Art. 26 de la Constitución, esto es, a la búsqueda de la resocialización y la no mortificación de los sujetos privados de libertad. De este modo, se intentará cumplir con el fin preventivo especial positivo de la pena, lamentablemente, en “reclusos amparados por la presunción de inocencia”, que en su mayoría cumplen privación de libertad preventiva.

Por tanto, de todas las modificaciones legislativas operadas en Uruguay, ésta debe ser la más rescatable, pues marca un antes y un después en la política criminal nacional, hasta ahora, preocupada por reprimir con demasiado rigor algunas áreas (vgr., patrimonio, honor, delitos cometido mediante violencia, etc.) y una menor vocación punitiva frente a otras (vgr., delitos económicos, tributarios, falsedades bancarias, delitos cometidos mediante sociedades anónimas, etc.), actividades éstas sobre las que se asienta el orden público nacional³¹.

Todavía falta mucho por hacer para que abandonemos las críticas al sistema penal uruguayo, pues, no puede dejar de denunciarse que el proceso penal nacional es uno de los más inquisitivos del continente americano y requiere una urgente modificación de todos sus principios básicos.^{32 33}

Notas

1 En la acepción: “Se dice de la persona, partido político, idea u opinión que, aceptando un cierto grado en la evolución de las sociedades, defiende moderación en las reformas que se deben llevar a cabo, procurando evitar las rupturas con la situación anterior y los valores de tradición”. Nuevo Diccionario esencial de la lengua española, Santillana, 2000, pág. 298.

2 Recordar cabe que, a pesar de que Uruguay puede ser considerado uno de los Estados de mayor consolidación democrática en el continente sudamericano (habiendo sufrido a lo largo de su historia sólo tres breves períodos dictatoriales), sus dos normas fundamentales: el Código Penal de 1934 y el Código del Proceso Penal de 1981, fueron sancionados por sendos gobiernos de facto. El Código Penal, sin embargo, redactado por un democrata, contiene algunos rasgos de liberalismo en cuanto a las posibles atenuantes y/o eximentes o la no punibilidad (perdón judicial) de delitos tan controvertidos filosóficamente como el aborto (cfr. art. 328 CP) o la eutanasia (cfr. Art. 37 CP, homicidio piadoso).

3 Cfr. la pena prevista para los delitos contra la propiedad (Arts. 340 a 359 CP), por ejemplo, la pena mínima de cuatro

años para el hurto con violencia o rapiña art. 344 CP, con los 20 meses previstos como pena mínima para el delito de Homicidio (cfr. Art. 310 CP). En materia de grandes lineamientos de la política criminal, se puede hablar de una transformación de la doctrina de la Seguridad Nacional –impuesta por el plan Cóndor para la región sur en la década del 70 y 80 del siglo pasado– en la doctrina de la Seguridad Ciudadana y en la “lucha” contra la criminalidad organizada, que caracterizó a la política penal de los noventa. Vide Ley 16.707 de 1995, conocida como Ley de Seguridad Ciudadana, caracterizada por el endurecimiento de las penas –especialmente en delitos contra la propiedad y otros cometidos utilizando violencia–, así como los delitos que sobrepasan las fronteras nacionales, tales como el tráfico de estupefacientes (cfr. Ley 14.294 y 17.016), el cohecho y soborno transnacionales (cfr. Ley 17.060, Art. 29) y el lavado de dinero (Ley 17.060, art. 30).

4 Cfr. art. 71 CPP y Ley 15.859 de 31.5.87.

5 Justamente en un período en el que ha ganado fuerza la discusión criminológica sobre los regímenes de tolerancia cero y, por otra parte, el debate sobre el Derecho de distintas velocidades o sobre la necesidad de diferenciar un Derecho penal para “ciudadanos” y otro para “enemigos”. Vide en posición crítica, AMBOS, K., “Feindstrafrecht”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Band 124, Heft 1, 2006, págs. 1 y ss, GRECO, L., “Über das sogenannte Feindstrafrecht”, GA, 2, 2006, págs. 96 y ss; MUÑOZ CONDE, F. “El nuevo Derecho penal autoritario”, MUÑOZ CONDE/LOZANO, “El Derecho penal ante la globalización y el Terrorismo”, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 161 y ss; GRACIA MARTIN, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”, RPCP, 16, 2005, págs. 371 y ss; CANCIO MELIÁ, M., “Derecho penal del enemigo”, JAKOBS/CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 2003, págs. 59 y ss. En una posición tolerante, SILVA SÁNCHEZ, “La expansión del Derecho penal”, 2.ª ed, Civitas, Madrid, 2001, págs. 165 y ss. Parecería estar de acuerdo con la propuesta de un Derecho de lucha contra enemigos, PÉREZ DEL VALLE, “Sobre los orígenes del ‘Derecho Penal del Enemigo’”. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau”, CPC, 75, 2001, pág. 609.

6 Cfr. Art. Artículo 13. Ley 17.897 de 2005: sobre “Humanización de las Cárceles” (Redención de pena por trabajo o estudio).- “El Juez concederá la redención de pena por trabajo a los condenados a pena privativa de libertad. A los procesados y condenados se les conmutará un día de reclusión por dos días de trabajo. Para estos efectos no se podrán computar más de ocho horas diarias de trabajo... El Juez concederá la redención de pena por estudio a los condenados a pena privativa de libertad. A los procesados y condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio. Se computará como un día de estudio la dedicación a dicha actividad durante seis horas semanales, así sea en días diferentes. Para esos efectos, no se podrán computar más de seis horas diarias de estudio.”. Según el artículo 14. (Inserción laboral de personas liberadas).- “Inclúyese en todos los pliegos de licitaciones de obras y servicios públicos, la obligatoriedad del o de los empresarios contratantes, de inscribir en las planillas de trabajo un mínimo equivalente al 5% (cinco por ciento) del personal afectado a tareas de peones o similares, a personas liberadas que se encuentren registradas en la Bolsa de Trabajo del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados. Asimismo, el

Poder Ejecutivo podrá establecer un sistema de bonificaciones para aquellas empresas que inscriban liberados registrados en la Bolsa de Trabajo referida, por encima del 5% (cinco por ciento) estipulado precedentemente. El Poder Ejecutivo, a través del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, promoverá acuerdos con los Gobiernos Departamentales para establecer regímenes similares respecto de las obras y servicios públicos departamentales.”

7 Cfr. Ley 17.726 sobre medidas alternativas a la privación de libertad y Ley 17897. En estas leyes encontramos una profunda reforma del régimen de ejecución de penas, así como una ley de alternativas a la prisión preventiva, institución que la práctica nacional ha degenerado convirtiendo lo que debía tener naturaleza cautelar, fácticamente, en la única pena del proceso.

8 Así creo que debería denominarse a toda la serie de instrumentos legales nacionales e internacionales que guardan relación con la persecución de crímenes transnacionales, los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma y, en general, aquéllas tipos penales que protegen los Derechos Humanos y los conminan con una pena. *Vide* al respecto AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*, Beck, München, 2006; “Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo”, Marcial Pons, Madrid, 2006; MANTOVANI, F., “Sobre los principios generales del Derecho Internacional Penal”, CPC, 84, 2004, págs. 81 y ss.

9 El gobierno anterior dictó la Ley 17.704 publicada en el D.O el 4.11.03 que aprobó el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo; y la Ley N.º 17.861 publicada en el D.O. el 7.1.05 que aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Complementarios para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños, y el Tráfico Ilícito de Inmigrantes por Tierra, Mar y Aire.

10 *Vide* Ley 17.914 de publicación en el D.O el 28.10.05 que aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, aprobado por Resolución 57/199 de 9.1.03 por la Asamblea de la ONU.

11 Dicho proyecto de ley se decanta por una implementación directa de las normas del ER, es decir, por la introducción en el ordenamiento interno de los tipos penales siguiendo el modo alemán de un Código Penal Internacional, incluyendo otros tipos penales (tortura, genocidio, desaparición forzada, etc.) correspondientes a anteriores Tratados Internacionales ratificados por Uruguay, pero, que siguiendo una mala política internacional, no habían sido implementados. Ante reiteradas omisiones legislativas, se retroalimentaba la constante discusión doctrinaria sobre el carácter ejecutable o no ejecutable de los mismos. De esta forma, y como había presagiado en anterior ocasión, el gobierno uruguayo ha abandonado el sistema de remisión al texto del ER, como proponía el Proyecto anterior del Poder Ejecutivo (Proyecto 1) que quedará en el olvido con la media sanción del Senado, y ha optado por el sistema alemán al modo de un Código Penal Internacional. *Vide* sobre el tema GALAIN PALERMO, P., *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte penal internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, K. AMBOS / E. MALARINO / J. WOISCHNIK (editores), KAS, Montevideo, 2006, págs. 401 y ss. En el mis-

mo libro, para el caso alemán, *vide* AMBOS, “Die Implementation des IStGH-Status in Deutschland”, en español “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, traducción de Pablo Galain Palermo y Oliver Büchl.

12 Adviértase el peligro que encierra un tipo penal tan laxo para el principio de legalidad, pues no se define la naturaleza de los “actos sexuales o eróticos de cualquier tipo”, y se conmina con pena de dos a doce años de penitenciaría.

13 Según el Art. 76.12 la privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (cfr. Arts. 88 y ss.); mientras que en los Arts. 80 y siguientes se regulan las medidas socioeducativas no privativas de libertad, que incluyen trabajos en beneficios de la comunidad (cfr. Art. 82), la reparación del daño o la satisfacción a la víctima a través de una instancia de mediación (cfr. art. 83).

14 Artículo 21.- “Será castigado con pena de seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría: 1.º) El depositario o el depositante que falsearen cualquiera de las enunciaciones de los artículos 4.º, 5.º y 6.º de la presente ley y las personas que hicieren circular certificados de depósito o warrants con conocimiento de que los mismos contienen enunciaciones falsas. 2.º) El depositario que se apropiare, destruyere, deteriorare o rehusare entregar a quien por derecho corresponda, las cosas puestas por el depositante bajo su custodia en las condiciones previstas en la presente ley o las entregara a personas distintas de las legitimadas conforme a la misma. 3.º) El depositario que se apropiare del dinero que se le hubiere entregado para la cancelación de un warrant o del recibido conforme a esta ley del asegurador de los bienes depositados o del adquirente de los mismos en el remate, o le diera un destino distinto del establecido”.

15 Art. 323 bis. “El que, con motivo o en ocasión de una competencia deportiva u otro espectáculo público que tuviera por objeto recreación o esparcimiento, al ingresar, durante el desarrollo del mismo o al retirarse participare de cualquier modo en una riña, será castigado con pena de tres a veinticuatro meses de prisión...”.

16 *Vide* art. 323 bis: “Si de la riña resultare muerte o lesión se aplicará lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 323, incrementándose la pena en un tercio siempre que el resultado fuere previsible para el partícipe”.

17 Art. 323bis: “Si se tratase de un evento deportivo de cualquier naturaleza, al dictar el auto de procesamiento el Juez establecerá como medida cautelar la prohibición de concurrir a eventos deportivos de cualquier tipo, tanto aquellos en los que participe alguno de los equipos que hubieren actuado en el espectáculo en cuestión, como a cualquier otro espectáculo de ese mismo deporte, a criterio del Juez, sin perjuicio de las penas que pudieren corresponder en caso de comprobarse la responsabilidad del sujeto en la comisión del delito...”. Cfr. Artículo 13. (Medida Cautelar).- “Cuando, bajo las mismas circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 323 bis del Código Penal, pero fuera de las hipótesis allí mencionadas, se cometieren por motivos relacionados a la competencia o espectáculo mismo, los delitos previstos en los artículos 310 (homicidio), 316 (lesiones personales), 317 (lesiones graves) y 318 (lesiones gravísimas) de ese cuerpo normativo, el Juez al dictar el auto de procesamiento establecerá como medida cautelar la prohibición de concurrir a eventos deportivos de cual-

quier tipo, tanto aquellos en los que participe alguno de los equipos que hubieren actuado en el espectáculo en cuestión, como a cualquier otro espectáculo de ese mismo deporte, a criterio del magistrado actuante”.

18 Vide al respecto GALAIN PALERMO, P., “¿La reparación del daño como “tercera vía” punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin”, en PREZA, *El proceso penal uruguayo*, cit, pág. 224 nota 114.

19 Considérese con LANGÓN que en el 90% de los casos las personas privadas de libertad se encuentran en prisión preventiva, tratándose de reclusos sin condena. Vide LANGÓN, M., Prólogo, LANDEIRA/SCAPUSIO, *Sistema Penal. Revisión y alternativas*, Carlos Álvarez, Montevideo, 1997, pág. 9. Según cifras más actuales, la cifra de presos sin condena que existe en Uruguay en 2006 supera el 70% de la población carcelaria. Vide Diario La República, Política, pág. 9, versión internet de 21.4.2006.

20 Vide GALAIN PALERMO, P., “¿La reparación...”, cit, pág. 225.

21 Según el criminólogo noruego NIELS CHRISTIE “es un misterio” por qué se pasó en Uruguay de dos mil presos en 1990 a cuatro mil presos en 2000 y más de siete mil actualmente. Téngase en cuenta que en Uruguay hay más de 200 presos por cada 100 mil habitantes, cifra superior a las de Argentina y Brasil. Vide Diario La República, cit, pág. 9.

22 Según el art. 2: “El Juez, de oficio y sin más trámite, otorgará la libertad anticipada de los penados comprendidos en el artículo 1.º de esta ley, cuando hayan cumplido: A) Las dos terceras partes de la pena impuesta, y la misma sea superior a tres años de penitenciaría. B) Cuando hayan cumplido la mitad de la pena impuesta en el caso que la misma fuese de hasta tres años de penitenciaría”.

23 Según el art. 3: “El Juez o Tribunal que esté conociendo en la causa otorgará de oficio y sin más trámite, la libertad provisional, bajo caución juratoria a los procesados comprendidos en el artículo 1.º de esta ley, conforme al siguiente estado de su causa: A) Si el proceso se encuentra en estado de sumario, cuando hayan cumplido las dos terceras partes del máximo de la pena establecida para el más grave de los delitos imputados, si éste superara el máximo de tres años. Si no superara dicho plazo, cuando hayan cumplido la mitad de la pena establecida para el más grave de los delitos imputados. B) Si el proceso se encuentra en plenario cuando hayan cumplido las dos terceras partes de la pena requerida por la acusación fiscal, si ésta superara el máximo de tres años, y cuando hayan cumplido la mitad de la pena requerida si fuera menor a dicho plazo. C) Si el proceso se encuentra en segunda instancia o en casación, cuando hayan cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta por sentencia no ejecutoriada de primera o segunda instancia en su caso, si ésta superara el máximo de tres años; y cuando hayan cumplido la mitad de la pena impuesta en la respectiva sentencia si fuera menor a dicho plazo. D) Si se encuentra pendiente la unificación de penas, cuando hayan cumplido las dos terceras partes de la pena unificada que el Juez estimare provisionalmente con arreglo a lo dispuesto por el artículo 54 del Código Penal y la Acordada de la Suprema Corte de Justicia N.º 7114, si ésta superara el máximo de tres años; y cuando se haya cumplido la mitad de la pena unificada si la misma fuera menor a dicho plazo”.

24 Según el art. 5: “En el caso de los procesados, el régimen de vigilancia cesará al dictarse la respectiva sentencia absoluta o de condena, en este último caso, sin perjuicio del régimen legal aplicable por su condición de penado”.

25 Artículo 19. (Centro de Atención a las Víctimas).- “Créase el Centro de Atención a las Víctimas de la Violencia y el Delito en el marco de la estructura actual de la Dirección Nacional de Prevención Social del Delito. El Centro tendrá como cometido principal la asistencia primaria a víctimas de la violencia y del delito y a sus familiares, así como la promoción de sus derechos y la prevención. Los cometidos accesorios serán la difusión, capacitación e investigación. El Poder Ejecutivo reglamentará la presente disposición y definirá la estructura del Centro a través de la ley de presupuesto y en un plazo no mayor a ciento ochenta días desde la promulgación de la presente ley. La reglamentación deberá atender, en lo pertinente, a lo establecido en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985”. Según el artículo 20. (Atención a las víctimas).- “Sustitúyese el artículo 140 de la Ley N.º 17.296, de 21 de febrero de 2001, el que quedará redactado de la siguiente manera: “ARTÍCULO 140.- La Dirección Nacional de Prevención Social del Delito concentrará sus objetivos en la atención y protección a las víctimas del delito y de la violencia y a sus familiares, desarrollando para ello acciones de tipo promocional, formativo y asistencial”.

26 Sin embargo, los legisladores de los partidos tradicionales –ahora en la oposición– sólo se han preocupado de lanzar mensajes apocalípticos en los medios de comunicación, la mejor forma de propagar el miedo y la desconfianza frente a leyes que no exigen aumento punitivo o más control social.

27 Vide la enérgica condena a esta posibilidad que realiza el Prof. PREZA, para quien, dicha resolución no sólo es apelable sino que tiene que ser utilizada en casos excepcionales y fundamentada en sólidos fundamentos. Vide PREZA, D., *El proceso penal uruguayo*, FCU, Montevideo, 2005, págs. 122 y ss.

28 Vide PREZA, *Ibidem*, págs. 125 y ss.

29 Art. 10 (Libertad condicional).-“Sustitúyese el artículo 327 del Código del Proceso Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera: “ARTÍCULO 327.- Si al quedar ejecutoriada la sentencia condenatoria el penado se hallara en libertad provisional se suspenderá su reintegro a la cárcel y los autos serán examinados por el Juez dentro de tres días de aprobada la liquidación de la pena. Previo informe de la Jefatura de Policía respectiva, el Juez se expedirá sobre el otorgamiento de la libertad condicional, cualquiera haya sido el tiempo de detención. Se fundará en las pruebas aportadas sobre la conducta del penado desde que recuperó la libertad y demás datos sobre su personalidad, formas y condiciones de vida, que permitan formar juicio sobre su recuperación moral. Si el penado hubiera cometido un nuevo delito durante el lapso que estuvo en libertad provisional, será preceptivo el informe del Instituto Nacional de Criminología. De inmediato elevará los autos a la Suprema Corte de Justicia, quien en definitiva resolverá, previo dictamen del Fiscal de Corte. El liberado condicionalmente queda sujeto a la vigilancia de la autoridad de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 102 del Código Penal. Resuelta la situación del condenado, la Suprema Corte de Jus-

ticia devolverá los autos al Juez quien dispondrá la liquidación del saldo de pena a cumplir en libertad condicional, determinando su duración y vencimiento”.

30 Artículo 11. (Libertad anticipada).- “Sustitúyese el numeral 3) del artículo 328 del Código del Proceso Penal el que quedará redactado de la siguiente manera: “3) Si el penado ha cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta, la Suprema Corte de Justicia concederá la libertad anticipada. Sólo podrá negarla, por resolución fundada, en los casos en que los signos de rehabilitación del condenado no sean manifiestos” Derógase el numeral 3.º del inciso primero del artículo 328 del Código del Proceso Penal en la redacción dada por el artículo 3.º de la Ley N.º 16.349, de 10 de abril de 1993.”.

31 La nueva política criminal a la que aludo se interesa por un mayor control social, también, de los delitos económicos, pues, el Art. 1.G de la ley 17.897 excluye de los beneficiarios de la misma a sujetos privados de libertad por delitos de quiebra fraudulenta y culpable y de insolvencia fraudulenta (artículos 253, 254 y 255 CP).

32 Un buen comienzo puede ser la discusión parlamentaria que tendrá próximo lugar en el parlamento, en ocasión de la discusión sobre la Ley de Implementación del Estatuto de Roma. Según el Proyecto del Poder Ejecutivo, en el art. 13 se establece una modificación esencial en relación a las potestades del juez y de la víctima, pues, allí se plantea la posibilidad de oposición a la decisión del fiscal de poner fin al procedimiento por expresa voluntad (cfr. art. 255 CPP). De esta forma, se terminará con una potestad monopólica de un funcionario del Poder Ejecutivo que ha dado lugar a más de una controversia en casos penales que involucraban a personas vinculadas al gobierno o del entorno familiar de gobernantes y ex gobernantes. Vide GALAIN PALERMO, “Dificultades”, cit, pág. 446.

33 Cfr. Artículo 21 Ley 17.897 (Comisión para la reforma del proceso penal).- “Créase una Comisión para elaborar las bases de la reforma del proceso penal, la que será integrada por un representante del Poder Ejecutivo quien la presidirá, de la Suprema Corte de Justicia, la Fiscalía de Corte, la Universidad de la República, la Asociación de Magistrados Judiciales, la Asociación de Magistrados Fiscales, la Asociación de Defensores de Oficio, el Colegio de Abogados del Uruguay, la Asociación de Funcionarios Judiciales, la Asociación de Actuarios Judiciales y el Ministerio de Economía y Finanzas.”.

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho, Juez Penal

Profesor de Derecho Penal General y Especial

En el anterior trabajo, publicado en la Revista Penal N.º 13 (Enero de 2004), me referí a las reformas que se le habían hecho al Código Orgánico Procesal Penal (publicado en Gaceta Oficial N.º 5558 del 14-11-2001), y al Código Penal (publicado en la Gaceta Oficial N.º 5494 del 20-10-2000). Desde el 2003 hasta la presente fecha (abril de 2006), han ocurrido muchos cambios en la legislación

penal venezolana, principalmente me referiré, por razones de espacio, a las más importantes, que son: La Ley Contra la Corrupción, la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada, La Ley Orgánica Contra el Tráfico y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, la Ley Contra los Ilícitos Cambiarios, la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, y, muy especialmente, a la última y desacertada Reforma del Código Penal, aprovechando también para hacer una breve referencia del Anteproyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Observaciones a la reforma parcial del Código Penal de 2005¹

En relación a las penas de multa establecidas en el Código Penal, ya estas habían sido convertidas de bolívares a Unidades Tributarias en la Reforma del Código Orgánico Procesal Penal del 14-11-2001 (ver artículos 489 y 548), sin embargo, y a pesar de que se trataba de los mismos legisladores, en un olvido inexplicable, y argumentando erróneamente que no habían sido modificadas desde hacía casi 100 años (¿), resolvieron ‘convertirlas’ de nuevo e incrementarlas. Por otro lado, las multas son excesivamente altas: por los delitos hasta 67 millones 200 mil Bs. (US \$ 31.000.-) y por las faltas hasta 50 millones 400 mil Bs. (US \$ 23.500.-), calculando la unidad tributaria a Bs. 33.600.-, la cual es aumentada anualmente, lo que las va a elevar cada vez más.

Aunque no lo dice expresamente (que debió decirlo), esta reforma está eliminando la pena de presidio, con lo cual estamos de acuerdo y así lo hemos venido proponiendo desde el año 2001, pero el legislador comete el error de modificar unos artículos y otros no, así vemos que el homicidio intencional está castigado con pena de presidio y el homicidio calificado con prisión, lo que evidentemente no se justifica y crea confusión.

En los artículos 108, numeral 5, y 112, numeral 2, la reforma pretende mantener la pena de “expulsión del territorio de la República”, lo que es un exabrupto, al menos con respecto a los venezolanos, ya que esa sanción está expresamente prohibida por la Constitución Nacional en el artículo 50, y esos numerales no se hace aclaratoria alguna.

En el artículo 128 se menciona a los “...grupos o asociaciones terroristas, paramilitares, insurgentes o subversivos...”. Cuando considero que bastaba y sobraba con indicar el término “terroristas”, para que todos los demás grupos o asociaciones quedaran incluidas, pero, de estimarse absolutamente necesario el señalarlos a todos expresamente, entonces también debería agregarse el término “guerrilleros”, para que no quede duda alguna con respecto a esos grupos, ya que a veces se ha pretendido excluirlos, tratando de ‘justificar’ sus actuaciones por supuestas razones “ideológicas” y sociales.

En diversas disposiciones (128, 140, 374, 375, 406, 407, 456, 457, 458, 459 y 460) se habla de “beneficios procesales de ley”, término que, a mi juicio, no es el adecuado, ya que no son propiamente ‘beneficios’, sino ‘medidas alternativas’. Al derogar el artículo 143, la Exposición de Motivos hace mención a la “ley anticorrupción”, la cual no existe, ya que realmente se denomina “Ley Contra la Corrupción”.

En el artículo 147 se mantienen los términos ambiguos e imprecisos que se utilizaban en el Código Penal antes de la reforma, como “ofendiere”, “irrespetare”, “si la ofensa fuere grave”, lo cual viola el principio de legalidad. Este artículo debió ser modificado pero no así. Los países más democráticos del mundo han eliminado estos tipos legales de opinión, como es el caso del Reino Unido, donde en ciertos sitios como Hyde Park, se tiene total inmunidad para opinar sobre quien se quiera y en los términos más duros y ofensivos, así sea de la Reina, del Primer Ministro o de cualquier otra personalidad pública. Igualmente, los términos utilizados para reformar algunos artículos, como el 216, son aún más ambiguos e imprecisos que los establecidos en el Código Penal antes de la reforma, lo cual ya es mucho decir.

El 22 de noviembre de 2005, la Fiscalía General de la República interpuso un recurso de nulidad por ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en contra de la Reforma del Código Penal, argumentando que 25 artículos de los 39 modificados son inconstitucionales, por considerar que en su redacción se hallaron una o más infracciones de principios y garantías fundamentales de aplicación del derecho, como lo son la proporcionalidad, racionalidad, seguridad jurídica, culpabilidad, legalidad y presunción de inocencia. El Ministerio Público señala en su escrito que los legisladores incurrieron en omisión de los principios de juzgamiento en libertad y debido proceso al eliminar los ‘beneficios’ procesales y las formulas alternativas de cumplimiento de la pena, lo cual, viola los artículos 19 y 272 de la Constitución, referidos al principio de progresividad y el sistema penitenciario². El Fiscal General que la eliminación de las medidas es una reforma ilegal de la Constitución y del Código Orgánico Procesal Penal, “instrumentos que las contemplan y que tienen un rango superior al Código Penal”³.

La nueva Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas⁴

Una de las “innovaciones” más importantes que nos trae la nueva Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, es en relación con el consumidor de drogas y el delito de posesión ilícita de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. En este sentido, en la Exposición de Motivos, entre otras cosas, se manifiesta lo siguiente con respecto a las drogas en general:

“La intención y propósito del legislador orgánico especial es, que no estén al alcance de los no usuarios, que no sean de fácil acceso y se obstaculice su disponibilidad, es decir, el legislador no quiere que estas sustancias, así sea de un miligramo, estén disponibles para los ciudadanos, con la excepción del consumo en dosis personal para los consumidores y las autorizaciones por razones terapéuticas, de investigación y docencia. El legislador no admite la detención por previsión o provisión”. Esto es sumamente grave, ya que prácticamente se ha legalizado en Venezuela la tenencia de drogas para el consumo, a pesar de que inmediatamente el legislador advierte que “No es una sustancia lícita de libre circulación”, para seguidamente afirmar “En esta reforma hemos decidido, de acuerdo a la armonización de las leyes europeas en la materia, aplicar la tesis de la dosis personal (no inmediata), rebajar la pena de cuatro (4) a seis (6) años por la de uno (1) a dos (2) años de prisión y además permitir que el Fiscal del Ministerio Público pueda, de acuerdo a las circunstancias específicas del caso y el mínimo de peligrosidad social causado en el caso del particular, solicitar sobreseimiento o archivar las actuaciones” (negritas agregadas).

La Exposición de Motivos también señala que “el delito de posesión exige la tenencia no autorizada de cantidades exiguas de estas sustancias prohibidas”, por lo cual “sigue siendo un delito objetivo, ya que la Ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión”, sin embargo, advierte que como “la intención del usuario cuando no es distribuidor, es decir, cuando no la detenta con fines de lucro, es innumerable”, eso significa que “el legislador no puede tomarla en cuenta, ya que puede ser por cualquier motivo ajeno al tráfico de drogas stricto sensu o lato sensu”. En consecuencia, según el legislador, la intención del poseedor no interesa, lo único que importa es si es o no consumidor. Por ello, nos da la siguiente definición: “la posesión es la detención de una sustancia o mezcla ilícita o desviada prevista en esta Ley, que ejerce la persona por sí misma a fin de tener la sustancia como propia” y sólo “Se considera delito de posesión ilícita, la cantidad que no sobrepase lo que pueda constituir una dosis personal para un sujeto medio como pretexto de previsión o provisión, no siendo éste consumidor de dicha sustancia o que está excluido por la Ley. El Juez determinará el delito de posesión ilícita, utilizando como referencia las máximas de experiencia de expertos, de lo que constituye una dosis personal de un individuo medio y bajo la condición de no ser el poseedor, ni consumidor, ni traficante, de acuerdo a las conductas tipificadas en los artículos 32 y 33 de esta Ley ni estando autorizado para su posesión por lo previsto en el artículo 3 de esta Ley”. (negritas agregadas)

Igualmente, en la Exposición de Motivos el legislador indica que “el poseedor ilícito es aquel sujeto que se caracteriza por detentar las sustancias estupefacientes y psicotrópicas sin ánimo de lucro, con una intención innumerable, distinta a la de traficar en amplio sentido, de

consumirlas o tenerlas con autorización para fines docentes o investigativos, por lo cual el sujeto no tiene vinculación alguna con la asociación de delincuencia organizada del tráfico de drogas, más allá de haber comprado o recibido dicha sustancia. Su dolo consiste en adquirirla conociendo que es una sustancia ilícita de prohibido comercio, y además, es necesario que se cumpla la circunstancia de detentarla en pequeña cantidad o minucia, cuya referencia es la dosis personal, lo cual lo distingue del distribuidor menor o al detal de estas sustancias, quien sí es parte de una organización delictiva y las posee con ánimo de lucro ilícito". Ahora bien, fuera de las evidentes imprecisiones, ambigüedades y contradicciones, no entendemos que es eso de "intención innumerable", especialmente cuando se le relaciona con que el poseedor no tiene, supuestamente, afán de lucro, ni es consumidor, sin embargo sí pueda tener una intención "distinta a traficar en sentido amplio", ¿significa esto que puede traficar pero "en sentido estricto o restringido", sin pertenecer a una organización delictiva?, cuestión que lo "distingue" del distribuidor menor. ¿Para que entonces posee la sustancia?, si no la va a consumir, ni vender, será como hobby o con ánimo de colección, o será para obsequiarla a amigos o conocidos. Cualquiera sea la razón esto no se debe permitir.

Está tan claro que esta nueva Ley ha legalizado el consumo de drogas, que la Exposición de Motivos también señala que "Es de capital importancia afirmar, que este procedimiento para los casos de consumo no es un procedimiento penal, en el sentido que el consumidor no es un delincuente, es considerado por la Ley Venezolana como enfermo de pie, que está en estado o situación de peligro... El Juez actúa en función de la facultad preventiva del Juez Penal a fin de aplicarle las medidas de seguridad social (no penal) que contempla la Ley, ... El consumidor por el sólo hecho del consumo no comete delito y mal puede ser considerado no imputable". Estoy absolutamente de acuerdo en que el consumidor de drogas es un enfermo y no debe ser tratado como un delincuente, a menos que haya cometido algún delito, pero de allí a que esas sustancias no "estén disponibles para los ciudadanos, **con excepción del consumo**", y que "La intención y propósito del legislador orgánico especial es, **que no estén al alcance de los no usuarios**, que no sean de fácil acceso y se obstaculice su disponibilidad.", no me parece, porque el Estado tiene que luchar para erradicar totalmente las drogas, no puede permitirles de ninguna manera, sean estas blandas o duras. Debe, por lo tanto, tratar a los consumidores como enfermos, pero no proveyéndolos de esas sustancias ni permitiendo que las adquieran, de otra manera, jamás se "curarán", y, por otro lado, es muy ingenuo pensar que un consumidor, que sólo se dedica a buscar, adquirir y consumir drogas, que no trabaja, o que, si aún lo hace, más tarde o más temprano lo dejará, o lo despedirán, y se dedicará a cometer delitos, precisamente para poder sufragar su necesidad de esas sustancias, convirtiéndose así en un problema ya no sólo para sí mismo, sus familia-

res y allegados, sino para toda la comunidad. En ninguna parte del mundo la legalización del consumo de las drogas ha dado beneficios para la ciudadanía, o ha disminuido el consumo de las mismas, el único beneficiado ha sido el fisco, en consecuencia, estoy en total desacuerdo con la legalización del consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

La Ley Contra la Corrupción⁵

En fecha 7 de abril de 2003 fue publicada en Gaceta Oficial la nueva Ley Contra la Corrupción, derogando así la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (LOSPP) del 23 de diciembre de 1982. Esta Ley, aunque se encuentra basada en el modelo anglosajón, muy poco garantizador, en el que supuestamente prevalecen el pragmatismo y la eficacia, no ha dado realmente resultados en Venezuela, donde los índices de corrupción son de los más altos del mundo, convirtiéndose así en normas de derecho penal simbólico. Entre las observaciones que se le puede hacer a esta Ley, están las siguientes:

*Como ya lo ha advertido Beltrán Haddad⁶, "el principio non bis in idem, aparece claramente violentado en el artículo 33, que establece ciertas sanciones administrativas 'Independientemente de la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria'. En síntesis, se pueden aplicar múltiples sanciones por el mismo hecho, sin que esta grave violación de principios fundamentales haya sonrojado en lo más mínimo al legislador venezolano"*⁷.

Por otra parte, agrega Haddad, "siguiendo la línea trazada por la Convención Interamericana contra la corrupción, y plasmada en las legislaciones vigentes en otros ordenamientos jurídicos iberoamericanos, en Venezuela el delito de enriquecimiento ilícito se estructura sobre la base de una presunción iuris tantum en contra del reo, quien será sancionado si no consigue demostrar el origen lícito de su patrimonio"⁸.

El artículo 73 prevé el delito de Incremento Patrimonial no Justificado o Enriquecimiento Ilícito, el cual se encuentra muy relacionado con el actual artículo 46. Se ha cuestionado la Constitucionalidad de este artículo, ya que se viola o desconoce el principio de la presunción de inocencia y prácticamente se le sustituye por la presunción de haber cometido el delito y, por ende, de culpabilidad, ya que se invierte la carga de la prueba, porque es el funcionario quien está obligado a 'justificar' el incremento desproporcionado de su patrimonio, esto es, tiene que demostrar el origen legal del mismo y que no cometió delito alguno. En este sentido, Haddad considera "que la presunción en contra del reo no es admisible, y que aunque los hechos que pueden ser sometidos a juzgamiento por este delito son claramente repudiables, hay que sostener sin fisuras que el marco de garantías del Estado de Derecho en materia penal es aplicable a todos los delincuentes, funcionarios corruptos incluidos. En consecuencia, la demostración del origen ilegal del incremento patrimonial desproporcionado de un funcionario público le

debe corresponder al Ministerio Público, en ningún caso debe ser el propio acusado quien esté obligado a demostrar su origen legal"⁹.

Otro problema es que el legislador, al transcribir los artículos del 44 al 47 de la derogada Ley e incorporarlos directamente a la nueva, dentro del Título "De los Delitos Contra el Patrimonio Público", tipificando en ellos el delito de "Enriquecimiento Ilícito", cometió el error de que no estableció castigo alguno para esa conducta, ya que ni en este artículo 46 ni en los 5 siguientes se prevé pena alguna, es decir, este delito *carece de sanción*. Ahora bien, este grave fallo no significa necesariamente que esta conducta ilícita se va a quedar sin castigo, ya que el supuesto de hecho del **artículo 73** de esta Ley Contra la Corrupción, es muy similar al de este artículo 46, y dicho artículo 73 sí establece una sanción, ya que prevé prisión de tres a diez años, la misma pena que ya establecía el artículo 66 de la derogada LOSPP. En consecuencia, con la aplicación del citado artículo 73, podría subsanarse el error cometido por el Legislador al no establecer la pena correspondiente en este artículo 46 ni en los 5 siguientes.

También dispone esta Ley, la obligación de declarar de los funcionarios o empleados públicos. ¿Viola esta disposición el numeral 5 del artículo 49 de la Constitución Nacional, que establece que "Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o **declarar** contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad? Considero que sí. Por otro lado, la obligación de **presentar** a la Contraloría General de la República y al Ministerio Público los libros, comprobantes y documentos relacionados con el hecho que se averigua, está ya contemplado como infracción administrativa en el numeral 2 del artículo 33.

Finalmente, existen errores materiales en algunas disposiciones, por ejemplo, a una parte del artículo 46 le falta sentido, presumiblemente la intención del legislador era decir: "que no pudiere justificar '**al serle**' requerido", pero por error omitieron 'al serle', restándole así sentido a la norma.

El proyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia

El Dr. Alejandro Angulo Fontiveros¹⁰ y un equipo de juristas, presentó en diciembre de 2003, un anteproyecto de Código Penal, que luego fue aprobado y acogido por el Tribunal Supremo de Justicia, el cual, a finales de 2004, lo remitió a la Asamblea Nacional para su discusión, lo que todavía no ha ocurrido.

Considero que este proyecto es un aporte sumamente importante, ya que realizó un trabajo sumamente difícil, realmente titánico, como es el lograr compilar las dispersas normas penales venezolanas que se encuentran contenidas en más de ochenta leyes especiales, que han prácticamente desmembrado el Código Penal. Ya eso

solamente, es digno de admiración. Pero, por supuesto, un proyecto tan complicado y de tal magnitud, con más de mil artículos, que abarcan no sólo los hechos punibles tradicionales, sino que además plantea varias innovaciones y pone en el tapete algunos temas sumamente polémicos (como el aborto y la eutanasia), que tienen que ser debatidos por parte de todos los sectores de la vida nacional, producto de un debate serio y constructivo, desvinculado de aspectos e intereses políticos y religiosos, o de cualquier otra índole distinta al jurídico, académico, cultural y social, ya que eso es en realidad lo más conveniente, necesario y deseable que puede ocurrir. Si debo de antemano manifestar mi total desacuerdo con la despenalización del aborto, cuestión en la que considero no se va a llegar a acuerdo o consenso alguno, lo que seguramente obligará a realizar un referendo.

Por otra parte, el aporte más importante de este proyecto, es que ha incentivado la realización de un gran debate en el seno de nuestras universidades, especialmente en las Escuelas de Derecho, Institutos de Estudios Jurídicos y Colegios de Abogados, no sólo sobre este proyecto, sino también sobre otras propuestas que se han presentado, lo cual tiende a su perfección y enriquecimiento.

Ley contra los ilícitos cambiarios¹¹

El artículo 6 contempla una pena de 2 a 6 años de prisión y multa equivalente en bolívares al doble del excedente de la operación, a quien, en contravención a las normas que regulan el régimen de administración cambiaria, en una o varias operaciones ocurridas en un mismo año calendario, compre, venda, transfiera, reciba, exporte o importe divisas, a partir de veinte mil un dólares americanos (US\$ 20.001) o su equivalente en otras divisas. Igualmente, el artículo 7 sanciona con prisión de 3 a 7 años y multa del doble del equivalente en bolívares del monto de la respectiva operación, a quien obtenga divisas mediante engaño, alegando causa falsa o valiéndose de cualquier otro medio fraudulento. El artículo 8 establece la misma pena de 3 a 7 años, a quien destine las divisas obtenidas lícitamente para fines distintos a los que motivaron su solicitud. Esta Ley prevé aumentos de las anteriores penas, de un tercio a la mitad, en caso de que para la comisión de alguno de los ilícitos cambiarios antes señalados, se hiciera uso de medios electrónicos o informáticos, o de conocimientos especiales o de instrumentos propios de la materia bancaria, financiera o contable (art. 9). Igual aumento de un tercio a la mitad se le impondrá al funcionario público que valiéndose de su condición o en razón de su cargo, incurra, participe o coadyuve a la comisión de cualquiera de los ilícitos que establecidos en esta Ley.

De acuerdo con esta Ley, cualquier pequeño cambio en la mercancía determinada podría constituir delito y acarrear una sanción penal, lo cual es, por decir lo menos, una exageración, para no calificarlo de un atropello o una arbitrariedad. De esta manera, hasta un pequeño cambio que

hagan las autoridades aduaneras de otro país de un código arancelario, podría significar que un importador pudiera ser perseguido penalmente, lo que es absurdo. Tampoco considero correcto el considerar como agravante de las penas el uso de medios electrónicos o informáticos. Los castigos son excesivos, sobretodo tomando en cuenta que ya en Venezuela no se justifica ni siquiera la existencia del control de cambio, estando tan altos los precios del petróleo, así como el nivel de nuestras reservas internacionales, que fueron las razones que se dieron hace 3 años para justificar la imposición de dicho control. Está muy bien que el gobierno, como estrategia económica, mantenga el control de cambio, si es que lo considera indispensable para evitar la fuga de divisas y proteger las industrias nacionales, pero lo que no se justifica de ninguna manera son las sanciones penales, muy especialmente las contenidas en esta Ley, por ser excesivamente severas y por ser muy discutible el presunto bien jurídico protegido. Dicho control le ha hecho pasar innumerables penurias a quienes hemos tenido que viajar al exterior.

Ley Orgánica de Seguridad de la nación¹²

El artículo 56 señala que “Cualquiera que organice, sostenga o instigue a la realización de actividades dentro de las zonas de seguridad, que estén dirigidas a perturbar o afectar la organización y funcionamiento de las instalaciones militares, de los servicios públicos, industrias y empresas básicas, o la vida económico social del país, será penado con prisión de cinco (5) a diez (10) años”. Esta disposición ha sido muy criticada, por ser sumamente ambigua, así como porque los artículos del 47 al 52 de dicha Ley, le da facultades tan amplias al Ejecutivo Nacional, que éste tiene la posibilidad de declarar como zona de seguridad, a prácticamente cualquier espacio geográfico de la República, lo cual podría dar lugar a abusos.

Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada¹³

Esta Ley comienza en su artículo 2, por dar una “definición” de lo que se debe entender por delincuencia organizada, señalando que es “*La acción u omisión de tres o más personas asociadas por cierto tiempo con la intención de cometer los delitos establecidos en esta Ley...*”, indicando seguidamente en ese mismo artículo que “*Igualmente, se considera delincuencia organizada la actividad realizada por una sola persona actuando como órgano de una persona jurídica o asociativa, cuando el medio para delinquir sea de carácter tecnológico, cibernético, electrónico, digital, informático o de cualquier otro producto del saber científico, aplicados para aumentar o potenciar la capacidad o acción humana individual y actuar como una organización criminal, con la intención de cometer los delitos previstos en esta Ley*”. Como puede observarse, esa “definición” es sumamente

ambigua, amplia e indeterminada, ya que abarca innumerables situaciones y posibilidades. Luego, desde el artículo 3 al 16, esta Ley prevé una gran cantidad de hechos punibles que ya se encuentran tipificados en el Código Penal o en Leyes Especiales, mezclando además, en forma desordenada, a muchos de estos delitos, así vemos que en el artículo 3 contempla el tráfico de metales, piedras preciosas, materiales estratégicos, nucleares o radiactivos, como si fueran cosas relacionadas o análogas, señalando, para colmo, que debe entenderse como recursos o materiales estratégicos a “los insumos básicos que se utilizan en los procesos productivos del país”, es decir, a prácticamente cualquier cosa.

Arteaga Sánchez, sin duda el más reconocido penalista venezolano, cuestiona con sobrada razón, que mediante esta Ley se distorsione el sistema de penas y su proporcionalidad al sancionar el sabotaje o la perturbación de la normal actividad de una empresa básica del Estado con penas superiores al homicidio, que el concepto de delincuencia organizada prácticamente es ilimitado, que se consagran numerosas fórmulas de “conspiración” cuando en nuestra legislación se dispone de las figuras del agavillamiento y de la asociación ilícita para delinquir, y que se establezca la responsabilidad penal de las personas jurídicas, todo lo cual entra en franca colisión con la normativa penal vigente en nuestro Código Penal. Para Arteaga, esta Ley es un “auténtico mamotreto legislativo, plagado de errores en el uso del castellano, con dislates jurídico-penales y con excesos punitivos”¹⁴.

Ley Orgánica de pueblos y comunidades indígenas¹⁵

Desde siempre ha sido producto de mucho debate, la aplicación de las normas penales generales a la población indígena, sobre todo en relación con aquellas comunidades que se han mantenido en zonas remotas y alejadas de los centros poblados, discutiéndose también si se les debe considerar o no imputables, y si se debe reconocer y respetar todas sus costumbres y tradiciones, aún aquellas que son consideradas como hechos punibles por nuestras leyes penales sustantivas. A diferencia de otros países, como Bolivia y Perú, donde la población indígena es mayoritaria¹⁶, la realidad venezolana es que su población indígena, según cifras oficiales, es de alrededor de medio millón de personas, que equivale apenas al dos por ciento (2%) de toda la población actual del país (25 millones). Por otro lado, la mayoría de los 500.000 indígenas venezolanos se encuentran ya adaptados a nuestra cultura y hablan el castellano. Sólo existe un pequeño grupo de indígenas, no mayor de 50.000 personas, que no están totalmente adaptados a la civilización, que representan aproximadamente el diez por ciento (10%) de toda la población indígena y el 0,2% de la del país. Ésa es la dimensión del asunto en este momento y, como es lógico, cada día se irá reduciendo el número de indígenas que pudieran tener problemas

de adaptación. Por ello, no estoy de acuerdo con que se dicten disposiciones demasiado genéricas, que no sean claras e inequívocas, o que puedan sembrar dudas o dejar la abierta la posibilidad de interpretaciones absurdas e inconvenientes, sobre todo en relación con delitos graves. Considero que esta Ley debió ser debatida más profundamente, para evitar que se le de un uso inadecuado que propicie la impunidad.

En mi opinión, esta ley no era ni siquiera necesaria, ya que los muy esporádicos casos de ignorancia o desconocimiento por parte de un indígena sobre alguna disposición penal, pueden ser resueltos a través de la figura del error, y los otros parámetros son los expresamente establecidos en el artículo 260 de la Constitución Nacional, que textualmente establece: *“Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”*. Esta norma constitucional establece ciertas limitaciones a esta jurisdicción especial indígena, primero: el territorio, ya que sólo es aplicable dentro del hábitat o entorno físico determinado; segundo: dentro del grupo, pueblo o etnia, ya que se sólo se aplica cuando el conflicto afecte únicamente a integrantes de una misma etnia o comunidad indígena; tercero: siempre y cuando los hechos no sean contrarios a la Constitución o afecten normas legales o el orden público.

Pues bien, a mi juicio, el legislador se excedió y extralimitó en esta Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, ya que, entre otras cosas, incorpora como integrante de una comunidad indígena a “toda persona no indígena integrada por vínculos familiares o por cualquier otro vínculo a la comunidad indígena”, lo cual no es el espíritu, motivo, razón e intención de la norma constitucional; sólo menciona a la Constitución Nacional y a los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos por Venezuela, obviando la mención de las leyes venezolanas y el orden público, a pesar de que están expresamente señalados en el artículo 260 constitucional; modifica el Código Orgánico Procesal Penal, al ordenar, en los delitos graves, la formación del Tribunal mixto “incorporando a ciudadanos indígenas como Escabinos”, indicando además, que eso se hace “para garantizar el respeto a sus derechos fundamentales”, que, según esta Ley, no lo garantizan ni el Juez ni los Escabinos no indígenas; señala que en los procedimientos penales que involucren a indígenas se seguirán las siguientes reglas: 1) “no se perseguirá penalmente a indígenas por hechos tipificados como delitos, cuando en su cultura y Derecho estos actos sean permitidos”, 2) Los Jueces al momento de dictar sentencia definitiva o cualquier medida preventiva, deberán considerar las condiciones socioeconómicas y culturales de los indígenas”, y 3) Las penas privativas de libertad sólo se impondrán cuando no exista otra alternativa

para el cumplimiento de la sentencia”. Estas disposiciones, además de violar el artículo 260 Constitucional, también lesionan principios, derechos y garantías consagrados en la nuestra Carta Magna, especialmente la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley, sin discriminaciones, el acceso a la justicia, el derecho a ser amparado por los Tribunales de la República, la obligación del Estado de investigar y sancionar los delitos que se cometan en todo el territorio de la República, el derecho de todo ciudadano a ser protegido por parte del Estado, etc.

Conclusiones

La situación dramática de inseguridad en que se encuentra sumida Venezuela, donde el número de personas que mueren anualmente en manos del hampa es de casi 12 mil, esto es, prácticamente mil personas mensuales, más de 30 diariamente, es decir, más de una persona por hora, lo cual sólo ocurre en países que se encuentran sumidos en una guerra, hace que algunos ingenuamente piensen, que la solución está en aumentar las penas y en disminuir las garantías. Ni siquiera esta situación intolerable, justifica que se promulguen leyes que violan principios y garantías constitucionales y legales. Las leyes tienen que tener su legitimación, no pueden ser simples caprichos de los legisladores, o producto de coyunturas del momento, de una reacción esporádica. Cada problema jurídico requiere de una solución que no sólo tiene que ser jurídica, sino que también tiene que ser racional, equilibrada, lógica, producto de un análisis, de un estudio serio y sosegado, de una meditación profunda, de una consulta amplia y abierta a la ciudadanía, tanto para oír la opinión de los especialistas como del resto de la población.

Los legisladores deben escuchar a sus electores, a sus representados, no decidir a sus espaldas o en contra de sus deseos e intereses, y, por supuesto, no criminalizar conductas por razones políticas o de otra índole distinta a las estrictas necesidades de la población y de salvaguardar el orden público. Lamentablemente, con cierta frecuencia, se confunde el Derecho con la Ley. El Derecho tiene por esencia que ser justo y equitativo, las leyes muchas veces son injustas y arbitrarias, contrarias al derecho y a la justicia. Eso no debe ocurrir en un Estado social y democrático, de derecho y de justicia, pero a veces sucede. En el caso del Derecho Penal, los principios de legalidad, de derecho penal mínimo, de *ultima ratio*, de lesividad y de protección de bienes jurídicos, entre otros, obliga a la existencia de un Estado garantizador, equilibrado, justo, ético y equitativo, donde no deben promulgarse normas que utilicen términos vagos, imprecisos o equívocos, sino todo lo contrario, tienen que ser conceptos y disposiciones claras y precisas, que no se presten a confusiones.

El derecho penal tiene que estar al servicio del ciudadano no del Estado. Por ello, no deben de proliferar las modalidades de vilipendio, las sanciones por presuntas ofensas o insultos a los funcionarios públicos, tampoco las

prohibiciones absolutas para otorgar medidas alternativas para la prosecución del proceso o para conceder medidas alternativas al cumplimiento de las penas. Se deben penalizar sólo las conductas estrictamente necesarias, sin privilegiar los delitos contra el Estado o contra los funcionarios públicos, y mucho menos, poner estos por encima de los delitos contra las personas. Se deben eliminar los delitos de tinte político y aquellos que puedan ser usados con esos fines, como es el caso del desacato, que en la mayoría de los países más desarrollados y civilizados ya han eliminado, por ser incompatibles con la libertad de expresión y con los derechos humanos.

Como dice Bustos Ramírez, citado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en Sentencia N.º 1655 del 25-07-05, en relación con la irretroactividad de la Ley Penal "... Se trata de impedir la arbitrariedad del legislador. El ciudadano tampoco puede quedar entregado a la sola voluntad del legislador. Es cierto, como se ha señalado en su contra, que a veces la buena intención del legislador es impedir que queden impunes hechos que evidentemente deberían constituir delito; pero los ciudadanos no pueden quedar entregados a las buenas o malas intenciones del legislador de turno, de ahí la necesidad de este principio". Un ejemplo de ello lo constituye el proyecto de Ley del Derecho del Autor y la Autora, que actualmente se discute en la Asamblea Nacional, el cual, en su artículo 109, establece una sanción de multa que no será inferior a diez mil unidades tributarias. Esta multa es convertible en arresto proporcional, a razón de un día de arresto por cada unidad tributaria, lo que significa que el arresto sería de más de veintisiete años, lo cual evidentemente es un exabrupto y un absurdo. Otro ejemplo lo constituye el proyecto de Ley Antimonopolio, Antioligopolio y contra la competencia desleal, que prevé penas de hasta 7 años para quienes cartelicen precios, así como sanciones penales para quienes participen

en algún "boicot". Se pretende en un futuro próximo reformar nuevamente el Código Penal y el Código Orgánico Procesal Penal, esperemos, para bien del país, que dichas reformas sean producto de una verdadera y abierta consulta a la comunidad.

Notas

1 Esta Reforma fue publicada originalmente en fecha 16 de marzo de 2005 (Gaceta Oficial N° 5.763), pero, por errores materiales, tuvo que ser reimpressa en fecha 13 de abril de 2005 (Gaceta Oficial N° 5.768).

2 Ver Diarios "Últimas Noticias" (pág.12), "El Universal" (pág. 1-4) y "El Nacional" (Pág. A-2), todos del 23-11-05.

3 Declaración del Dr. Isaías Rodríguez, Diario "El Universal" del 23-11-05, pág. 1-4.

4 Gaceta Oficial N° 5.789 del 26 de octubre de 2005.

5 Gaceta Oficial N° 5.637 del 7 de abril de 2003

6 Ex-magistrado de la Sala de Casación penal del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela

7 Ponencia presentada en el I Seminario sobre la Ley Contra la Corrupción. 29 y 30-08-03. Colegio de Abogados.

8 Ibidem.

9 Ibidem.

10 Ex-presidente y ex-magistrado de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ)

11 Gaceta Oficial N° 38.272 del 14 de septiembre de 2005 (entró en vigencia el 14 de octubre de 2005)

12 Gaceta Oficial N° 37.594 de fecha 18 de diciembre de 2002.

13 Publicada en Gaceta Oficial N° 38.281 del 27 de septiembre de 2005.

14 Diario "El Universal", octubre de 2005.

15 Gaceta Oficial N° 38.344 del 27 de diciembre de 2005.

16 Hasta el punto de que sus actuales Presidentes son indígenas (Alejandro Toledo y Evo Morales)