

Sistemas penales comparados



Reformas en la legislación penal y procesal penal (2000/2003)

Alemania

Rodrigo Aldoney Ramírez, LL.M.

Universidad de Friburgo de Brisgovia/Universidad de Gotinga

El proceso de reforma del derecho penal material y procesal se caracteriza por ampliar la aplicación extraterritorial del poder punitivo y por retomar en gran medida delitos e instituciones que habían sido abordados recientemente. Según se puede apreciar de los nuevos proyectos de reforma, debiera incrementarse este proceso en un futuro cercano¹, lo que no deja de sorprender atendido el corto tiempo que ha mediado entre las innovaciones legislativas. En esta breve exposición sólo serán abordadas las reformas principales en su contenido más relevante, enumerándose al final las reformas secundarias.

I. Derecho Penal

1. Con el establecimiento del denominado *Völkerstrafgesetzbuch* (Código de Derecho Penal Internacional)², como consecuencia de la ratificación del Estatuto de Roma, se tipifican en el ordenamiento penal alemán los crímenes de lesa humanidad (§ 7 VStGB) y de guerra (§ 8-12 VStGB) en términos similares al Estatuto, vale decir, respecto del primer grupo de figuras punibles, mediante la comisión de determinados hechos aislados que en el marco de un generalizado y sistemático ataque contra una población civil adquieren el carácter de delitos contra la humanidad, diferenciándose del Estatuto por la introducción de tipos calificados por el resultado (inc. III) y por regular los casos menos graves (inc. II y IV) y respecto del segundo grupo bajo un criterio de clasificación, que si bien a diferencia del Estatuto divide los delitos según si el ataque se dirige contra determinadas víctimas (§ 8 VStGB), contra la propiedad y otros derechos (§ 9 VStGB), contra operaciones humanitarias o emblemas (§ 10 VStGB) o se aplican métodos prohibidos de conducción de guerra (11 y 12

VStGB), incluye igualmente situaciones de conflicto armado interno e internacional. Por otra parte, se tipifica el delito de genocidio (§ 6 VStGB) en términos similares al StGB³, quedando derogado el § 220a. En cuanto a la parte general se hacen aplicables casi todas las regulaciones del StGB a partir de la cláusula subsidiaria del § 2 VStGB, salvo respecto de la actuación por orden, que contempla una causal de exculpación respecto de actos realizados en cumplimiento de órdenes cuya antijuridicidad no es reconocida ni aparece ostensible (§ 3 VStGB) y respecto de la responsabilidad por omisión del comandante y otros superiores (también civiles, todos los cuales no pueden acceder a la atenuación general del § 13 II) (§ 4 VStGB). Además se establece una pena atenuada para la infracción del deber de vigilancia (incluso culposa) (§ 13 VStGB) y para la omisión de la denuncia (§ 14 VStGB), así como la imprescriptibilidad respecto de crímenes de los §§ 6-12 VStGB.

Finalmente se establece la jurisdicción universal en el § 1 VStGB respecto de los crímenes, aplicándose a los simples delitos de los §§ 13 y 14 VStGB las reglas generales del §§ 3 y ss. A consecuencia de esta nueva regulación el StGB sufre diversas adecuaciones y leves ampliaciones al hacer referencia, junto al genocidio, a los crímenes de los §§ 7-12 VStGB, en los siguientes delitos: alteración del orden público mediante amenaza de ciertos delitos (§ 126), constitución de asociaciones terroristas (§ 129a) y no denuncia de delitos planificados (§ 138 y 139).

2. El internamiento preventivo se amplía nuevamente mediante la figura de *reserva del internamiento preventivo* (§ 66a), la que consiste en la facultad del tribunal de declarar expresamente en el fallo condenatorio —básicamente por delitos de abusos sexuales contra menores— en caso de reincidencia en los términos descritos en el § 66 III y siempre que no sea posible establecer con suficiente certeza la peligrosidad social del autor (§ 66 I n° 3)⁵, que mantiene en suspenso la aplicación de esta medida. En tal caso el tribunal (que ha fallado en primera instancia) podrá en un futuro⁶ ordenar el internamiento cuando, du-

rante el cumplimiento de la pena, se pueda estimar que el autor reincidirá en determinados delitos relevantes que puedan dañar psíquica o físicamente a la víctima. Respecto de esta reforma se han hecho valer dudas en torno al *ne bis in idem*, por cuanto se mantiene sobre el ciudadano la espada de Damocles de una nueva sanción, al *in dubio pro reo*, por cuanto en la duda en torno a la peligrosidad del sujeto no se decide en su favor, así como en torno a aspectos criminológicos que describen la imposibilidad de realizar pronósticos fiables de conducta respecto de personas recluidas⁷.

3. En materia tributaria se introdujo el tipo calificado de la evasión tributaria profesional o en banda (§ 370a AO) mediante la *Ley de combate de la reducción de impuestos* (StVBG) del 19.12.2001⁸. En razón de la dura crítica manifestada por la doctrina al marco legal comparativamente alto (uno a diez años de pena privativa de libertad) y rígido, se procedió a modificar el tipo sólo seis meses después de su entrada en vigencia por la *5ª Ley sobre modificación de la ley de formación de funcionarios tributarios etc.*, que entró en vigencia el 27.7.2003⁹. Si bien esta reforma mantiene el marco penal base, agregó el requisito de una evasión de *gran alcance*¹⁰ (a fin de evitar una penalidad excesiva en casos de evasión profesional [“gewerbsmäßig”]¹¹, pero de menor cuantía) e introdujo un marco penal inferior en casos menos graves (3 meses a cinco años de pena privativa de libertad). Igualmente se corrigió, respecto de la versión inicial del tipo, la omisión de la referencia al § 371 AO (que establece la autodenuncia como causal de absolucón), introduciendo en el ordenamiento una versión novedosa de este mecanismo que sólo permite atenuar la pena, al calificar el delito como menos grave en caso de autodenuncia, lo que a su vez hace posible, por aplicación del § 47 StGB, una pena pecuniaria.

La ley inicial también introdujo este tipo calificado expresamente¹² entre las conductas previas del lavado de dinero (§ 261 I, 3ª frase), siendo también modificada por la segunda ley recién comentada, alcanzando a los gastos ahorrados mediante la evasión (lo que traería como efecto la “contaminación” de todo el patrimonio del autor)¹³ y a los beneficios tributarios obtenidos ilícitamente. Junto a esta referencia al § 370a AO se incluyen en la misma frase del lavado de dinero los objetos respecto de los cuales se evadieron impuestos en los supuestos del inc. I frase 2ª, n° 3 (que se refiere básicamente a supuestos de contrabando agravado y casos de receptación de objetos respecto de los cuales se han evadido determinados tributos). Esta ampliación del lavado de

dinero supone una innovación relevante, ya que pasa a abarcar, como objeto apto para el lavado de dinero, patrimonio legalmente adquirido¹⁴ que, en razón de los casos incluidos, pretende enfrentar las ganancias no tributadas por el crimen organizado¹⁵.

4. Mediante la *34ª Ley de modificación de la ley penal* (34. StÄG) del 22.8.2002¹⁶ se circunscribe, en los §§ 129 y 129a, la acción de publicitar la asociación criminal y terrorista a aquellos casos en que ésta se realiza para atraer miembros o cooperadores, excluyéndose así la llamada *publicitación de simpatía* (“Symphatiewerbung”). Esta contracción de la punibilidad apunta en dirección contraria al § 129b, introducido por la misma ley. En efecto, el § 129b amplía los delitos de asociación criminal (§ 129) y terrorista (§ 129a) (¡y también su apoyo o publicitación en los términos modificados!) a los casos en que éstas se constituyen en el extranjero, distinguiendo si ello ocurre, al menos parcialmente, dentro o fuera del territorio de algún Estado miembro de la UE. La primera alternativa responde a la trasposición de la medida conjunta del Consejo de la UE del 21.12.1998, la segunda más bien a los atentados ocurridos el 11.9.2001 en EE.UU.

A diferencia de las asociaciones constituidas en la UE, la persecución de asociaciones “extra-UE” se somete a dos clases de restricciones. Por un lado, a diversos elementos de conexión que deben concurrir alternativamente (que la acción se realice mediante una actividad dentro del ámbito de validez de la ley, que el autor o la víctima sean alemanes o se encuentren en territorio alemán), resultando algunas de éstas dudosas, ya sea por cubrir varios supuestos ya sancionados a partir de las normas de la parte general del StGB¹⁷ o por extender enormemente la punibilidad, como en el caso en que se exige la sola presencia en Alemania del sujeto o finalmente por hacer referencia a la *víctima*, en delitos que han sido descritos como anticipaciones punitivas sin “víctima”¹⁸. La segunda restricción se refiere a la autorización del ministerio de justicia para la persecución penal, bajo las condiciones descritas en la misma disposición.

Finalmente la reforma hace aplicable, tanto a los §§ 129 y 129a como al nuevo 129b, el comiso ampliado del § 73d y la confiscación de terceros del § 74a.

5. Como consecuencia de la Ley sobre la Prostitución del 20.12.2001, que intentó contribuir a la igualdad social de la prostitución, por ejemplo mediante el reconocimiento legal de la remuneración y la obligación de cotización en el sistema de seguridad social, se eliminó del tipo del § 180 la penalización del fomento de la prostitución

con fines comerciales en aquellos casos en que la conducta se realiza mediante medidas que exceden el mero otorgamiento de vivienda, etc. y que deban entenderse como expresiones de sometimiento al autor del delito, manteniéndose solamente como ilícito penal en casos de directa dependencia personal o económica. Se elimina este tipo de peligro abstracto¹⁹ para fomentar condiciones materiales de trabajo seguras y cómodas respecto de aquellas personas que libremente quieren ejercer esta actividad. La penalización de las actividades del proxeneta consistentes en el corretaje de prestaciones sexuales concretas habituales del § 181a II se limitan a aquellos casos en que se restringe la libertad de desplazamiento y de desempeño económico de la persona que se prostituye, a fin de no abarcar acuerdos contractuales libremente acordados y ejecutados. Se pretende enfatizar de este modo que los delitos en torno a la prostitución no pretenden proteger *de sino a la prostitución*²⁰.

6. El delito de manejo ilícito de perros peligrosos (§ 143), introducido por la *Ley de combate de perros peligrosos* (art. 3 HundBekG) del 12. 4. 2000²¹, castiga a aquel que, contrariando una prohibición estadual, críe o comercialice perros peligrosos o los mantenga sin autorización o en contra de una prohibición ejecutable. Este tipo penal en blanco, construido sobre una remisión normativa dinámica, ha sido cuestionado en cuanto a su constitucionalidad²², por reenviar la definición del objeto peligroso²³ y las conductas concretas punibles²⁴ a normas estadales que difieren considerablemente entre cada Estado, lo que se opondría a una interpretación unitaria del tipo²⁵. La ubicación sistemática en los delitos contra el orden público tampoco parece acertada, atendiendo al bien jurídico protegido, que según opinión mayoritaria es principalmente²⁶ la vida y la integridad corporal²⁷.

7. La *Ley de relaciones de parejas inscritas* del 16.2.2001²⁸ incluye, en el concepto legal de pariente del § 11 I n° 1, junto al cónyuge, a la pareja de igual sexo inscrita y definida en el § 1 inc. I de la señalada ley. Como modificación expresa al StGB ha de mencionarse la ampliación de la transmisión del derecho a querrela (§ 77) y su retractación (§ 77d).

8. Al delito de lesión de secretos privados se introduce en el § 203 II Nr. 6 una nueva alternativa referida a personas que, en el marco de actividades de investigación científica, han sido formalmente obligadas a la mantención de secretos. En el marco de la Ley de combate contra el trabajo clandestino, se adecua el ilícito de retención o malversación de remuneraciones laborales (§ 266a) a la evolución experimentada por la legisla-

ción de la seguridad social y se introduce un tipo agravado con enumeración no taxativa ni perentoria²⁹, que repite en gran medida las agravantes descritas en el tipo de evasión tributaria (§ 370 III n°1, 2, 3, AO). Una modificación menor se introduce al § 14 (actuar por otro) al incluir entre los destinatarios de la imputación al socio con facultad para representar a una sociedad de personas con capacidad jurídica en vez de una sociedad de personas mercantil, abarcando así otras formas societarias del Derecho alemán. Idéntica modificación se introduce al § 75, respecto de las sociedades a las que se puede imputar la confiscación al socio con facultad de representarla. Al § 299 se le incorpora un inc. III que hace aplicable las regulaciones sobre corrupción en las relaciones comerciales a la competencia en el extranjero, sin limitación al mercado de la UE, como ya se interpretaba parcialmente en la doctrina³⁰. Modificaciones de poca relevancia se introducen a los §§ 149 I (preparación de la falsificación de moneda y títulos valores), 153 (declaración no jurada falsa), 276a (preparación de la falsificación o aprovisionamiento de documentos de residencia legal o del automóvil) § 40 (penas pecuniarias e introducción del euro). Finalmente el Tribunal Constitucional declaró nulo el § 43a que consagra la imposición de la pena patrimonial dirigida principalmente a delitos en el marco de organizaciones criminales³¹, por contrariar el principio de certeza legal del art. 103 inc. 2 GG³².

II. Derecho procesal penal

1. La primera *Ley de modificación de la ley procesal penal* de este período, del 20.12.2001, introduce el § 100g³³ que regula la entrega de información sobre telecomunicaciones, reemplazando el § 12 FAG. Se aumentan los requisitos para ordenar la entrega de información (inc. I y II) y se precisan mayormente las informaciones que deben ser otorgadas por las empresas de telecomunicaciones (inc. III). Esta disposición busca establecer elementos probatorios en torno a datos técnicos de una telecomunicación (pudiendo extenderse ahora la orden incluso a comunicaciones futuras) como el lugar de conexión, tiempo y lugar de la conversación, etc. en casos de persecución de hechos con carácter de delito y siempre que la investigación se dificulte considerablemente sin esos datos.

Los §§ 100g y 100h, que se comentan a continuación por sufrir una posterior modificación, se incluyen en el catálogo de las medidas que deben ser informadas al involucrado cuando no constituyan un peligro para la investigación, la seguri-

dad pública, la integridad física y vida de alguna persona y la posibilidad de una nueva utilización de un agente encubierto ya empleado, junto con otros requisitos establecidos en el § 101.

2. Una tercera³⁴ *Ley de modificación de la ley procesal penal* en este período, del 6.8.2002, modifica el § 81f en términos aclaratorios, al establecer que la investigación del ADN según el § 81e requiere de autorización judicial en casos en que la investigación aún no se dirija contra la persona, vale decir, se trate de huellas habidas. Junto a ello el §100h, que había sido introducido por la ley anteriormente comentada, se modifica en el sentido de agregar requisitos para ordenar la entrega de la información de telecomunicaciones, exigir que en la solicitud se identifique la persona respecto de la cual se quiere obtener la información y otros datos (que pueden reducirse en caso de delitos de alta significación), establecer algunos sujetos con derecho a rehusar la información en la medida de su derecho (inc. II), incluyendo también la prohibición de su aprovechamiento como prueba y limitaciones para la utilización en otros procesos (inc. III). Finalmente se completa la reforma a la intervención de telecomunicaciones mediante la autorización para la averiguación por medios técnicos de teléfonos móviles conectados (100i) cuando se deba preparar una vigilancia telefónica en los términos del § 100a o se haga necesaria la medida para la detención o aprehensión de un sujeto con orden de detención, en cuyo caso los requisitos no son tan rígidos. En ambos casos se establece la obligación de las empresas de telecomunicaciones de entregar al juez, la fiscalía o los funcionarios policiales colaboradores de la investigación, determinados datos necesarios para la medida.

3. Una nueva regulación respecto del derecho a rehusar el testimonio para trabajadores de la prensa, de medios audiovisuales y radio surge con la segunda *Ley de modificación de la ley procesal penal* de este período, del 15.5.2002, la que amplía, principalmente en el §53, el grupo de trabajadores de estas áreas amparados por este derecho y el emisor de la información cuya identidad no debe revelarse (extendiéndose ahora a todo informante). A su vez se amplía al contenido de las informaciones recibidas o producidas por el titular de este derecho, aunque respecto de esta última fuente autónoma no es aplicable esta facultad cuando la declaración sirve para esclarecer un crimen o el objeto de la investigación sean delitos relacionados con la seguridad interior del Estado, la libertad sexual y —en términos más restringidos— el lavado de dinero. En el § 97, respecto de la prohibición de incautación de objetos del grupo de profesionales amparados por el derecho mencionado, se establece que la incautación proce-

derá en los casos en que no sea alcanzada por el derecho referido y sólo bajo consideración de la garantía constitucional de la libertad de prensa, radio e informaciones audiovisuales (art. 5 I frase 2ª GG) y en los casos en que la obtención del objeto no aparezca como desproporcionada y la averiguación de los hechos o del paradero del autor no se torne extremadamente difícil o improbable sin esta medida.

4. Entre reformas consecuencia de modificaciones al Derecho penal material ha de destacarse la Ley de introducción del Código Penal Internacional la que, no solamente establece el principio de jurisdicción universal del § 1 VStGB sino que, como contrapartida permite limitar, en los casos ya regulados en el § 153c I n° 1 y 2 (casos de delitos extraterritoriales), la amplia jurisdicción respecto de los delitos de los § 6-14 VStGB (§ 153f), al contemplar la posibilidad de omitir la persecución penal cuando el inculpado no se encuentre en territorio nacional ni sea de esperar que ello ocurra, salvo que se trate de un alemán y no se encuentre asegurada la persecución en los términos descritos en el § 153f I. El inc. II regula casos en que particularmente procede esta inactividad por parte de la fiscalía y que se refieren principalmente a la ausencia de elementos de conexión que justifiquen la jurisdicción de tribunales alemanes y casos en que se encuentre asegurada la persecución penal. Finalmente se establece en el inc. III la posibilidad de sobreeser la causa aun cuando ya se haya formulado acusación formal y de omitir la acusación formal (§ 154b) o la ejecución de la pena (§ 456a) cuando se hace entrega del sujeto a un tribunal penal internacional.

Asimismo se establecen, mediante la *Ley de introducción de la reserva del internamiento preventivo*, normas procedimentales como el deber de instrucción del condenado en torno a la medida y el plazo en que se mantiene en suspenso (§ 268d), la regulación del desarrollo del juicio oral que deberá llevarse a cabo para imponer el internamiento mantenido en suspenso (§ 275a), el informe pericial obligatorio tanto en el juicio oral en que se ventila la comisión del delito (§ 246a) como en el que se decide respecto del internamiento suspendido (§ 275a inc. V) y la mención obligatoria de la adopción de esta medida en la sentencia condenatoria (§ 260) y en los razonamientos que debe contener (§ 267 VI).

5. Ciertos delitos contemplados en el VStGB y la aplicación extraterritorial de los delitos de asociación criminal y terrorista (§ 129b StGB) se mencionan en diversas disposiciones de la StPO como en el § 100c I n° 3 (delitos que permiten la interceptación de comunicaciones privadas emitidas en un domicilio por el inculpado) o el § 112 III (prisión preventiva ex-

traordinaria). El § 129b StGB se menciona asimismo en los §§ 153c (delitos que permiten a la fiscalía omitir la persecución penal), 103 (registro de habitaciones de personas distintas al inculpaado, medida que se amplía a todo el edificio en el caso de este delito), 111 (establecimiento de puntos de control obligatorio), 138a II (exclusión del defensor del proceso cuando existan hechos que permitan sospechar su participación y conductas afines), 148 (rechazo de la comunicación escrita entre el inculpaado privado de libertad y su defensor en casos que el emisor no autorice su presentación al juez) y 443 (confiscación de objetos patrimoniales).

6. La *Ley de relaciones de parejas inscritas* introduce diversas ampliaciones en la StPO, al igualar parcialmente la pareja de vida homosexual a la pareja matrimonial. Esta modificación incide en diversas disposiciones en que ya se mencionaba la pareja matrimonial como son los §§ 22, 52, 149, 361, 395 y 404. El juramento se refiere ahora a las personas con disfunciones en la capacidad de hablar y/u oír (§ 66e) (no solo las personas mudas o completamente inhabilitadas en la percepción por esos sentidos, modernizándose de paso la terminología empleada) y se amplía de una a tres las fórmulas para el juramento. Mediante la *Ley de reforma del procedimiento penal administrativo* el § 479, que autoriza y regula la entrega de oficio de informaciones de carácter personal de procesos penales para la aplicación en nuevos procesos penales (entre otros casos), se amplía a la persecución de infracciones administrativas. Modificaciones menores se introducen a los §§ 37, 304, 463c, 374 y 454.

Notas

1. Por ejemplo los proyectos de ampliación de la asociación ilícita terrorista, establecimiento del internamiento preventivo por orden posterior a la condena, revocación de la remisión condicional o de ampliación del análisis del ADN en delitos sexuales, la mayoría de ellos ya abordados en este período y/o el anterior.

2. BGBI I p. 2254.

3. Código Penal alemán. §§ sin especificación corresponden a este código.

4. El § 66 StGB ya había sido ampliado el año 1998 mediante la Ley de lucha contra los delitos sexuales (SexualBekG). En esta ocasión el internamiento preventivo en sí mismo sólo se modifica mediante la eliminación del término "temporal" que acompañaba al de prisión, pudiendo aplicarse ahora también a la prisión perpetua.

5. Que se refiere básicamente a personas con propensión ("Hang") a delitos graves.

6. A más tardar seis meses antes del plazo para decidir en torno a la remisión condicional de la pena restante.

7. Cfr. para estas críticas y otras de peso KINZIG, *Das Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung*, NJW 2002, p. 3206 y ss.

8. BGBI I p. 3922.

9. BGBI I p. 2715.

10. Que, sin embargo, no alcanza a la obtención ilícita de beneficios tributarios.

11. Vale decir, basada en conductas reiteradas, según la interpretación habitual.

12. Por tratarse de un crimen, ya se encontraba incluido en el § 261 I n° 1.

13. Así en opinión de BITTMANN, *wistra* 2003, p. 161 y ss. y la crítica de TRÖNDLE/FISCHER, § 261 n.m. 8a.

14. Cfr. TRÖNDLE/FISCHER, § 261 ns.ms. 8a y 13a.

15. Así la justificación del proyecto de ley en BT-Drs. 14/7471, 3.

16. BGBI I p. 3390.

17. Especialmente el § 7 II n° 1 (principio de personalidad activa), aunque podría interpretarse que la regulación nueva no exige los requisitos limitadores allí consagrados y se aplica, por ejemplo, incluso respecto a actos que en el lugar del hecho no son constitutivos de delito. Así TRÖNDLE/FISCHER, § 129b n.m. 8.

18. Cfr. ALTVATER, *Das 34. Strafrechtsänderungsgesetz - § 129b StGB*, NSiZ 2003, p. 181; TRÖNDLE/FISCHER, § 129b n. m. 9.

19. Así S/S-LENCKNER, § 180a n.m. 9.

20. En tal sentido TRÖNDLE/FISCHER, § 180 n.m.5.

21. BGBI I p. 530.

22. Esta técnica legislativa en sí ha sido aceptada como constitucional, cfr. BVerfGE (Tribunal Constitucional alemán) 47, 285, 312; 67, 348, 363.

23. Por ejemplo cada Estado (Bundesland) ha elaborado definiciones o listas de perros considerados peligrosos que, junto con diferir en su magnitud, se apartan también en la denominación de cada raza.

24. Según NK-SCHILD, § 143 n.m. 24, el concepto de la acción de criar debe extraerse de las muy disímiles definiciones estatales.

25. Así TRÖNDLE/FISCHER, § 143 n.m. 18.

26. Para LACKNER/KÜHL, § 143 n.m. 2 y NK-SCHILD, § 143 n.m. 2, también resultan, a partir de las normas estatales a las que remite el tipo, protegida la propiedad e intereses patrimoniales.

27. Cfr. por muchos LK-LILIE, § 143 n.m. 2. Del mismo modo BT-Drs. 14/4451.

28. En torno a la constitucionalidad de esta ley y, consecuentemente de la modificación al StGB, se mantiene una viva discusión. A modo de ejemplo, a favor, TRÖNDLE/FISCHER, § 11, n. m. 7, en contra LACKNER/KÜHL, 11 vor § 38.

29. Mediante la ya usual fórmula "in der Regel", vale decir "normalmente".

30. Véase sobre el alcance del § 299 anterior LK-TIEDEMANN, § 299 n.m. 55.

31. Cfr. S/S-STREE, § 43 n.m. 1 y ss.

32. Fallo del 20.3.2002, BGBI I 1340; NJW 2002, pp. 1779 y ss.

33. Ley Procesal Penal alemán. §§ sin especificación corresponden a esta ley.

34. Respecto de la segunda ley de esa especie véase a continuación.

Argentina

Luis Fernando Niño

Universidad de Buenos Aires

En la anterior reseña sobre el tópico que hoy nos ocupa, contenida en el número 8 de esta excelente publicación¹, alcanzamos a consignar la Ley 25.320², dedicada a uniformar el régimen de inmunidades para legisladores, funcionarios y magistrados sujetos a desafuero, remoción o juicio político.

Durante el trienio transcurrido desde entonces, se han incorporado tan numerosas reformas a sendos códigos de fondo y forma en materia penal, que su tratamiento obligará a prescindir de dar detalle de otras leyes complementarias, a riesgo de superar con exceso el espacio reservado para estos informes nacionales. Como en el caso anterior, a fin de facilitar la tarea de actualización de los lectores, hemos de seguir el orden del articulado, en lugar de guiarnos por la fecha de publicación de las respectivas modificaciones al texto legal.

I. Código Penal. Parte General. Una vez más, el legislador argentino, extremadamente sensible a las variaciones registradas respecto de una u otra modalidad delictiva, ha reaccionado espasmódicamente frente a la ola de secuestros ocurridos en los últimos tiempos; y lo ha hecho de la manera acostumbrada: expandiendo las respuestas punitivas.

Fruto de tal tendencia, la Ley 25.742³ ha incorporado al art. 23 del Código Penal, consagrado a la pena accesoria de decomiso, un último párrafo —el sexto— mediante el cual se declara comprendida entre los bienes a decomisar “la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad”, en caso de condena por la comisión del delito de privación ilegal de libertad agravada por empleársela como medio de coacción (art. 142 bis Cód. Penal) o el de rescate o secuestro extorsivo (art. 170 ídem). En el mismo precepto se dispone que los bienes decomisados con motivo de tales delitos, así como el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima.

En análogo proceder reactivo, frente al aumento de los ilícitos cometidos con el empleo de armas de fuego, la incansable —y deplorable— “huida hacia el Derecho Penal” en procura de neutralizar fenómenos de clara raíz socioeconómica decantó en la inserción de un artículo complementario del 41, tradicional dispositivo que regula, desde la redacción original del Código Penal, la determinación judicial de las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad.

De tal suerte, el art. 41 bis, incorporado por Ley 25.297⁴, eleva en un tercio el mínimo y el máximo de la escala penal de cualquier delito cometido con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de una de tales armas, con el tope del máximo legal de la especie de pena de que se trate; y con una salvedad: tal agravante no será aplicada cuando aquella circunstancia ya se encontrare contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito en cuestión. Esta última previsión acota en buena medida la proyección de la nueva fórmula sobre las figuras de la Parte Especial.

Otro cambio en el Libro Primero del código sustantivo, debido a la mentada Ley 25.742⁵ e incluido como art. 41 ter, establece la facultad judicial de reducir las escalas penales previstas para los precitados artículos 142 bis y 170, en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encontrare privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento. El mismo resorte legal reduce la pena de prisión o reclusión perpetua a la de ocho a quince años de las respectivas especies punitivas, y finaliza aclarando que sólo gozarán del beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificaren.

Cierra la nómina de modificaciones a la Parte General del Código Penal argentino la incorporación, debida a la Ley 25.506⁶ del art. 78 bis, dentro del Título XIII, consagrado a la significación de conceptos empleados en el texto de ese cuerpo legal. En él se declara que los términos “firma” y “suscripción” comprenden “la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente”, y que los términos “documento”, “instrumento privado” y “certificado” comprenden “el documento digital firmado digitalmente” (*sic*).

II. Código Penal. Parte Especial. En el Libro Segundo del código, dedicado a los delitos en particular, cabe consignar en primer término el añadido, debido a la Ley 25.601⁷, de un nuevo inciso —el octavo— al art. 80, en el que se reúnen las distintas modalidades de homicidio agravado.

Conforme al nuevo precepto, se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado (art. 52 CP), al que matare a un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición⁸.

Por Ley 25.326⁹, se adicionó al Título II, alusivo a los delitos contra el honor, el art. 117 bis, por el

que se reprime con prisión de un mes a dos años al que insertare o hiciere insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales (inc. 1°), pena que se eleva a la de seis meses a tres años, para quien proporcionare a un tercero, con ese mismo componente subjetivo, información falsa contenida en un archivo de aquellas características (inc. 2°). La ocurrencia de perjuicio para alguna persona producirá un aumento de la escala en la mitad del mínimo y del máximo (inc. 3°); por último, se prevé la pena accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos, por el doble del tiempo de condena, para el caso en que el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio (inc. 4°).

En virtud de la Ley 25.742, reiteradamente mencionada en este informe¹⁰, se han introducido diversas modificaciones en el texto del art. 142 bis, modalidad agravada de la privación de libertad, como se recordara en párrafos anteriores.

En primer lugar, el mínimo de la pena para la figura básica, que se mantiene en prisión o reclusión de cinco a quince años, se eleva ahora a ocho años si el autor lograre su propósito, trazándose así un paralelo con la respuesta punitiva al rescate o secuestro extorsivo del art. 170.

En segundo término, la agravante del inciso 1°, antes referida al caso de que el sujeto pasivo fuera una mujer o un menor de 18 años, añade a la primera la exigencia típica de que se halle embarazada, y agrega al elenco al mayor de 70 años de edad (2° párrafo, inc. 1°).

Además, entre las agravaciones por parentesco adiciona a la persona "conviviente" (ídem, inc. 2°); incorpora cuatro causales nuevas —causación de lesiones graves o gravísimas a la víctima (inc. 3°), condición de discapacitada, enferma o impedida de valerse por sí misma de aquella (inc. 4°), condición de funcionario o empleado público o pertenencia actual o pasada a una fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado por parte del sujeto activo (inc. 5°), y la participación de tres o más personas (inc. 6°)—.

En cuanto a la circunstancia de agravación debida a la muerte de la víctima, se distingue el caso en que aquélla suceda como consecuencia no querida por el autor —prisión o reclusión de quince a veinticinco años— de aquel en que se la causare intencionalmente —prisión o reclusión perpetua— en los párrafos 3° y 4°, respectivamente.

El quinto y último párrafo —añadido en virtud de la ley anotada— reduce de un tercio a la mitad la pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, "se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad" (*sic*), siempre que tal resultado no fuere la consecuencia del logro del propósito del autor.

En el Capítulo III del Título V, referido a los delitos contra la libertad, entre las figuras que prevén y reprimen la violación de secretos, por virtud de la ya citada Ley 25.326¹¹, se ha incluido el art. 157 bis, destinado a sancionar a quien, a sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales (inc. 1°), o revelare a otro la información registrada en un banco de tales características cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley (inc. 2°). La pena seleccionada es la de prisión, de un mes a dos años, con la accesoria de inhabilitación especial de uno a cuatro años, cuando el autor fuere funcionario público.

La figura del rescate o secuestro extorsivo del art. 170 fue modificada, como se señalara, en consonancia con la reforma implementada sobre la redacción del art. 142 bis, merced a la sanción de la consabida Ley 25.742¹². Las causales de agravación son actualmente un calco de las detalladas en aquella modalidad calificada de privación ilegítima de la libertad, por lo que a ellas remitimos.

Tres nuevos incisos se agregan al extenso repertorio de defraudaciones exhibido por el art. 173, a partir de la sanción de la Ley 25.602¹³. Ellos se refieren: al titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de *leasing* que, en beneficio propio o de un tercero, dispusiere, gravare o perjudicare los bienes, y de esta manera defraudare los derechos de los co-contratantes (inc. 12); al que, encontrándose autorizado para ejecutar extrajudicialmente un inmueble, lo ejecutara en perjuicio del deudor, a sabiendas de que el mismo no se encuentra en mora, o maliciosamente omitiera cumplimentar los recaudos establecidos para la subasta mediante dicho procedimiento especial (inc. 13); y al tenedor de letras hipotecarias que, en perjuicio del deudor o de terceros, omitiera consignar en el título los pagos recibidos (inc. 14°).

La misma ley nacional incorpora al art. 174, que contempla las figuras agravadas de defraudación, un sexto inciso, reprimiendo al que maliciosamente afectare el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de servicios, destruyere, dañare, hiciere desaparecer, ocultare o fraudulentamente disminuyere el valor de materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital¹⁴.

Por último, siempre por imperio de la Ley 25.602, se adita un párrafo final al artículo citado en último término, incorporando la pena accesoria de inhabilitación especial perpetua: para el empresario o constructor de una obra cualquiera

o el vendedor de materiales de construcción que cometiere, en la ejecución de aquélla o en la entrega de los materiales, un acto fraudulento capaz de poner en peligro la seguridad de las personas, de los bienes o del Estado; para el que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública, y para el culpable de la conducta descrita en el inciso 6°, al que aludimos en el párrafo anterior.

Cierra el nutrido elenco de reformas a la Parte Especial del Código Penal el agregado de dos párrafos al art. 206 que, en el primero, que se mantiene sin cambios, reprime la violación de las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal con prisión de uno a seis meses. Si tal violación se cometiere realizando el faenamamiento de un animal que, de acuerdo a las circunstancias, debía sospecharse proveniente de un delito, la pena será de ocho meses a dos años de prisión (párrafo 2°); monto que se eleva al de uno a tres años de prisión, si el agente conociere el origen ilícito del animal, con la accesoria de inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena (párrafo 3°). Tal reforma fue introducida por Ley 25.528¹⁵.

III. Código Procesal Penal de la Nación. Como correlato de las diversas reformas introducidas por la Ley 25.742¹⁶, se decidió incluir en el ritual que rige a nivel nacional y federal el art. 132 bis, por el cual se faculta al Juez o Fiscal a cargo de la investigación de alguno de los delitos previstos en los arts. 142 bis o 170 del Código Penal, o que tramiten en forma conexas, cuando se encontrase en peligro la vida de la víctima o la demora en el procedimiento pudiese comprometer seriamente el éxito de la investigación, para actuar en ajena jurisdicción territorial, ordenando a las autoridades de prevención las medidas que entendiere pertinentes. En tal caso, el Juez o Fiscal actuante tiene el deber de comunicar al Juez del lugar las medidas dispuestas, y las autoridades de prevención la obligación paralela de comunicar a éste el resultado de las diligencias practicadas. El instrumento legal que incorpora la nueva potestad es la Ley n° 25.760¹⁷.

Un nuevo y lamentable ejemplo del retroceso que experimenta la salvaguarda de derechos y garantías individuales en los códigos de procedimiento, fenómeno que excede largamente nuestras fronteras, es el proporcionado por las reformas introducidas por la Ley. 25.434¹⁸. A través de ellas, se intercalan entre las atribuciones de los funcionarios de policía o de las fuerzas de seguridad, en el art. 184, dos incisos que devuelven a tales autoridades —a la sazón, dependientes del Poder Ejecutivo— facultades otrora reconocidas y oportunamente obliteradas por el codifica-

dor de 1991: la de “requerir” del sospechoso, en caso de flagrancia y en el lugar del hecho, noticias e indicaciones sumarias sobre “circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones”; con un añadido que pretende ser garantizador: esa información “no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso” (inc. 9°); y la de “arbitrar los medios” para que cualquier juez que posea la misma competencia y materia que aquel a quien correspondiere intervenir reciba la declaración del imputado si “hubiese razones de urgencia o éste manifestara su deseo de hacerlo” (inc. 10°).

Por añadidura, nótese que en el párrafo final del artículo 184 original, hoy reformulado para su inclusión en el mentado inciso décimo, la única situación contemplada en punto a alterar el principio del juez natural, tan luego en el acto de declaración del imputado, consistía en la eventual manifestación del imputado acerca de las razones de urgencia para declarar. Ahora, la evaluación de tales razones quedan deferidas a la autoridad de prevención y a la aceptación de la situación por cualquier juez de igual competencia y materia.

Otra cesión de atribuciones a las fuerzas policiales, debida a la misma Ley 25.760¹⁹, suprime, en el art. 186, la mención que ligaba la comunicación de la *notitia criminis* al juez y al fiscal a la concreción de las formalidades de una denuncia, y otorga a las autoridades de prevención cinco días, prorrogables por otros cinco, para la práctica de las actuaciones bajo su órbita. Cabe apuntar que el término original era de tres días, cuando se tratase de hechos cometidos donde el juez actuare, y de cinco en caso contrario, sin perjuicio de una prórroga en caso de distancias considerables, o dificultades del transporte o climáticas provocadoras de inconvenientes insalvables.

Por Ley 25.409²⁰, se introduce el art. 196 bis, preceptuando que la dirección de la investigación de los sumarios por hechos ilícitos de competencia criminal de instrucción o correccional que no tengan autor individualizado quedará delegada al Ministerio Público desde el inicio de las actuaciones, con mera noticia al juez competente en turno.

Más de dos años más tarde, la Ley 25.760²¹, mediante la adición de un segundo párrafo al mismo artículo, delega en el mismo órgano la dirección de la investigación, desde su inicio y hasta la conclusión del sumario, aun cuando existieren autores individualizados, en todas las causas tramitadas por infracción a los arts. 142 bis y 170 del Código Penal o conexas a ellas, con igual noticia al juez competente en turno.

El art. 196 ter, debido a la sanción de la ya mencionada Ley 25.409²², impone el deber de la po-

licía o las fuerzas de seguridad de dar noticia inmediata a la unidad funcional respectiva del Ministerio Público de los delitos a los que se refiere el artículo anterior, con comunicación al juez de turno; esta última queda a cargo de la propia unidad funcional cuando las causas no se originaren por prevención de aquellas autoridades.

Consecuente con su fijación reactiva al auge de los secuestros en el país, el legislador ha insertado el art. **207 bis**, a partir de sanción de la citada Ley 25.760²³, reduciendo a la mitad el término ordinario de cuatro meses a contar desde la indagatoria para la duración de la instrucción, cuando se tratare de causas en que se investiguen los delitos previstos en los consabidos artículos 142 bis y 170 del código sustantivo; también se reduce a la mitad el lapso de la eventual prórroga, que es de dos meses conforme a la regla general del art. 207. Fuera de ello, sólo se obtendrá prórroga extraordinaria mediando autorización del Procurador General de la Nación.

En la misma dirección político-criminal se inscribe el nuevo art. **212 bis**, otra creación de la Ley 25.760²⁴, autorizando la recepción de indagatoria al imputado por el Fiscal en causas seguidas por infracción a los socorridos arts. 142 bis y 170 del código de fondo en la materia o en investigaciones conexas, salvo que el imputado manifestase su voluntad de declarar ante el Juez, a quien, en cualquier caso, se reserva la facultad de resolver la situación ulterior del imputado.

El mismo precepto dispone la información al declarante de las disposiciones contenidas en el nuevo art. 41 ter del Código Penal²⁵, y obliga al Juez a pronunciarse en el término improrrogable de cinco días —la mitad del lapso ordinario— desde la realización de la audiencia; también abrevia el plazo de apelación a 48 horas y decreta que la misma carecerá de efecto suspensivo.

Siempre en la senda trazada, la redacción del art. **224**, dedicado al registro domiciliario y la requisita personal ha sufrido diversas modificaciones en el período que informamos.

Ya en ocasión de la sanción de la mentada Ley 25.434²⁶ se incluyó al fiscal como uno de los posibles delegados del Juez en el diligenciamiento de la orden de registro, a la vez que se facultaba a la policía a ingresar al lugar primeramente cuando existiere riesgo evidente para la seguridad de los testigos. También se autorizaba el secuestro de objetos que evidenciaren la comisión de un delito distinto del que hubiera motivado la orden, con noticia al juez o fiscal interviniente. A esta ampliación en la autonomía funcional de sujetos distintos al juez de la causa se añade, por imperio de la Ley 25.760²⁷, la posibilidad de efectuar la comunicación relativa a la delegación de la perti-

nente orden de allanamiento por medios electrónicos, en casos de urgencia, así como el uso de firma digital, con recaudos tendentes a asegurar la seriedad, certidumbre y autenticidad del procedimiento.

También el art. **227**, que agrupa los casos de allanamiento sin orden judicial, ha visto ampliado su elenco de situaciones mediante un quinto inciso, que permite a la policía proceder cuando se tuvieren “sospechas fundadas” de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegítima de la libertad, y su vida o integridad física corriera peligro inminente; en tal caso, el representante del Ministerio Público Fiscal deberá autorizar y presenciar la diligencia. La reforma proviene de la Ley 25.760²⁸.

No acaban allí las concesiones a la autoridad policial. La Ley 25.434²⁹ habilita a esa y otras fuerzas de seguridad para la requisita de personas sin orden judicial y la inspección de los efectos personales que lleven consigo, así como la del interior de vehículos, aeronaves y buques de cualquier clase, siempre que tales diligencias se realicen concurriendo circunstancias previas o concomitantes que “razonable y objetivamente” permitan justificarlas y que se lleven a cabo en la vía pública o en lugares de acceso público. La modificación se ha plasmado a partir de la incorporación del art. **230 bis**.

El art. **231**, seguidamente, faculta a los funcionarios de policía o de fuerzas de seguridad a disponer y cumplir el secuestro de cosas halladas como resultado de un allanamiento o de una requisita personal o inspección de las —ahora— operables sin orden judicial, dejando constancia en el acta respectiva y dando cuenta inmediata al juez o al fiscal interviniente. La Ley 25.434 es, una vez más, la norma que dio lugar a dicha ampliación de potestades³⁰.

La facultad del representante del Ministerio Público Fiscal de intervenir comunicaciones telefónicas o de cualquier otro medio de comunicación, “para impedir las o conocerlas”, u obtener los registros de tales comunicaciones, aparece concretada en virtud de la Ley 25.760³¹, con relación a las causas en que se investiguen los delitos previstos en los arts. 142 bis y 170 del Código Penal, siempre que existiere peligro debidamente justificado en la demora, y que se obre mediante auto fundado y con el cargo de informar al Juez, quien deberá convalidar lo actuado en el término improrrogable de 24 horas, bajo pena de nulidad de lo actuado. Así resulta merced a la incorporación de los párrafos 2° y 3° al art. **236** del cuerpo de leyes bajo análisis.

Una ley anterior, la n° 25.324³², añadió al repertorio del código de rito el art. **236 bis**, que posibi-

lita al juez, en las causas instruidas por el delito de usurpación, a disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, a pedido del damnificado, en cualquier estado del proceso y aun sin dictado de auto de procesamiento, pudiendo fijar caución si lo considerase necesario.

En contraste con tamaña faena reformadora en el Libro II del Código, consagrado a la instrucción, las reformas habidas en el período examinado son apenas tres.

El nuevo artículo **359 bis**, debido, una vez más, al nutrido arsenal de disposiciones de la Ley 25.760³³, reduce a 5 y 8 días, respectivamente, según se trate de causas procedentes de juzgados con sede igual o distinta a la del tribunal de juicio, los términos de 10 y 15 días ordinariamente dispuestos para la comparecencia, examen de las actuaciones, documentos y cosas secuestradas, ofrecimiento de pruebas e interposición de recusaciones, en las causas en que se investiguen los delitos previstos en los arts. 142 bis y 170 del Código Penal. El mismo artículo reduce a la mitad el plazo ordinario de 10 días para el intervalo entre la fijación de la fecha del debate y su celebración.

La reforma al art. **392**, relativo a la lectura de documentos y actas durante el debate, incluye ahora la de las actas de requisa vehicular, junto a las de inspección, registro domiciliario o requisa personal, pero restringe ese tipo de incorporación, en caso de que las autoridades oportunamente encargadas de realizar ese tipo de diligencias hubieren sido convocadas como testigos, a los supuestos de contradicción o variación en las respectivas declaraciones, necesidad de "ayudar la memoria del testigo", o bien, fallecimiento, ausencia del país, residencia desconocida o inhabilitación por cualquier causa, habida cuenta de la remisión a los incisos 2° y 3° del art. 391, que establece tales situaciones. Aun en estos contextos excepcionales, la incorporación por lectura es posible, si el Fiscal y las demás partes lo consienten. La modificación discurre a partir de la sanción de la Ley 25.434³⁴.

Por fin, y coronando las múltiples reformas vinculadas al tratamiento policial y judicial de los casos de privación ilegal de la libertad agravada y de rescate o secuestro extorsivo, el art. **442 bis**, prologado por la recordada Ley 25.760³⁵, irrumpe en el Libro IV del Código Procesal Penal de la Nación, referido a los recursos, estatuyendo que, en las causas en que se investiguen aquellos ilícitos o en las conexas a esas investigaciones, los autos, interlocutorios y resoluciones apelados durante la instrucción sólo serán elevados al tribunal de alzada, para el conocimiento y decisión conjunta de los recursos interpuestos contra ellos, una vez que el representante del Ministerio Público Fiscal esti-

mare completa la instrucción y se expidiera sobre su mérito. Al menos, se exceptúa de esa disposición a los recursos interpuestos por denegatoria de la exención de prisión o la excarcelación o contra la prisión preventiva del imputado³⁶.

Notas

1. V. "Reformas en la legislación penal y procesal penal (1997-2000)", *Revista Penal*, n° 8, Julio 2001, pp. 135-39.
2. Publicada en el BO de 13-IX-00.
3. Publicada en el BO de 20-VI-03.
4. Publicada en el BO de 22-IX-00.
5. Ver nota 3.
6. Publicada en el BO de 14-XII-01.
7. Publicada en el BO de 11-VI-02.
8. Vale anticipar que ambas Cámaras del Congreso Nacional han aprobado una nueva ley que aumenta las escalas penales de los delitos de homicidio, hurto y robo cuando fueren cometidos por integrantes de las fuerzas policiales o de seguridad. La normativa, pendiente de promulgación y publicación, añadirá —pues— un inciso noveno al art. 80, como una suerte de contrapartida respecto de lo estatuido en el aludido inciso 8°.
9. Publicada en el BO de 2-XI-00.
10. Ver nota 3.
11. Ver nota 9.
12. Ver nota 3.
13. Publicada en el BO de 20-VI-02.
14. La pena fijada para todas las figuras del artículo de marras es la de prisión de dos a seis años.
15. Publicada en el BO de 9-I-02.
16. Ver nota 3.
17. Publicada en el BO de 11-VIII-03.
18. Publicada en el BO de 19-VI-01.
19. V. nota 17.
20. Publicada en el BO de 20-IV-01.
21. V. nota 17.
22. V. nota 20.
23. V. nota 17.
24. V. nota 17.
25. V. notas 3 y 5.
26. V. nota 18.
27. V. nota 17.
28. V. nota 17.
29. V. nota 18.
30. V. nota 18.
31. V. nota 17.
32. Publicada en el BO de 11-VIII-03.
33. V. nota 17.
34. V. nota 18.
35. V. nota 17.
36. A fin de completar este relato, se mencionan las leyes complementarias provistas de una o más disposiciones penales: Ley 25.446, del Fomento del Libro y la Lectura (BO 27-VI-01); Ley 25.520, de Inteligencia Nacional (BO 6-XII-01); Ley 25.551, de Régimen de compras del Estado Nacional y concesionarios de servicios públicos (BO 31-XII-01); Ley 25.743, de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico (BO 26-VI-03); Ley 25.761, de Desarmaderos de automotores y actividades conexas (BO 11-VIII-03).

Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora
Defensor Público

ASPECTO LEGAL

Las principales reformas en el ámbito legislativo en materia penal en Costa Rica durante el período estudiado son las siguientes:

1. Reformas en la legislación procesal penal

A menos de cuatro años de su entrada en vigencia el Código Procesal Penal de 1998 vio reformados algunos de sus institutos claves.

Suspensión del Proceso a Prueba

La solicitud de aplicación de este instituto supone la formulación de un plan de reparación del daño causado, el cual después de la reforma de noviembre de 2001 tendrá que ser a entera satisfacción de la víctima de domicilio conocido. De igual forma constituye ahora requisito indispensable que aquella manifieste su conformidad con la suspensión del proceso a prueba (artículo 25).

Reparación Integral del Daño

Al igual que en la modificación reseñada líneas arriba ahora resulta necesario para la utilización de este mecanismo alternativo al juicio la entera satisfacción del damnificado, agregándose al hecho de que el imputado no hubiera utilizado con anterioridad esta medida el que tampoco se haya beneficiado de la suspensión del proceso a prueba.

Es de hacer notar que en lo que a este último requisito respecta antes de la reforma vigente desde el 26 de noviembre de 2001, se establecía un plazo de diez años para que la persona sometida a un proceso penal pudiera echar mano nuevamente de la reparación siendo que actualmente dicho término se ha reducido a cinco años (artículo 30 inciso j).

Procedimiento Abreviado

A la exigencia originalmente contemplada de que el Ministerio Público y el querellante manifestaran su anuencia para la aplicación del procedimiento abreviado, la misma reforma de comentario ha agregado la necesaria aquiescencia del

actor civil, siguiendo la línea política que inspira el nuevo perfil dado tanto a la Suspensión del Proceso a Prueba como a la Reparación Integral del Daño (artículo 373 inciso b).

Prórroga del plazo de Prisión Preventiva

El código de rito ha dispuesto el límite de un año a la prisión preventiva prorrogable hasta por otros doce meses bajo la autorización del Tribunal de Casación Penal. Igualmente se estableció la facultad de prorrogar el encierro preventivo hasta por seis meses más si se dictaba sentencia condenatoria que impusiera pena de prisión.

La reforma que venimos comentando agregó la frase "... Esta última prórroga se sumará a los plazos de prisión preventiva señalados..." haciendo referencia a los plazos que referimos en el párrafo anterior (artículo 258).

Interrupción de los plazos de Prescripción

Uno de los aspectos del proceso penal que mayores discusiones técnicas y políticas ha originado desde la vigencia del actual Código Procesal Penal ha sido el de la prescripción de la acción penal.

La reforma sufrida por este código agregó una nueva causal de interrupción de la acción penal, a saber, la convocatoria por primera vez a audiencia preliminar. De igual manera se adicionó un último párrafo al artículo correspondiente a la prescripción en el que se establece que la interrupción de la misma en virtud de la resolución que convoca a audiencia preliminar por vez primera o en virtud del dictado de la sentencia mantendrá su vigencia aun cuando dichas resoluciones sean declaradas ineficaces o nulas con posterioridad (artículo 33).

Siempre en lo tocante a este mismo tema se dispuso que la decisión de la aplicación del procedimiento complejo¹ sea dispuesta durante las fases preparatoria e intermedia, supondrá la inaplicabilidad de la reducción del término de la prescripción a la mitad que se operaría una vez que se ha indagado al imputado (artículo 376).

2. Reformas en la legislación sustantiva

En estos últimos tres años varias figuras e institutos del Código Penal han sufrido reformas en diferentes momentos, a continuación reseñamos somera y descriptivamente aquellos que consideramos más relevantes desde una lectura criminológica de nuestra realidad penal.

Artículo 7. Aplicación de la pena costarricense independientemente del lugar de comisión del hecho y de la nacionalidad del autor a quienes tomen parte en la trata de esclavos, mujeres o niños o se ocupen del tráfico de publicaciones obscenas.

Artículo 50. Creación de la pena de “prestación de servicios de utilidad pública”.

Artículo 56. El incumplimiento del pago de una multa impuesta como sanción en un proceso penal supondrá la conversión de cada día multa en un día de prisión para quien pudiendo pagarla no lo haga, y en un día de prestación de servicios de utilidad pública para aquel que no tenga capacidad de pago.

Artículo 112. Se sanciona como homicidio calificado el dar muerte a una persona menor de doce años de edad.

Artículo 125. Se sanciona como lesión leve cualquier daño en la salud que incapacite por más de cinco días (anteriormente tenía que tratarse de una incapacidad de más de diez días), eliminándose además la posibilidad de aplicar solamente una pena de multa.

Artículo 130 bis. Se sanciona con multa la tenencia de un animal peligroso sin observar las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas, y con prisión el azuzar o soltar con descuido al animal y el daño físico que el mismo ocasione a alguna persona siempre que el resultado no constituya los delitos de lesiones u homicidio.

Artículo 183 bis. Se crea la figura de “Evasión de trámites de adopción” sancionando con tres a ocho años de prisión la promoción o facilitación de menores de edad contraviniendo las disposiciones migratorias existentes o a la mujer que dé a luz en el extranjero infringiendo las disposiciones nacionales sobre adopción. La pena sería de cinco a diez años de prisión si se trata de un funcionario público.

Artículo 184. Se sustituye la figura de la sustracción de menor o incapaz por la de “Sustracción simple de una persona menor de edad o sin capacidad volitiva o cognoscitiva” imponiendo penas de cinco a diez años de prisión (de seis meses a dos años si los sustractores son los padres de la persona). Esta figura se agrava cuando la sustracción dura más de tres días, es cometida por dos o más personas o con ánimo de lucro (artículo 184 ter.)

Artículo 184 bis. La “Tenencia Ilegítima de menores para adopción” tipifica el tener a cargo a personas menores de edad sujetas a adopción.

Artículos 378 y 385 incisos 1) y 4). Se establece la pena de prisión para los casos de reincidencia en las contravenciones de lesiones levísimas, hurto menor y daño menor.

ASPECTO CRIMINOLÓGICO

Tal como reseñábamos en algún número anterior de la *Revista Penal* que también hizo referencia en esta sección al tema de las reformas legales; a partir de un cierto referente real de comportamientos violentos y agresivos la respuesta penal que se ha estructurado ha tenido como fundamento la agenda pública que han definido los medios de transmisión masiva de la información.

Podemos caracterizar esta agenda pública como una Campaña de Ley y Orden, cuyos rasgos definitorios más sobresalientes son: la identificación de la seguridad ciudadana exclusivamente con el problema de la delincuencia (dejando de lado aspectos como la salud, la educación, el respeto a los derechos ambientales, el ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía, etc.); la satanización del delito (proceso que se caracteriza por la estereotipación del infractor, la magnificación y manipulación de las tasas de crecimiento del delito, el énfasis sobre los delitos violentos, la universalización del riesgo de ser víctima de ciertos delitos que en realidad sólo afectan a una pequeña parte de la población —como el secuestro—, etc.); una proclamación de la necesidad de endurecer las leyes penales (lo que implica imponer penas más severas y la tipificación de nuevas conductas delictivas) y un cuestionamiento agresivo contra el Poder Judicial al que se le achaca no actuar con rudeza contra los delincuentes.

Al tema de la violencia doméstica y de la discriminación y agresión psicológica, patrimonial y afectiva en contra de las mujeres, se unen ahora primordialmente el interés por penalizar las conductas que comprometen la seguridad e integridad de los menores de edad y en un segundo lugar aspectos relacionados con bienes patrimoniales y la integridad física.

En cuanto al primero de aquéllos, en la escena política nacional ha cobrado una relevancia inusitada una organización no gubernamental llamada “Casa Alianza” financiada internacionalmente y que se ha convertido en una cruzada por los derechos de los menores. Dicha organización en alianza con uno de los principales noticieros costarricense echó a andar una campaña de recolección de firmas entre la población para instar a los diputados a la aprobación de una ley denominada “Ley Kattia y Osvaldo” de penalización de los delitos cometidos contra menores de edad, entre cuyas principales disposiciones se contempla el establecimiento de un registro nacional de agresores sexuales y la imposibilidad de concesión de beneficios carcelarios para las personas condenadas por los mismos.

Esta campaña logró recoger —según datos ofrecidos por sus propulsores— casi un millón cuatrocientas mil firmas en una población de poco más de cuatro millones de habitantes.

Igualmente se constituyó en prioridad de quienes propugnan por más derecho penal los delitos de arrebato y lesiones leves, lográndose una penalización más fuerte de figuras que hacía algunos años habían sido objeto de una reducción de penas (como el robo simple con arrebato que dejó de ser tipificado como robo simple con violencia) o que incluso eran consideradas contravenciones (como las lesiones de menos de diez días). De igual manera dentro de este mismo contexto se estableció la penalización de la reincidencia para algunas contravenciones y la tipificación a manera de delito de daños y lesiones causadas por animales que son achacadas ahora a sus dueños y guardianes.

Los rasgos sobresalientes de esta “política criminal” y del programa de aquellos activistas que la impulsan lo constituyen el recurso a un discurso absolutamente emotivo y peligrosista que privilegia la exaltación de los aspectos violentos y anecdóticos por sobre el análisis serio y la exposición científica de la problemática que se puede identificar alrededor del problema de la delincuencia, así como la estructuración casuista de tipos penales diseñados prácticamente para cada hecho noticioso expuesto por la prensa.

Todo lo anterior encuentra caldo de cultivo propicio en un Poder Ejecutivo cuyo presidente sobresale por su perfil populista y simplista y que tiene un fuerte compromiso con las políticas represivas impulsadas por la economía central (Estados Unidos).

Notas

1. Se trata de una serie de reglas especiales para tramitar asuntos en los que exista multiplicidad de hechos, elevado número de víctimas o imputados o se trata de causas relacionadas con delincuencia organizada.

Ecuador

Efraín Torres Chaves

Universidad Central de Quito y Universidad Católica de Loja

El Código Penal del Ecuador, sigue *mutatis mutandis*, como el dictado en 1872 que recibió el influjo del Código Belga, inspirado en el Francés, obviando la influencia del Español, a pesar de que éste era mucho más estimable que el de Bélgica, como dijera Luis JIMÉNEZ DE ASÚA.

El actual Director del Instituto de Criminología de la Universidad de Salamanca, el doctor Fer-

nando PÉREZ ÁLVAREZ, elaboró su tesis *Fundamentos del Derecho Penal Ecuatoriano*, en 1994, realizando los estudios jurídicos correspondientes en la Universidad Central de Quito, bajo la dirección de los doctores Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y el que suscribe, para luego pasar a ser Profesor de Derecho Penal de la Universidad Salamanca.

En su tesis doctoral, aprecia la sordidez de nuestro Código Penal, por su fuerte influencia conservadora, por el poder moral y político del entonces Presidente Gabriel García Moreno, a quien el gran escritor ecuatoriano Manuel Benjamín CARRIÓN, bautizó como el “santo del patíbulo”, porque al mismo tiempo mandó a construir el Panóptico de Quito, para ser ocupado, de modo previo, por quienes debían ser fusilados.

En 1906, bajo la Presidencia del Caudillo liberal, General Eloy Alfaro, hubo importantes modificaciones en el Código Penal, al que se le dividió en 10 libros.

De ahí en adelante, anualmente el Congreso Nacional, hizo algunas reformas de mínima importancia y trascendencia hasta el punto que en una visita a nuestro País, por don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, dijo en una conferencia dictada en la Universidad Central, refiriéndose a aquél: “se trata de un cuerpo legislativo de añeja factura y su pie de imprenta moderno no puede engañar a los conocedores de esta materia. Es un Código cronológicamente nuevo pero que debe figurar entre los antiguos”.

En el presente año 2003, el texto legal sigue igual con insoportables anacronismos como aquel que tipifica los delitos cometidos en un “aeróstato” (aparato desconocido aquí, hasta el día de hoy) y muchos otros por el estilo.

Desgraciadamente, ni el Congreso bicameral, ni el actual que es Unicameral, se han preocupado de redactar un nuevo Código Penal, pese a que las Universidades y los Colegios de Abogados, han clamado permanentemente, porque se vele por la seguridad jurídica en el campo más delicado que tiene toda sociedad moderna.

Los oídos sordos de los diputados, se debe a que la mayoría de ellos son políticos, a tiempo completo y no hay ni especialistas en ninguna de las ramas del Derecho, ni estudiosos en Legislación Comparada y de ahí que los esfuerzos que se han hecho por fuera no hayan servido para nada y así en 1993, se formó una Comisión Redactora de un Anteproyecto para un nuevo Código Penal, con intervención, entre otros, de Manuel de RIVACOBAY RIVACOBAY y de Eugenio RAÚL ZAFFARONI, que fueron traídos por las Naciones Unidas, de España y Argentina, respectivamente, mientras que las Universidades del país, nombraron sus respectivos representantes.

Antes de esta Comisión, funcionó desde 1969, con sede en Santiago de Chile, con carácter permanente, la Comisión Redactora de un Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina, la que tuvo Asambleas Plenarias, en Lima, Buenos Aires, Río de Janeiro, Caracas, y cuyos estudios ni siquiera fueron leídos por el Congreso del País.

Respecto al Código de Procedimiento Penal, el Ecuador no acaba de acomodarse al sistema acusatorio, cuya novedad principal es la “oralidad” y su mayor beneficio, la inmediatez en el procedimiento y la sentencia, porque dicen los abogados en ejercicio, que ni hay “oralidad” ni hay inmediatez y prontitud en la realización de la justicia.

Al respecto, el profesor Antonio A. MARTINO, en su estudio *La Política y el Derecho*, dice que la oralidad forjó la primera parte de nuestra historia, pero sigue y está presente en poblaciones numéricamente significantes y así puede considerarse al África como un continente de cultura oral porque, evidentemente, el verbo o la palabra condiciona la cultura, cuyo mejor recurso es la memoria. De allí la sacralidad de lo que se expresa y la repetición exacta de los rezos, el catecismo, las tablas de sumar y multiplicar, etc., cosas muy importantes, desde luego, en la cultura judía, de la que nació el Antiguo Testamento.

“Verbo” dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (del latín *verbum*), segunda persona de la santísima trinidad, de lo que se infiere que el “verbo” es Dios. El judaísmo, pues, se ha tomado la palabra, como signo, símbolo, eje y base de creencias fundamentales, dada su equivalencia a “sabaduría” y “conocimiento”.

La Biblia narra que el Señor “habló” a Abraham y oyó decirle “todas las naciones de la Tierra te pertenecerán”.

En el Antiguo Testamento, también se encuentra que para dictarle los Mandamientos, “habló” Dios a Moisés, y luego castigó a la humanidad, haciendo que todas las formas de hablar sean diferentes entre sí, en la Torre de Babel.

La oralidad y la inmediatez tienen un clásico ejemplo universal en la justicia directa que el Rey Salomón hizo a la madre verdadera al entregarle al niño disputado por otra impostora. En este caso, el juez, escuchó la exposición oral de las dos partes y decidió, *ipso facto*, una forma de justicia ideal, que se ha convertido prácticamente en el fatigante enredo que se produjo en los trámites escritos que acabaron con el verdadero sentido de la justicia.

El sistema inquisitivo, proveniente de la Inquisición, que significó la administración de justicia voraz, por jueces que se creían poseedores de facultades divinas, ocupó una gran parte del tiempo

antiguo, y como una reacción a las graves falencias que en todas partes se daban, el mundo cambió al sistema “acusatorio”, en el cual asoma, de bulto y con tremendo poder, el Fiscal que ha venido a opacar al juez, como la última ficha que sirve, simplemente, para leer la sentencia.

En el Curso de Maestría Judicial, de la Universidad Central, del año en curso, se hicieron críticas muy puntuales a lo que ellos han vivido como abogados de libre ejercicio profesional en el actual sistema, al cual uno de ellos resumió así:

1. El juez es figura decorativa. Los abogados, proscritos;

2. La prueba se realiza ante la policía, bajo una lejana presencia del fiscal;

3. Este tiene la obligación de “dirigir” y practicar las investigaciones, materia técnico-profesional de la policía, en todas partes del mundo, siendo evidente que en ninguna Universidad se estudia o aprende “investigación”, para graduarse de abogado; y,

4. Dado el enorme espacio temporal entre la comisión de un delito y la reunión del Tribunal Penal para dictar sentencia, se ha vuelto, de modo fáctico e indiscutible al procedimiento totalmente escrito, supuestamente superado por ineficiente.

El doctor Pablo VACA ACOSTA, cursante del presente año lectivo, analiza las formas o modos del Código de Procedimiento Penal —ya indicado—, y manifiesta lo siguiente: “El primero referente al juicio por jurados, establecido en todos los países de Europa, y desarrollados casi a la perfección en el “*common law*” o derecho consuetudinario anglosajón, considerado como el más completo y práctico de los que se conocen; el segundo sistema, consistente en el inquisitivo con su fundamento esencial en la proscripción de la prueba escrita; y el tercero, llamado juicio oral o sistema acusatorio, aceptado por varios países como un medio de transición del antiguo sistema inquisitivo con jueces de derecho, al juzgamiento por jurados que rigió en España hasta 1889, en que se plasmó en la ley de 20 de abril de 1888, los que debían también conocer los delitos de mayor gravedad, reservando el de los demás a los tribunales establecidos.

Otro distinguido analista del Procedimiento Penal, el doctor Richard CHINDE, anota que el artículo 23 de éste viola lo previsto en la garantía constante en el art. 24 de la Constitución de la República, que dice: “Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se crearen para el efecto”, lo cual contradice la mencionada disposición del Código que ordena agregar al proceso todo lo actuado por un fiscal,

juez o tribunal incompetente sin acordarse de que el fiscal no tiene jurisdicción penal por no habersele otorgado la Ley, sino exclusivamente al Juez.

En las falencias que han notado los demás abogados del Curso de Postgrado, está una especie de favoritismo que los fiscales proporcionan para la práctica de las pruebas de cargo, olvidándose que en el art. 65, es obligante para el agente fiscal a extender toda investigación no sólo a las circunstancias acusatorias, sino también a las que sirvan para descargo del imputado.

Se ha anotado asimismo, la inutilidad práctica de la “audiencia preliminar”, pese a que tiene verdadera importancia, pues para llegar a ella hay que cumplir varios pasos que realmente le hacen trascendentales.

Los agentes de policía cuentan con carros patrulleros y personal suficiente para realizar indagaciones, mientras que el fiscal no tiene vehículo alguno, razón por la cual es un dependiente de quienes, supuestamente, son sus subordinados. Cuenta con espacios cómodos en dos o tres ciudades del País y en las demás, en locales improvisados.

Las tendencias fundamentales que se aprecian hoy, en todas partes, a más del sistema acusatorio, son la “internacionalización” y la “desformalización” del Derecho Procesal, esta última, eliminando trámites, auspiciando la concentración de las actuaciones, la abreviación de plazos y términos y la búsqueda constante de soluciones alternas, así como la amplitud de la valoración de la prueba y, en fin, todo aquello que signifique “justicia real”, sin la férrea atadura de las formas.

Lo que ocurre es que en las universidades se considera, actualmente, que el Derecho no es una ciencia exacta, ni dogmática, sino un producto de la conducta humana, cambiante, relativa y contradictoria, que se proyecta como todo lo cultural en una justicia, a veces, con base moral y lógica, a veces, conseguida de modo ignominioso.

La relatividad de todas las cosas, obliga a ser pesimista en el futuro del derecho, porque el hombre tiene bases instintivas que le vuelven a su naturaleza, irremediamente, animal.

España

Adán Nieto Martín
UCLM. Ciudad Real

Durante la VII Legislatura de la democracia española, que concluirá el próximo mes de marzo, se han aprobado ocho Leyes orgánicas que modifican el CP, la Ley General Penitenciaria o la Ley penal del menor aprobada en enero del 2000¹. A

esta avalancha deben sumarse dos Leyes orgánicas más y dos Leyes ordinarias² que han introducido cambios de importancia excepcional en el Derecho procesal penal y en los sistemas de cooperación judicial penal internacional, como ocurre con las normas destinadas a poner en marcha el espacio de justicia y seguridad común del art. 29 del TUE³. Y a todo ello habría que añadir finalmente otras disposiciones más con rango de ley, que aunque no afectan, ni al CP ni a la LECr inciden en las materias más emblemáticas de las reformas como los malos tratos, el terrorismo o la criminalidad organizada⁴.

Desde la aprobación de la Constitución no se había asistido a un proceso de legislación *motorizada* de tan gran cilindrada en un ámbito como el Derecho penal⁵, donde, debido a nuestro peculiar sistema de fuentes, en el que impera la ley orgánica⁶, nos creíamos a resguardo de este fenómeno más propio del derecho administrativo. Pero, naturalmente, más preocupante que la velocidad, es el deterioro de uno de los fundamentos esenciales del principio *nullum crimen sine lege parlamentaria*: la necesidad de consenso⁷. El estilo de legislar que se ha impuesto en la VII Legislatura se aparta de una regla no escrita, pero que ha operado desde el comienzo de la democracia en nuestro país, a tenor de la cual en materia penal había que buscar siempre el mayor consenso posible⁸.

Este modelo de legislación implica un serio deterioro de la fase parlamentaria de la elaboración de la ley, en favor de las burocracias ministeriales o las del propio partido, cuyos proyectos se convierten inexorablemente en ley positiva, sin que se note en ellos demasiado ni el debate parlamentario, ni las consideraciones de otras opiniones expertas en la materia⁹, como ha ocurrido con la mayoría de las recomendaciones que el Consejo General del Poder Judicial ha hecho en sus informes¹⁰. Atender a los mismos, hubiese evitado la comisión de errores ciertamente escandalosos, como el que se ha incurrido en el art. 31.2 (LO 15/2003) al regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ciertamente nos coloca en el paleolítico legislativo¹¹.

Tampoco se había asistido desde hacía tiempo a un proceso *expansivo* del derecho penal que supiera al operado por el CP de 1995¹². Al parecer el principio de intervención mínima no está dentro del breviario político criminal del Partido Popular. De todas las leyes citadas sólo una de ellas ha tenido efectos despenalizadores¹³. Es cierto que el torrente legal no ha supuesto la creación de demasiadas figuras *ex novo* —la técnica de los *bis* quizás parece demasiado llamativa —, pero el número de tipos penales de la Parte Especial retocados con finalidades expansivas es muy numero-

so¹⁴. De entre la infinidad de añadidos me parecen especialmente reveladores de la sensibilidad constitucional de los protagonistas de la VII Legislatura aquellos que pretenden atajar con líneas jurisprudenciales que a partir de principios constitucionales han propiciado interpretaciones restrictivas. Es el caso de la no equiparación del “dedo” a los “objetos” en el tipo agravado de las agresiones y abusos sexuales que había venido manteniendo el TS (7-7-2000)¹⁵ o la no existencia de un concurso de delitos entre el tráfico de drogas y el contrabando que había afirmado el TS (24-11-1997) a partir del principio de *non bis in idem*. A acabar con ambas líneas jurisprudenciales se endereza la reforma por la LO 15/2003 del tipo agravado de agresiones y abusos sexuales (arts. 179 y 172: “o introducción de miembros corporales... por alguna de las dos primeras vías”) y de las agravantes del art. 379 del tráfico de drogas (369.1.10^o: “El culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciere la realización de tales conductas”).

Pero lo más peculiar del proceso expansivo de la VII Legislatura es que éste no se ha producido —o sólo en una medida insignificante—, por donde algunos más la anunciaban, no afecta a los ámbitos del moderno derecho penal (delitos de peligro, derecho penal económico, del medio ambiente)¹⁶, sino que ha afectado principalmente a los delitos “pequeños y medianos”, cometidos por marginados sociales, y que conforman el prototipo de inseguridad ciudadana¹⁷. Lo llamativo de este proceso de *law and order* es que aparte de ser el estandarte político criminal conservador se invoca también por el principal partido de la oposición que, en los últimos tiempos, basa buena parte de su campaña política en la falta de eficacia del gobierno contra este tipo de criminalidad. Esta transmutación no resulta sorprendente cuando se repara en la metamorfosis sufrida por los antiguos partidarios de la criminología crítica, reconvertidos ahora en nuevos “empresarios morales”¹⁸. El pacto político en torno a esta expansión se plasma en dos documentos fundacionales el —gubernamental— Plan de lucha contra la delincuencia de 12 de septiembre del 2002, y ya antes el Pacto sobre la justicia suscrito por el PP y el PSOE, del que proceden medidas como los denominados juicios rápidos.

Mas la expansión penal no sólo ha venido provocada por problemas de seguridad ciudadana internos. Buena parte de los nuevos preceptos penales tienen su origen en el cumplimiento de obligaciones derivadas de Convenios internacionales¹⁹. La ratificación del Estatuto de Roma ha supuesto, por ejemplo, la inclusión de nuevos tipos contra la ad-

ministración de justicia (art. 471 LO 15/2003) y de los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis, LO 15/2003) en el CP español. En la reforma de los tipos de inmigración ilegal (art. 318 bis LO 13/2003); contra la propiedad intelectual (arts. 270, 271, 273, 274 y 276 LO 15/2003); la falsificación del euro y medios de pago (arts. 386 y 387 LO 15/2003); en el aumento del derecho penal sexual (arts. 189.1.2 y 7 LO 15/2003) o el medio ambiente (arts. 325.2 LO 15/2003) se invocan compromisos armonizadores con la UE. No obstante, el legislador penal, pero también el resto de operadores jurídicos, debería tener presente que el Derecho penal internacional no es un nuevo derecho natural que haya que acatar inexorablemente. También merece ser criticado o incluso no acatado, si llega el caso. En este sentido del aluvión de obligaciones internacionales debería haberse puesto por lo menos en cuarentena la necesidad de sancionar la tenencia —no preordenada para el tráfico— de pornografía infantil y el nuevo delito cualificado por el resultado que se ha introducido en los delitos contra el medio ambiente (art. 325.2). Pues suponen retrocesos importantes desde el punto de vista de los presupuestos constitucionales del derecho penal. La falta de análisis crítico también resulta sorprendente en lo que concierne a la principal novedad legislativa adoptada a impulsos del derecho de la Unión Europea: la LO 2/2003 de 14 de marzo y la Ley 3/2003 mediante las que nuestro ordenamiento se acomoda a lo dispuesto en la Acción Común relativa a la orden de detención europea²⁰. Contrasta, no sé si para bien o para mal, nuestra docilidad con la beligerancia que se ha desatado en este punto en países como Alemania²¹, con fuerte oposición de la mayoría de la Ciencia penal²².

Las reformas de la VII Legislatura no han respondido únicamente a los criterios de expansión y motorización de los ordenamientos modernos. El legislador ha conseguido elaborar un completo muestrario de todas las patologías de la legislación penal contemporánea. De este modo podemos encontrar supuestos de *derecho penal simbólico* como la inclusión en los delitos contra el orden público de la conducta consistente en afirmar “falsamente la existencia de sustancias químicas, biológicas o tóxicas que puedan causar daño a la salud” (*ley identificativa*)²³, la regulación expresa de la ablación del clítoris en las lesiones graves (*ley declarativa*)²⁴ o, por poner un supuesto aún más reciente, el anuncio inmediato de incluir una previsión penal específica para los casos de violencia en el deporte, provocada por el homicidio de un espectador al finalizar un partido de fútbol (*ley reactiva*), etc.²⁵.

Incluso hemos tenido ejemplos de lo que recientemente se ha denominado *macdonalización* del

derecho, con modificaciones legislativas que afectaban a preceptos introducidos o reformados hacía poco tiempo²⁶, de producción legislativa de “usar y tirar”. Lo ocurrido en relación al delito de inmigración ilegal²⁷, el de malos tratos²⁸, la ley penal del menor²⁹ o en el derecho procesal, la prisión provisional³⁰, con sucesivas reformas en el transcurso de pocos meses, son excelentes ejemplos de un modo de legislar irreflexivo y carente de toda planificación legislativa racional. La línea de evolución del derecho penal más preocupante de todas: el *derecho penal del enemigo* también ha hecho una ostentosa aparición en la VII Legislatura. Si ya en relación los primeros productos de esta hornada legislativa (arts. 576, 577, 578 en la redacción de la LO 7/2000 se alistaban en esta orientación político criminal³¹, después de la Ley 7/2003 de cumplimiento efectivo de las penas, no caben dudas de la afiliación de la legislación anti-terrorista a esta dirección autoritaria de la moderna política criminal³². Y lo peor probablemente esté por venir. En el último mes el gobierno parece dispuesto a dar el paso de engrosar el listado de los enemigos a combatir penalmente para incluir entre ellos al nacionalismo vasco, como muestran las declaraciones de algún ministro dispuesto a combatir penalmente el “plan Ibarretxe”. El valor necesario para adentrarse en este más que peligroso camino “se le supone” a los protagonistas de la VII Legislatura, como muestra el hecho de que en su día no les “temblará la mano” para modificar la Ley del menor a fin de sancionar penalmente a los más jóvenes de entre los enemigos (Disposición Adicional cuarta de la Ley penal del menor LO 7/2000)³³.

Pero la VII Legislatura, su gobierno y el grupo parlamentario propio o los colindantes no se han limitado a ofrecernos un catálogo de los nuevos fenómenos legislativos, sino que también han incorporado directrices de política criminal que ya creíamos superadas. Así en primer lugar debe mencionarse la *reintroducción de las penas cortas privativas de libertad*, que desde principios del siglo XX venían siendo criticadas por su carácter desocializador, afirmación que no ha sido contradicha desde entonces³⁴. La coartada para ello ha sido el fracaso del arresto de fin de semana “cuya aplicación práctica no ha sido satisfactoria”. Lo cierto es, sin embargo, que como en la propia Exposición de motivos de la LO 15/2003 se reconoce, el argumento último para la rehabilitación de este tipo de sanciones es que ante el eterno conflicto entre resocialización y prevención general “la pena corta de duración” cumple una “función de prevención general adecuada respecto los delitos de escasa importancia”. Al final el sustitutivo del arresto fin de semana no ha sido la nueva pena de

localización permanente (art. 37 LO 15/2003) —probablemente tan peligrosa por sus costes para la política criminal del déficit cero como el arresto fin de semana— sino de forma mayoritaria las penas cortas privativas de libertad.

Y es este último sin duda alguna el rasgo más importante del derecho penal de la VII Legislatura: la *absolutización de la prevención general* como fin de la pena en su fase legislativa y el aumento de la importancia de la *inocuidación*, como manifestación de la prevención especial, en lo que atañe a la ejecución de la pena privativa de libertad y de las nuevas penas accesorias³⁵. Los ejemplos, además del ya mencionado, son abundantes: nuevas agravantes en diversos tipos penales; incrementos de la penalidad en un sin número de figuras³⁶; aumento de la pena de multa y no sólo por razones de puesta al día de las cuotas diarias, acompañado de un sistema más severo de responsabilidad personal subsidiaria (art. 53.1, 3, 4 LO 15/2003); aumento del número de las penas accesorias (arts. 57, 48 LO 15/2003) y de su duración (art. 56 LO 15/2003); introducción de la doble reincidencia (art. 66 LO 11/2003) y de la habitualidad (arts. 147.1, 234, 244 LO 11/2003); nueva regulación del delito continuado que permite ahora aplicar la pena superior en grado en su límite inferior (art. 75 LO 7/2003); mayor severidad en el tratamiento de concurso real a través de la nueva regulación del art. 78, instituyendo *de facto* supuestos de cadena perpetua (LO 7/2003); establecimiento del denominado “periodo de seguridad” para alcanzar el tercer grado (art. 72.5 y 6 LOGP LO 7/2003); nuevos requisitos para alcanzar la libertad condicional (art. 90 LO 7/2003), que no sólo afectan a condenados por terrorismo³⁷, etc. La entronación de la prevención general y el auge de la inocuidación³⁸, además de contrastar con el art. 25.2, el precepto constitucional penal más maltratado por el TC, supone un viraje de 180% en lo que, según creo, había sido uno de los consensos básicos de la política criminal postconstitucional. Y aunque para algunos el CP de 1995 ya se apartaba de esta línea, las reformas que acabamos de comentar lo ubican claramente dentro de la tradición anterior.

Ante esta desmesura punitiva y cambio de rumbo sin preaviso es lógico que el legislador no confíe del todo en los jueces y los imagine contaminados en muchos casos por la vieja retórica de la resocialización, el principio de intervención mínima etc., por ello y retomando una tendencia muy querida al autoritarismo español, desde los tiempos del CP de 1848 y la dictadura “moderada” de Narváez, se han tomado significativas medidas para *limitar el arbitrio judicial*. Las más llamativas son las contenidas en la reforma del art. 89.1

(LO 11/2003) que obliga al juez (hasta ahora el precepto utilizaba el discrecional “podrán”) a adoptar como “sustitutivo” la expulsión del extranjero cuando hayan sido condenados a penas inferiores a seis años y la que aparece en el art. 78.2 LO 7/2003, donde también se obliga al juez en determinados casos a adoptar el régimen excepcional de cómputo de los beneficios penitenciarios³⁹. Pero hay otros indicios del retroceso del arbitrio judicial o lo que es lo mismo la desconfianza ante el juez. La reforma del tercer grado y la introducción del periodo de seguridad de forma puede ser interpretada como un supuesto de recorte de la discrecionalidad del juez de vigilancia penitenciaria. Lo cual, por cierto, permite entender al Consejo General del Poder judicial que no se ha lesionado el principio de irretroactividad de la ley penal, contenido en la Disposición transitoria única de la LO 7/2003⁴⁰. Igualmente es símbolo de desconfianza hacía los jueces de vigilancia penitenciaria el carácter suspensivo de los recursos que se interpongan al adoptar la libertad condicional o el tercer grado (D. Adicional quinta de la LOPJ, LO 7/2003)⁴¹.

Ni el endurecimiento de las penas ni el recorte del arbitrio judicial entran en contradicción con el incremento de espacios para la *justicia negociada*, que como es sabido es una de las innovaciones principales de las LO 8/2002 y L. 38/2002, es decir, de la legislación sobre juicios rápidos, y que a primera vista implican una mayor posibilidad de utilizar penas alternativas de libertad. Ante el incremento de las sanciones, las “únicas vías de escape a esta vorágine punitiva serán, como en Norteamérica, la negociación entre las parte y las medidas de indulgencia”⁴². El sumatorio, mayores sanciones más posibilidad de consenso del acusado, dinamita los derechos fundamentales de defensa, pues obviamente el temor a una sanción incita al imputado, más que a pactar, a allanarse y abandonar sus derechos de defensa. Sabe que si es delincuente primario, aunque el delito por el que se le acusa sea relativamente grave, lo más seguro es que pueda obtener la remisión condicional de la pena (art. 801 LECr, LO 8/2002). Mas el sistema elegido no sólo es peligroso para los derechos fundamentales del proceso penal, sino que también tiene efectos corrosivos para el principio de resocialización del derecho material. En efecto, la resocialización como fin primordial de los sustitutivos penales sale bastante mal parada, en un proceso como el previsto por los nuevos arts. 779.1.5.º y 801 de la LECr que a la vez que permite atenuar la pena hasta un tercio cuando existe conformidad, autoriza al juez a adoptar rápidamente las alternativas penales que estime oportuno, sin apenas conocer al condenado y sin poder

recabar información de expertos sobre la conveniencia de la sustitución o el modo en que ésta ha de hacerse⁴³. En suma: de lo que se trata es de negociar con las alternativas penales en aras a la eficacia y rapidez del proceso penal, para que al final también los números sean positivos para el gobierno.

La *etización* del Derecho penal —otra de las líneas de política criminales más caras el derecho penal autoritario⁴⁴— ha sido otra de las constantes de la VII Legislatura a través de la *sanción de comportamientos simplemente amorales*, donde no existe bien jurídico alguno, al menos tal como lo entendemos en el Estado de derecho. Los ejemplos más significativos los encontramos en el nuevo delito de maltrato de animales (art. 337 LO 15/2003); la incriminación de la tenencia de pornografía infantil (art. 189.2 LO 15/2003); en la reintroducción de las sanciones a los proxenetes (art. 188.1, último inciso, LO 11/2003) o, finalmente, en la conversión de la falta de malos tratos en el ámbito familiar en delito (art. 153 LO 15/2003), donde ya no puede verse otro bien jurídico que la consagración de un determinado modelo moral de comportamiento o convivencia familiar, por muy encomiable que éste sea. Pero igualmente no debe pasarse por alto, en este sentido, las exigencias que se contienen en la nueva regulación de los requisitos necesarios para el acceso al tercer grado de los condenados por terrorismos, al exigírsele para demostrar el *arrepentimiento* “una declaración expresa de *repudio* de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de *perdón* a las víctimas de su delito” (art. 90.1 CP y art. 72.6 LGP)⁴⁵.

Partes muy importantes del derecho penal de la VII Legislatura nos han devuelto a los lejanos días de la “lucha de escuelas”. En esta batalla reciente e inesperada han conquistado nuevas plazas los partidarios de la escuela moderna. De este modo, han reaparecido en el ordenamiento jurídico español las *medidas de seguridad predelictuales* camufladas bajo el nombre de prisión provisional⁴⁶. La ley 13/2003 permite imponer la prisión provisional con el fin de “evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes de la víctima” (en este caso, independientemente de la pena del delito cometido) —art. 503.1 c)— y para evitar “el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos”. La utilización del viejo ardid de la “estafa de etiquetas” salta a la vista. La declaración de la peligrosidad predelictual —a diferencia de lo que ocurre con la postdelictiva— puede hacerse además por el juez “a ojo de buen cubero”, sin asesoramiento experto ninguno. Cuando el imputado sea además sospechoso de delincuencia habitual (p. ej. dedicarse al robo de cassettes de automóviles) o de actuar concertadamente

con otras personas de forma organizada, concepto que no se debe confundir con delincuencia organizada, la aplicación de la prisión provisional puede declararse independientemente de la pena señalada por el delito cometido.

Pero la apuesta por la “escuela moderna” no se ha limitado a recoger su programa político criminal en lo tocante a los delincuentes habituales, sino que en la VII Legislatura se ha instaurado una de las versiones más radicales del *derecho penal de autor* que hemos conocido en nuestro país. La LO 11/2003 ha instaurado de nuevo la agravante de multirreincidencia. En un remedo, mucho menos punitivo por fortuna, de la regla *three strikes and you are out*, la comisión del tercer delito (art. 66.1.5ª LO) permite al juez aplicar la pena superior en grado. La compatibilidad de esta nueva figura con la jurisprudencia constitucional, y especialmente la STC 150/91, es bastante dudosa, pues aquí la constitucionalidad de la reincidencia, evaluada a partir del criterio de razonabilidad, se apreció en relación a una determinada regulación legal, la que nace tras 1983, que no permitía dar un salto punitivo como el que ahora se propone. En otros casos (lesiones, art. 147.1, segundo, hurto, art. 234, y hurto de vehículos, art. 244.1) la “tercera vez” en que el autor comete una falta en el transcurso de un año la falta se transmuta en delito, lo que igualmente sólo puede explicarse desde los fundamentos del derecho penal de autor⁴⁷.

Quienes creyeran que en la política criminal, como manifestación singular de las ideas políticas, también había llegado el fin de las ideologías, sólo tienen que comparar el periodo 1978-1996, que indudablemente también tiene sus puntos negros, con lo ocurrido durante la VII Legislatura, para percatarse de que ésta es otra política criminal distinta, que, como antes indicaba, rompe con los consensos básicos que hasta ahora existían. Se trata de una auténtica revolución político-criminal conservadora, comparable a la que se instauró en los países anglosajones con la llegada de Reagan y Thatcher al poder y el desencanto en la “re-socialización”⁴⁸.

Notas

1. LO 7/20003, de 22 de diciembre, que modifica la Ley del Menor y el CP en materia de terrorismo; LO 3/2002, de 22 de mayo, por la que se modifica la LO 10/1995, del CP y la LO 13/1985, del Código penal militar en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria; LO 9/2003, de 14 de marzo, de modificación del CP y del CC sobre sustracción de menores; LO 6/2003, de 30 de junio, de modificación de la LOGP; LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro de las penas; LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, vio-

lencia doméstica, e integración social de extranjeros; LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/95 del CP.

2. Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma provisional de la LECr sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas; LO 7/2002 de 5 de julio de reforma parcial de la LECr; Ley 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley 38/2002; LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECr en materia de prisión provisional. Debe además tenerse en cuenta que la LO 15/1995 introduce también notables modificaciones en la LECr.

3. Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden de detención y entrega; LO 2/2003 de 14 de marzo, complementaria de la Ley 3/2003; Ley 11/2003, reguladora de los equipos de investigación penal en el ámbito de la UE; LO 3/2003, complementaria de la Ley 11/2003.

4. Ley 12/2003, de 4 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo; LO 4/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley 12/2003; Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados; Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales; Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección a las víctimas de malos tratos.

5. Sobre este concepto acuñado por Carl SCHMITT, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, 1999, p. 48.

6. Cfr. Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003, p. 57.

7. Si la legislatura comenzó con la firma del Pacto sobre la Justicia entre el PP y el PSOE ha terminado con su sonora ruptura. Pese a que el pacto se ha mantenido durante casi toda la legislatura, no se ha podido consensuar con el principal partido de la oposición la última gran reforma del CP y de la LECr (LO 15/2003). Pero, a mi juicio, resulta aún más preocupante y sintomático el “viaje en solitario” que ha emprendido el PP en materia de terrorismo, una de las áreas donde la motorización más se ha dejado sentir, donde no se ha logrado consensuar nada con ningún grupo nacionalista (PNV, CiU o BNG).

8. Como señala, por ejemplo, en relación al CP de 1995, QUINTERO OLIVARES, buen conocedor de los entresijos políticos de su elaboración, *vid. La política criminal del “centro derecha” español: las reformas penales del año 2003 (ejemplar mecanografiado)*, p. 2.

9. En relación a la importancia para la legitimación de las normas de recabar este tipo de informes, *vid. VOGEL, “Strafgesetzbuch und Strafrechtswissenschaft”, en Festschrift für Claus Roxin*, Berlin, New York, 2001, p. 105 y ss. Al respecto del papel de las burocracias ministeriales y de los partidos en los procesos legislativos modernos, *vid. Díez RIPOLLÉS, La racionalidad de las leyes penales, op. cit. pp. 42 y ss.*

10. El CGPJ ha emitido informes sobre los Anteproyectos de reforma más importantes, el de cumplimiento íntegro de las penas (4-2-2003); el de reforma de la LECr en materia de prisión provisional (12-2-2003); el relativo a los malos tratos, inseguridad ciudadana e integración de los extranjeros (26-2-2003); y sobre la LO de reforma del Código penal (26-3-2003) (*vid. http://www.poderjudicial.es*).

11. *Vid. las críticas que el Consejo hacía en su informe de 26-3-2003, pp. 5 y ss.*

12. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, Madrid, 2ª ed, 2001.

13. LO 3/2002, de 22 de mayo, en materia de delitos relativos al servicio militar y la prestación social sustitutoria.

14. Como ejemplos de modificaciones expansivas y sin ánimo de exhaustividad podrían citarse: el delito de tortura (art. 174.1 LO 15/2003); las nuevas agravantes del tráfico de drogas (art. 369 LO 15/2003); la reforma de los delitos contra la libertad sexual y, sobre todo, la prostitución (art. 188 LO 11/2003, art. 179 LO 15/2003, art. 189 LO 15/2003); los malos tratos y las lesiones (arts. 147.1, 153 y 173 LO 11/2003); inmigración ilegal (art. 318 bis LO 11/2003); blanqueo de capitales (art. 301 LO 15/2003); delitos contra el medio ambiente (arts. 325 y 335 LO 15/2003), estafa (art. 249.3 LO 15/2003), delitos contra la propiedad intelectual (art. 270 LO 15/2003); delitos contra el mercado (art. 286 LO 15/2003), etc.

15. Vid. Informe del Consejo (26-3-2003) pp. 65 y ss., ya antes del TS la Fiscalía tras la reforma de 1989 - Circular nº 2/1990, había mantenido la exclusión del dedo.

16. Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, 1995, pp. 15 y ss.

17. Vid. Plan de lucha contra la delincuencia de 12 de septiembre del 2002, p. 1 y posteriormente la exposición de motivos de la Ley 11/2003 de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana

18. Vid. acerca de la apropiación del discurso por parte de la izquierda LANDROVE DÍAZ, "El derecho penal de la seguridad", *La Ley*, 10-10-2003, p. 2. MAQUEDA ABREU, "Crítica a la reforma penal anunciada", *JpD*, nº 47, p. 8; SÁEZ VARCÁRCEL, "La inseguridad, lema de campaña electoral", *JpD*, nº 45, p. 3 y ss., donde se señala también la posible influencia de los sindicatos políticos en colaboración con la prensa, en la inclusión de la inseguridad ciudadana dentro de la agenda política. Sobre la compatibilidad de este nuevo discurso con el tradicional programa político criminal de la izquierda vid. DIEZ RIPOLLÉS, "El aumento de la criminalidad y la izquierda", *El País*, 9-V-2002, p. 14. Acerca de la evolución de la criminología crítica y de su nuevo papel, con ulteriores referencias, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, op. cit. p. 66 ss.

19. Cfr. Silva Sanchez, *La expansión*, op. cit., p. 81 ss.

20. Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOCE L 190/1, de 17 de julio de 2002. Durante los días 28 a 30 de octubre tuvo lugar en Toledo, auspiciado por el programa AGIS de la UE, Seminario sobre la construcción del espacio judicial europeo, las diversas ponencias pueden consultarse en <http://www.uclm.es/espaciojudicial europeo/congreso internacional>.

21. Durante los días 7 y 8 de noviembre se celebraron en Dresden unas Jornadas extraordinarias de profesores de derecho penal con un espíritu claramente beligerante contra la Orden de detención europea.

22. Lo que no sé a estas alturas si debe interpretarse como parte del furor europeísta español —motivado aún por los años de aislamiento— o simplemente como muestra de insensibilidad o despreocupación en materia de garantías.

23. Art. 561 LO 15/2003.

24. Art. 149 LO 11/2003.

25. Vid. ya un anticipo en el art. 105.1 d) LO 15/2003. Me he limitado a ofrecer ejemplos de los tres primeros tipos de leyes simbólicas que señala DIEZ RIPOLLÉS, "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *El derecho penal en el cambio de siglo. Análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, Cuenca, 2003, p. 165 y ss. pero no sería complicado encontrar ejemplos, incluso repetidos, para cada una de las manifestaciones que el autor señala.

Aunque este fenómeno no pertenece estrictamente al ámbito del derecho penal simbólico, tampoco debe pasarse por alto a la hora de explicar lo ocurrido en la VII Legislatura, la utilización de

la reforma penal para desviar el debate político se ha podido constatar por ejemplo en la presentación del Proyecto sobre cumplimiento íntegro de las penas en los días en que más arreciaba el "chapapote", vid. en este sentido QUINTERO OLIVARES, *La política criminal del "centro derecha"* español, op. cit., p. 4.

26. Cfr. BOIX PALOP, "La McDonalización del ordenamiento jurídico", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 0, Octubre 2001, p. 61 y ss.

27. El delito de inmigración ilegal fue introducido por la LO 4/2000, de 11 de enero y ha vuelto a modificarse por la LO 11/2003.

28. Los malos tratos en el ámbito familiar, introducidos en 1989, reformulados por el CP de 1995 y por la LO 14/1999 de 9 de junio, han vuelto a ser substancialmente retocados por la Ley 11/2003. Pero el vértigo legislativo en esta materia no sólo afecta específicamente al tipo penal. Modificaciones penales provocadas por los malos tratos, tras la LO 14/1999, las encontramos.

29. Donde la Ley 5/2000 fue reformada antes de su entrada en vigor por la LO 7/2000 y LO 9/2000 y tras su entrada en vigor por la LO 13/2003.

30. Tras modificar la prisión provisional por la LO 13/2003, de 24 de octubre, se han introducido nuevas modificaciones por la LO 15/2003 de 26 de noviembre (art. 504.2, 6, 508, 509).

31. Cfr. CANCIO MELIA, "Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", *JpD* 44, p. 19 y ss.

32. Cfr. MUÑOZ CONDE, "¿Hacia un derecho penal del enemigo?", *El País*, 15 de enero del 2003, p. 26.

33. Cfr. LANDROVE DÍAZ, *El derecho penal de la seguridad*, op. cit., p. 6.

34. Vid. ROXIN, *Derecho Penal, Parte General* (trad. Luzón Peña/Vicente Remesal/García Conllado), Madrid, 1997, p. 129 y ss.

35. Cfr. MAQUEDA ABREU, *Crítica a la reforma penal anunciada*, p. 8, QUINTERO OLIVARES, *La política criminal del centro derecha español*, op. cit., p. 5.

36. Vid. Informe del Consejo General, p. 56 y ss., aunque en relación al Proyecto de ley.

37. Sobre la LO 7/2003, vid. TÉLLEZ AGUILERA, "La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: una nota de urgencia", *La Ley*, 14 de agosto del 2003.

38. Vid. sobre el renacer de este olvidado fin de la pena, SILVA SÁNCHEZ, "El retorno de la inocuización: el caso de las reacciones jurídico penales frente a los delinquentes sexuales violentos", en *Libro Homenaje al Dr. Barbero Santos*, Vo. I, Cuenca, 2001, p. 699 y ss.; MUÑOZ CONDE, "Excursus: incapacitación: la pena de prisión como simple aseguramiento o inocuización del condenado", en *Derecho y Prisiones hoy*, coord. De León Villalva, Cuenca, 2003, p. 13 y ss.

39. Cfr. QUINTERO OLIVARES, *El programa político criminal del centro derecha*, op. cit., p. 6.

40. Vid. en este sentido el Informe del Consejo (4-2-2003), p. 33 y ss.

41. Este precepto es clara respuesta al contencioso del Gobierno pero también del PSOE con la Juez de Bilbao Ruth Alonso. Vid. *El Mundo*, 7 de enero del 2003, Acebes insiste en la necesidad de las reformas penales tras las exarceraciones de etarras; *El Mundo*, 8 de enero del 2003, López Aguilar expresa su rechazo y repugnancia por la concesión del tercer grado a los etarras.

42. El entremecido pertenece a MAQUEDA ABREU, *Crítica a la reforma penal anunciada*, op. cit., p. 10. Vid. igualmente las valoraciones críticas de CABEZUDO RODRÍGUEZ, "Justicia negocia-

da y nueva reforma procesal penal" (I) y (II), en *La Ley*, 2 y 3 de julio del 2003.

43. Vid. CACHÓN CADENAS/CID MOLINE, "Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos" (I) y (II), *La Ley* 8 y 9 de julio del 2003, quienes señalan otros problemas constitucionales de la nueva normativa.

44. Cfr. VOGEL, *Einfluss des Nationalsozialismus auf das Strafrecht* (en prensa), p. 15, del ejemplar mecanografiado.

45. Críticamente MUÑOZ CONDE, *Hacia un derecho penal del enemigo?*, op. cit.

46. Es cierto, no obstante, que tanto en la jurisprudencia del TC español, como en la del TEDH existe una reciente línea que admite con fin legítimo de la prisión provisional la reiteración delictiva. Sin embargo son bastantes las voces críticas al respecto y en cualquier caso, la consagración constitucional de esta involución, no impide seguir manteniendo que este uso de la prisión preventiva es un renacer de las medidas de seguridad predelictuales; vid. por todos MORENO CATENA, en GIMENO SENDRA/CORTÉS DOMÍNGUEZ/MORENO CATENA, *Derecho procesal penal*, 3ª ed. 1999. Para más detalles sobre la reforma de la prisión provisional GONZÁLEZ PASTOR, "La nueva regulación de la prisión provisional en la ley de enjuiciamiento criminal", *La Ley*, 15 de septiembre del 2003.

47. Vid. más extensamente el Informe del Consejo, muy crítico especialmente con la regla de la habitualidad en las lesiones que califica de derecho penal de autor (p. 16 y ss.). Lo mismo cabría decir, a mi juicio, en relación a la habitualidad en el hurto, pues la nueva regla del art. 234 y 244 no es una ampliación del delito continuado, sino simplemente una agravación penal impuesta en atención a —una presunción irrefutable— de peligrosidad criminal. Los antecedentes de estas dos reglas hay que buscarlos antes de la reforma penal de 1983. La multirreincidencia se contemplaba en el 10.15 y 10.6 del CP en conexión con el art. 60.6 del CP de 1944 en donde la pena se agravaba en uno o dos grados a partir de la "segunda reincidencia". La conversión de faltas en delito aparece también en el CP de 1944: art. 514.4ª y 528.4 (estafa).

48. Cfr. MAQUEDA ABREU, *Crítica a la reforma penal anunciada*, op. cit., p. 9 y s. Más detalles sobre la política criminal neoliberal en SULLIVAN, "The schizophrenic state: neo liberal criminal justice", en *Crimes, Risk and Justice. The politics of crime control in liberal democracies*, ed. Stevenson/Sullivan, Willan Publishing, 2001, p. 29 y ss.

Grecia

Dr. Dimitris Ziouvas, LL.M.

Abogado (Atenas y Frankfurt)¹

Presidente del Comité de los jóvenes penalistas de la AIDP

I. Introducción y reforma relevante de la Constitución en materia penal

Entre el año 2000 y 2003 se han llevado a cabo modificaciones en el Derecho penal griego mate-

rial (punto II inferior) y formal (punto III inferior) a través de numerosas leyes. Con independencia de iniciativas legislativas nacionales, Grecia ha dado cumplimiento en ese período de tiempo a sus obligaciones de Derecho internacional mediante la ratificación de convenios internacionales relevantes en materia penal y mediante la transposición a su Derecho nacional de Directivas de la Unión Europea. Así por ejemplo mediante la *Ley 2802/2002* ha sido ratificado el Convenio europeo para la lucha contra el cohecho de titulares de funciones públicas de la Unión Europea o de otros Estados Miembros. La *Ley 3034/2002* ratificó el Convenio internacional de las Naciones Unidas para la lucha contra la financiación del terrorismo (1999). Antes de entrar a tratar cada una de las modificaciones del Derecho penal, se hará una breve descripción de la reforma esencial de la Constitución griega de 1975/1986 llevada a cabo en el año 2001.

La nueva redacción del texto constitucional² tiene relevancia penal en muchos aspectos. El art. 5 párrafo 5.º de la Constitución griega (ConstGr) establece de forma concreta la protección de la dignidad humana, formulada en el artículo 2 párrafo 5.º de la ConstGr, y los derechos relativos a la libertad individual, protegiendo expresamente la salud y la identidad genética de la persona. Con ello en el futuro ya no será posible la utilización de medidas coercitivas que conlleven una injerencia corporal sin contar con el consentimiento del afectado. Más importantes son los amplios derechos de información que se otorgan al individuo en el nuevo artículo 5 A de la ConstGr, los cuales pueden no obstante ser limitados por Ley cuando ello parezca preceptivo por motivos de seguridad nacional o de lucha contra el crimen. Esto significa en el proceso penal el acceso de todos los interesados a las informaciones obtenidas a lo largo de la fase de instrucción.

Asimismo, se ha dado un paso adelante en materia de protección de datos mediante el nuevo artículo 9 A de la ConstGr, que establece el derecho a la protección frente al almacenamiento, procesamiento y utilización de datos personales, en especial a través de medios informáticos. Queda establecida en el art. 7 párrafo 3.º de la ConstGr la prohibición constitucional de la pena de muerte, que ya había sido abolida legalmente³ en 1993, salvo cuando se trata de un crimen de guerra o un hecho penal militar.

Importantes efectos en el proceso penal tendrá también el artículo 19 párrafo 3.º de la ConstGr en materia de aportación de pruebas y valoración de las mismas, el cual prohíbe la utilización de medios de prueba que han sido obtenidos infringien-

do la inviolabilidad del domicilio y de la vida privada y familiar, contenida en el artículo 9 de la ConstGr, el derecho a la autonomía de la información (art. 9 A ConstGr) o el secreto de la comunicación postal y de las telecomunicaciones (art. 19 ConstGr). Aquí pueden aparecer problemas de interpretación importantes. En efecto, el artículo 370 A párrafo 4.º del Código Penal griego (CPGr) prevé una causa especial de justificación cuando la infracción del secreto de las comunicaciones o la confidencialidad de la palabra sirve para asegurar un interés legítimo (ver también el punto II inferior). El artículo 25 párrafo 1.º, 2.ª frase de la ConstGr introduce los efectos de los derechos fundamentales para terceras personas y la 3.ª frase prevé el principio de la proporcionalidad, aplicable tanto al Derecho penal material como formal.

II. La nueva legislación penal

La *Ley 2928/2001 de "modificación del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la protección de los ciudadanos frente a delitos cometidos por organizaciones criminales"*⁴ tiene como finalidad a tenor de la disposición de motivos combatir la criminalidad económica organizada, en concordancia con el Tratado internacional contra el crimen organizado transnacional firmado por Grecia (Palermo, Italia, 2000). No obstante, tras una lectura atenta de las nuevas disposiciones se concluye que el legislador griego tiene en vista únicamente a los grupos terroristas. La Ley adquirió de forma inesperada un significado especial cuando en el año 2003 se logró desarticular a través de una serie de detenciones la organización terrorista griega de mayor importancia, "17 de septiembre", activa desde casi treinta años. El proceso penal debería finalizar a comienzos de 2004 en primera fase. El nuevo artículo 187 del CPGr introducido por la Ley 2928/2001 establece penas privativas de libertad de hasta diez años para la formación y la participación en organizaciones criminales. Como tales se definen aquellas que cuenten con una estructura fija, muestren una actividad duradera, estén compuestas por tres o más miembros y tengan como objetivo la comisión de varios delitos⁵. En esta definición no está presente la finalidad de enriquecimiento, presupuesta por el contrario fundamental en la criminalidad económica. Las categorías de delitos, cuya comisión tenga como objeto la organización criminal están enumeradas y son más de treinta⁶. El enjuiciamiento del crimen del art. 187 del CPGr y los delitos relacionados con éste ya no es competencia como antes de un juzgado con participación popular articula-

do en siete secciones, sino de una audiencia territorial de tres jueces profesionales⁷.

La *Ley 2960/2001* sustituyó la antigua Ley aduanera de 1918 y estableció una nueva normativa para la defraudación de aranceles (contrabando). La *Ley 3028/2002* de protección de la antigüedad y el legado cultural endurece las penas para delitos en esta materia. La *Ley 3037/2002* penaliza la comercialización de juegos de azar informáticos ("tragaperras"). Por su parte la *Ley 3064/2002 "de lucha contra el tráfico de personas, los delitos contra la libertad sexual, la pornografía de menores y en general la explotación económica de la vida sexual"* ha significado un cambio profundo en el sistema del decimonoveno capítulo del CPGr (delitos contra la autonomía sexual). Característica esencial de la nueva Ley es el endurecimiento de los tipos penales existentes (muchas faltas se elevan a delitos) y la introducción o nueva formulación de los siguientes tipos penales: Pornografía de menores (art. 348A CPGr, nuevo), tráfico de personas (art. 351 CPGr), abusos sexuales de menores mediante remuneración (art. 351A CPGr, nuevo). Por el contrario los tipos penales del abuso homosexual (art. 347 CPGr) y la explotación de prostitutas (art. 350 CPGr) han desaparecido. Se tacha a la nueva normativa de contradictoria, falta de sistemática y de tener un carácter simbólico⁸. Por el contrario, es probable que sea aceptada la regulación de la protección de las víctimas contenida en el art. 13 de la Ley 3064/2002.

A través del art. 9 de la *Ley 3090/2002* se ha dado una nueva redacción al tipo penal del cohecho activo (art. 236 CPGr) y el cohecho pasivo en la función pública (art. 235 CPGr)⁹. La misma Ley ha elevado también la pena del art. 370A CPGr (violación del secreto de las comunicaciones y la confidencialidad de la palabra). Asimismo se ha dado una nueva redacción a la causa de justificación (comparar con el punto I inferior) del párrafo 4.º. Ya no es la protección de un interés "público esencial" como por ejemplo la defensa penal del acusado lo que permite la escucha y la grabación de conversaciones privadas. Ahora es suficiente con la presencia de un simple interés "legítimo" que no puede ser protegido de otra forma. Con ello se abre paso naturalmente a la posibilidad de arbitrariedad¹⁰. Pensemos tan sólo en el interés de los medios de comunicación de informar a la opinión pública. También tienen como objeto la confidencialidad de la comunicación las disposiciones penales de la *Ley 3115/2003*. Su redacción general ("quien infrinja de cualquier forma el secreto de las comunicaciones...") ha sido objeto de acertadas críticas debido a su indeterminación¹¹.

III. La nueva legislación procesal penal

Tienen especial importancia las normas procesales en materia penal de la ya mencionada *Ley 2928/2001*. El nuevo artículo 200 A de la Ley de Enjuiciamiento Criminal griega (LECrGr) introduce el análisis de ADN (también denominado huella dactilar genética) como nuevo medio de prueba de tipo pericial para el caso de que existan indicios importantes de que se ha cometido un crimen de tipo violento o sexual o el delito del artículo 187 CPGr.¹² No obstante, no se puede obligar al afectado, en vista del nuevo artículo 5 párrafo 5.º de la ConstGr, a someterse a la prueba de ADN. Su negativa será valorada por el criterio libre del tribunal.

Mayor importancia adquieren las medidas de investigación (la Convención de Palermo habla de “*special investigative techniques*”), que pueden ser tomadas en materia de organizaciones criminales según el nuevo artículo 253 A de la LECrGr: Se trata de la adopción de medidas de investigación ya conocidas por otras leyes penales¹³. Lo característico de estas medidas de investigación es que no sólo se aplican para esclarecer delitos ya cometidos, sino sobretudo para la prevención del crimen organizado¹⁴. Entre dichas medidas está la utilización de investigadores secretos (las llamadas personas de confianza, “*undercover operations*”), los transportes controlados (“*controlled delivery*”)¹⁵, la supresión del secreto de las telecomunicaciones, el control y grabación, mediante el empleo de soporte de sonido e imágenes y otros medios técnicos, de actividades que tienen lugar fuera de la vivienda así como la composición de un “retrato informático” del afectado según sus detalles personales (registro de datos para utilizarlos en la búsqueda de perfiles sospechosos)¹⁶.

El primer presupuesto para la utilización de las denominadas medidas especiales de investigación es la presencia de “indicios importantes”¹⁷ de la formación de una organización criminal (art. 253 A párrafo 2.º letra a de la LECrGr). Es preciso además que la desarticulación de la organización criminal no sea posible de otra forma o sea especialmente difícil (art. 253 A párrafo 2.º letra b de la LECrGr, comparar también con el artículo 100 a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana). Especial relevancia práctica adquiere la norma del art. 253 A párrafo 4.º de la LECrGr, según la cual puede ser permitida judicialmente de forma excepcional la aplicación de “resultados obtenidos de forma casual” en tales investigaciones para la persecución de otros delitos. Es obvio que aquí existe el peligro del mal uso de tal normativa como caballo de Troya contra los derechos del in-

culpado. Esto, en el marco de los presupuestos poco severos para la ordenación de medidas especiales de investigación, así como la amplitud casi ilimitada del tipo penal del art. 187 del CPGr, ha ocasionado duras críticas y reflexiones sobre el Estado de Derecho. El art. 8 de la Ley 2928/2001 prevé sanciones administrativas para las personas jurídicas¹⁸ que por razón de un delito del art. 187 CPGr adquieran una ventaja económica y el art. 9 prevé medidas de protección de testigos.

Modificaciones fundamentales en el Derecho procesal griego ha traído consigo también la *Ley 3160/2003 de “aceleración del Proceso penal”*^{19 20}. Mientras que era suficiente hasta esa Ley para la presentación de una acusación según el art. 43 de la LECrGr una sospecha vaga, en el caso de delitos y faltas graves es necesario que se lleve a cabo una instrucción que aporte indicios suficientes. Antes de la finalización de la instrucción, se puede tomar declaración al inculcado (art. 245 párrafo 1.º LECrGr) en virtud de su derecho constitucional a ser oído (art. 20 ConstGr). Asimismo, el Fiscal tiene la posibilidad de cerrar con ello la instrucción, en el caso de delitos de gravedad media, sin intervención del Juez de Instrucción, cuando no existan indicios suficientes para la apertura del proceso principal (art. 245 párrafo 4.º de la LECrGr). Se establece para todos los delitos el derecho del acusado a permanecer fuera de la vista y a ser representado por un defensor (art. 340 párrafo 2.º de la LECrGr)²¹.

IV. Perspectiva

Se han realizado numerosas reformas en el Derecho penal y procesal griego entre el año 2000 y 2003. La característica común de esas reformas es el deseo político de incrementar la eficiencia en la lucha contra la criminalidad. Esto se ha intentado mediante el endurecimiento de las penas, el establecimiento de medidas de investigación más enérgicas y la aceleración y descongestión de la justicia estatal. Sin embargo, ese deseo sacrifica a menudo el esclarecimiento de la verdad, el carácter determinado de las normas penales y los derechos de los ciudadanos e inculcados. El tira y afloja entre la eficiencia en la lucha contra la criminalidad y los principios del Estado de derecho de un Estado democrático se hace cada vez más duro. Hoy es necesario más que nunca invocar a la doctrina penal griega para que ejercite un papel de instancia de control y alce la voz de alarma frente a un poder legislativo simbólico y arbitrario.

V. Bibliografía (los títulos griegos están traducidos al español)

ANAGNOSTOPOULOS, *Investigadores secretos y proceso penal justo*, PoinChr. 2001, p. 193 ss.

IDEM, El proyecto de Ley sobre el crimen organizado: ¿Modernización o hundimiento del Derecho penal liberal?, en *El proyecto de Ley sobre el crimen organizado (Ley 2928/2001)*, 2002.

BATHIOTIS, *La protección del testigo según el art. 9 de la Ley 2928/2001*, PoinChr. 2001, p. 1045 ss.

COURAKIS, Intervención, en *El crimen organizado desde el punto de vista del Derecho penal*, Informes de sesiones del séptimo Congreso pan-helénico de la Asociación griega de Derecho penal, 2000, p.173.

IDEM, *Delitos financieros*, parte I, 2.^a entrega 1998.

DALAKOURAS, *Las medidas especiales de investigación del art. 6 de la Ley 2928/2002*, PoinChr. 2001, p. 1022 ss.

KARRAS, Derecho procesal penal, 2.^a entrega, 1998.

IDEM, *El principio del derecho a ser oído en el proceso penal*, 1989.

IDEM, *Un proceso penal más rápido y justo*, PLog. A 2003, p. 5 ss.

LIVOS, Crimen organizado: Concepto y su lucha en el Derecho procesal, en *El crimen organizado desde el punto de vista del Derecho penal*, Informes de sesiones del séptimo Congreso pan-helénico de la Asociación griega de Derecho penal, 2000, p. 28 ss.

IDEM, *La punibilidad del agent provocateur – La política moderna criminal ante el dilema del Estado de Derecho y la eficiencia*, PoinChr. 1987, p. 577 ss.

MYLONOPOULOS, Crimen organizado y Derecho penal internacional, en: *El crimen organizado desde el punto de vista del Derecho penal*, Informes de sesiones del séptimo Congreso pan-helénico de la Asociación griega de Derecho penal, 2000, p. 102 ss.

SAMIOS, *Medidas de investigación en las organizaciones criminales*, PoinChr. 2001, p. 1034 ss.

C.D. SPINELLIS, *La Recomendación Nr. R (92) 1 sobre la utilización de análisis de ADN en el marco del sistema de Derecho penal – ¿aprovechamiento o mal uso?*, PoinChr. 2001, p. 286 ss.

D. SPINELLIS, *Derecho penal, parte especial, Delitos de funcionarios*, 1988.

SPYRAKOS, *Registro de datos personales para la lucha de la criminalidad organizada*, PoinChr. 2001, p. 1030 ss.

TZANNETIS, *el Concepto de Organización Criminal según el nuevo art. 187 CPGR*, PoinChr. 2001, p. 1016 ss.

ZIOUVAS, *Sistemas penales comparados, Corrupción en el sector privado*, Grecia, *Revista Penal* 11, p. 176 ss.

Notas

1. Dimitris.Ziouvas@ziouvas.com
2. Publicado en el Boletín Oficial Parte A de fecha 18.04.2001.
3. El artículo 33 párrafo 1.^o de la Ley Nr. 2172/1993 sustituyó la pena de muerte, que desde hace mucho tiempo se había dejado de imponer, por la condena a cadena perpetua.
4. Publicada en el Boletín Oficial Parte A de fecha 27.06.2001.
5. MYLONOPOULOS, Crimen organizado y Derecho penal internacional, en *El crimen organizado desde el punto de vista del Derecho penal*, informes de sesiones del séptimo congreso pan-helénico de la Asociación griega de Derecho penal, 2000, p. 102, 106.
6. La longitud de la lista ha sido objeto de crítica, ver Tzannetis, PoinChr. 2001, p. 1016, 1021.
7. KARRAS, PLog 2003, expresa sus reparos de tipo constitucional en vista del art. 97 párrafo 1.^o ConstGr, el cual establece la competencia general de un tribunal con representación popular para delitos.
8. Respecto a la crítica realizada ya en el proyecto de ley ver MARGARITIS, PoinDik. 2002, p. 184.
9. Comparar ZIOUVAS, *Revista Penal* 11, p. 176, 177.
10. Crítico también NOUSKALIS, PoinDik 2003, p. 8.
11. NOUSKALIS PoinDik. 2003, p. 248, 249.
12. Respecto a las constataciones de ADN en vista de la Recomendación Nr. R (92) del Consejo de Europa ve también C.D. SPINELLIS, PoinChr. 2001, p. 286 ss.
13. Ver artículo 25B párrafo 1.^o de la Ley 1729/1987 (delitos por drogas), art. 5 párrafo 1.^o de la Ley 2713/1999 (asuntos internos de la Policía – corrupción).
14. Ver también las conclusiones del XVI Congreso Internacional de AIDP, Budapest 1999, en Informes de sesiones, Budapest 2000, p. 242 ss.
15. Se trata del control de transportes ilegales (por ejemplo drogas) sin actuación de la Policía, para seguir la pista del mayor número posible de implicados.
16. Respecto a la problemática ver SPYRAKOS, PoinChr. 2001, p. 1030 ss.
17. Esencialmente menor es por el contrario al grado de sospecha necesario para la apertura del proceso principal, según el cual deben estar presentes indicios suficientes de la comisión del delito (ver art. 313 grStPO). Ver DALAKOURAS, PoinChr. 2001, p. 1020, 1024 junto con epílogo.
18. El Derecho penal griego sigue la regla “societas delinque non potest” y rechaza la punibilidad de las personas jurídicas.
19. Publicada en el Boletín Oficial A de 30.06.2003.
20. Elogios y críticas a la nueva normativa hecha por KARRAS, PLog. 2003 A, p. 5 ss.
21. Comparar con el art. 6 párrafo 3.^o caso 3.^o EMRK, así como la formulación constitucional de ese derecho en el art. 20 de la ConstGr, KARRAS, *El principio del derecho a ser oído en el proceso penal*, 1989, p. 113 ss.

México

Manuel Vidaurri Aréchiga

*Departamento de Investigaciones Jurídicas
Universidad de Guanajuato*

Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 16 de julio de 2002, el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en adelante NCPDF, constituye una de las más significativas propuestas legislativas recientes. Con este cuerpo legal, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal procedió a la abrogación del, hasta entonces, vigente Código Penal de 1931, que regía en el ámbito federal para toda la república y en el ámbito local para el Distrito Federal. Cabe decir que el mencionado Código Penal Federal de 1931 experimentó numerosas reformas, llegándose a decir, por ejemplo, que las que se dieron en 1983, publicadas en 1984, y luego las de 1994, fueron tan importantes que se hablaba de un “nuevo” Código.

Los primeros seis artículos de este NCPDF establecen los principios y garantías individuales que regirán en su aplicación. Siendo éstos los siguientes: Principio de legalidad (artículo 1); Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón (artículo 2); Principio de Prohibición de la responsabilidad objetiva (artículo 3); Principio de Bien Jurídico y de la antijuridicidad material (artículo 4); Principio de Culpabilidad (artículo 5); y Principio de la jurisdiccionalidad (artículo 6). Por supuesto estos principios tienen su punto de partida básicamente en los artículos 14, 16 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

A partir del artículo 15 se conoce la estructura del delito. Así, se establece que el delito sólo puede ser realizado por acción u omisión; que en los delitos de resultado material (art. 16) el resultado típico producido será atribuible a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si I) es garante del bien jurídico, II) su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo. El mismo artículo, dispone que es garante del bien jurídico a) el que aceptó efectivamente su custodia; b) el que voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza; c) el que con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico, o d) el que se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad corporal de algún miembro de su familia o pupilo. Se advierte pues, que con esta nueva disposición, la determinación de la calidad de garante requiere de la interpretación.

Con base en su artículo 18, las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente; obra dolosamente el que, co-

nociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización. Obra culposamente (imprudentemente) el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar. Por otra parte, establece concretamente en su artículo 19 el principio de *numerus clausus* para la punibilidad de los delitos culposos, al señalar expresamente que éstos solamente serán punibles en los casos expresamente determinados por la ley.

Por lo que hace a la tentativa ésta existirá y será punible, según el artículo 20 del NCPDF, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado. Por lo demás, si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada por éste (art. 21).

Según lo señalado en el artículo 22, son responsables del delito, quienes: a) lo realicen por sí; b) lo realicen conjuntamente con otro u otros autores; c) lo lleven a cabo sirviéndose de otro como instrumento; d) determinen dolosamente al autor a cometerlo; e) dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión, y f) con posterioridad a su ejecución auxiliien al autor en cumplimiento de una promesa anterior al delito. Los autores o partícipes del delito responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad (art. 24), y se aclara que la pena que resulte de la comisión de un delito no trascenderá de la persona y bienes de los autores y partícipes de aquél (art. 23).

Aunque para los efectos del NCPDF, solo pueden ser penalmente responsables las personas físicas, el legislador abrió la posibilidad (art. 27) de que cuando un miembro o representante de una persona moral, con excepción de las instituciones públicas del Distrito Federal, cometa algún delito con los medios que para tal objeto la misma persona moral le proporcione, de modo que el delito resulte cometido a su nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el juzgador impondrá en la sentencia, previo el procedimiento correspondiente y con intervención del representante legal, las consecuencias jurídicas accesorias previstas en

los artículos 68 y 69 del NCPDF para dichas personas, independientemente de la responsabilidad en que hubieren incurrido las personas físicas por los delitos cometidos. En términos generales las penas a que se refieren los señalados artículos 68 y 69 son las consignadas en el artículo 32, a saber: Suspensión, Disolución, Prohibición de realizar determinadas operaciones, Remoción e Intervención de personas morales.

Se define en el artículo 28 el concurso ideal y real de delito. Hay concurso ideal cuando con una sola acción o una sola emisión se cometen varios delitos. Habrá concurso real, cuando con una pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos. No hay concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado. Para los casos de concurso ideal, con base en el art. 79 se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, si las sanciones aplicables son de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos. En ningún caso, la pena aplicable podrá exceder los máximos señalados en el Título Tercero del Libro Primero del NCPDF, teniendo en cuenta que la pena de prisión tiene establecido un mínimo de tres meses y un máximo de cincuenta años (art. 33).

Las causas de exclusión del delito, contenidas en el artículo 29, son las siguientes: a) la ausencia de conducta, derivada del hecho de que la actividad o inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente; b) la atipicidad, que surge cuando falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate; c) se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan con los requisitos siguientes: I) que se trate de un bien jurídico disponible; II) que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien, y, III) que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se agrega una cláusula interesante respecto de la presunción del consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

En el mismo artículo 29, en su fracción IV se consigna lo referente a la legítima defensa, en donde ya no se hace referencia al requisito que

exigía la racionalidad de la defensa; en la fracción V se habla del Estado de Necesidad, donde no considera que la situación evitada fuera más gravosa o igual al daño causado; en la VI al cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho; en la VII a la inimputabilidad y las *actio libera in causa*; en la VIII al error de tipo y de prohibición; en la IX a la inexigibilidad de otra conducta, siendo estos dos puntos donde la doctrina ha sido especialmente prolífica y polémica, adoptándose en el caso del NCPDF fórmulas más o menos conciliadoras.

Respecto al sistema de penas y medidas de seguridad no son muchas en relación con la legislación anterior. Por supuesto, la pena de mayor presencia en el NCPDF es la de prisión. Fueron eliminadas algunas penas como las de apercibimiento, la amonestación, la caución de no ofender y la publicación especial de sentencia. La inhabilitación para el ejercicio de profesión, cargo, comisión o empleo tienen una presencia casi paralela a la de prisión. Acaso una diferencia o novedad consiste en el establecimiento por separado de un catálogo de penas y otro de medidas de seguridad, y la inclusión de la pena de trabajo a favor de la comunidad. Se sigue en método tradicional de graduación de la sanción, mediante el establecimiento de mínimos y máximos en los propios tipos penales. Como ya mencionábamos, la pena de prisión puede llegar hasta los cincuenta años. Cabe mencionar que la pena de trabajo a favor de la comunidad tiene poca presencia ya que el sistema de ejecución penal no cuenta, lamentablemente, con los elementos materiales y humanos que requiere. Aunado a lo dicho, no tenemos noticia de que se hayan realizado reformas o adaptaciones a la correspondiente legislación de ejecución de sanciones, aspecto que, por desgracia, casi siempre se deja al margen de la reforma penal sustantiva.

En materia de prescripción no se encuentran aspectos novedosos. En todo caso, si es conveniente traer a cuento el hecho de que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de Noviembre de 1968, fue ratificada por México el 16 de Enero del 2002, publicando tal ratificación en el *Diario Oficial de la Federación* con esa misma fecha. No obstante, es de considerarse que, en México únicamente se considerará imprescriptible los crímenes consagrados en la Convención que se hayan cometido con posterioridad a su entrada en vigor en el país, de acuerdo con el texto que en vía de fe de erratas se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el

11 de febrero del mismo año 2002. Sobre este punto, este NCPDF no señala nada al respecto, situación que es común y generalizada en todos los códigos penales de los estados de la república, no obstante que sí contienen tipos penales, en donde sería conveniente y de esencial congruencia incorporar una disposición que determine la imprescriptibilidad, como en los casos de Tortura (art. 294 NCPDF), Secuestro (concretamente cometido por quienes sean integrantes de una corporación de seguridad pública, art. 164, fracción II NCPDF), Desaparición forzada de personas (art. 168 NCPDF), entre otros.

En la parte especial, destaca la inclusión de los tipos penales de Procreación asistida e inseminación artificial, señalando en términos generales el artículo 149 del NCPDF lo siguiente: "A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa", desarrollando otros aspectos relacionados, como el del consentimiento o su ausencia, o la relación entre sujetos activo y pasivo de la conducta, etc.

También se incluye el delito de Manipulación genética, contenido en el artículo 154 del NCPDF, de esta manera: "Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio a los que: a) con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el fenotipo; b) fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana, y d) creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos".

Bajo el título de Delitos contra la dignidad de las personas, el NCPDF incluye en un capítulo único el delito de Discriminación, al tenor de la siguiente descripción: "se impondrán de uno a tres años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa al que, por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud: I. Provoque o incite al odio racial; II. Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas, o III. Niegue o restrinja derechos laborales. Este delito será perseguible por querrela.

BIBLIOGRAFÍA RECIENTE SOBRE EL TEMA:

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, coordinadores,

"Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal", *Terceras Jornadas sobre Justicia Penal "Fernando Castellanos Tena"*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Panamá

I. Introducción

En el período 2000-2003 se han producido múltiples reformas a los ordenamientos penal y procesal penal en la República de Panamá, hasta el punto que podemos afirmar que tales reformas representan las modificaciones más importantes en tales ordenamientos desde la adopción de los códigos respectivos.

A propósito del ordenamiento penal, las reformas introducidas en el período bajo estudio implican cambios importantes en el Código Penal panameño. En efecto, una reforma de menor extensión, pero de suma gravedad, se produjo por medio de la Ley 37 del año 2000, pues la misma introdujo el nuevo artículo 272-A al citado cuerpo legal, en virtud del cual se exigió que en ciertos delitos de falsedad, que la propia ley indica, se requiera que se haya producido un "perjuicio", lo que sin duda desnaturaliza la esencia de la falsedad documental. Por otra parte, la regulación del lavado de dinero, que pasó de ser un delito relacionado exclusivamente con el tráfico de drogas a uno mucho más amplio y abarcador, ahora bajo la rúbrica de "blanqueo de capitales" por medio de la Ley 41 de 2000, como veremos en su oportunidad. De la misma forma, la adopción de una nueva legislación para castigar severamente la corrupción, Ley 39 de 2001, supuso cambios importantes en los delitos contra la administración pública, por lo que se modificaron diversos tipos penales y se aumentaron muchas de las penas previstas para tales delitos. Con la Ley 45 de 2003 se adicionó el Código Penal para crear los llamados "delitos financieros" y finalmente mediante la Ley 50 de 2003 se introdujo al Código Penal un nuevo capítulo en el Título VII del Libro Segundo, sobre delitos contra la seguridad colectiva, para incriminar diversas formas de "terrorismo".

En el plano procesal penal, la Ley 23 de 2001, introdujo numerosos cambios al ordenamiento procesal. De la misma nos ocuparemos en su

oportunidad, dedicándole atención sólo a las reformas que atañen al proceso penal.

II. Reformas penales

1. Reformas a los delitos de falsedad de documentos

Como quedó antes expuesto, la primera reforma importante al Código Penal en el período bajo análisis se introdujo por medio de la Ley 37 de 2000, que adicionó el nuevo artículo 272-A al Código Penal, en virtud del cual se exige la existencia de un perjuicio para la aplicación de los delitos de falsedad de documentos, públicos o privados.

Tal reforma, sin embargo, se hizo en una ley que sólo adicionó tal artículo al Código Penal y no se conocen mayores detalles a este respecto. Es evidente, que dicha ley tiene un nombre propio que no conocemos o no estamos en capacidad de señalar con absoluta precisión. Las formas de falsedad descubiertas en aquella época pueden ser un indicio del sujeto favorecido con esta legislación, pero ello es cuestión ajena a esta oportunidad.

2. Blanqueo de capitales

La nueva legislación en la materia sustituyó la normativa anterior, introducida por medio de la Ley 23 de 30 de diciembre de 1986, que se ocupaba del “lavado de dinero” en el capítulo sobre “delitos contra la salud pública”. Drogas y lavado de dinero tenía una misma fuente normativa, como hemos expuesto con detenimiento en otra ocasión (Libro Homenaje a Barbero Santos).

En esencia, la referida Ley derogó los tipos penales creados por la Ley 23 de 1986 e introdujo los delitos previstos en los nuevos artículos 389, 390, 391 y 392 del Código Penal.

A partir de la vigencia de dicha ley, el blanqueo de capitales gira en torno al hecho de recibir, depositar, convertir o transferir dineros, títulos valores, bienes u otros recursos financieros a sabiendas de que proceden de actividades relacionadas con tráfico de drogas, estafa calificada, tráfico ilegal de armas, tráfico de personas, secuestro, extorsión, peculado, corrupción de servidores públicos, actos de terrorismo, robo o tráfico internacional de vehículos previstas en la ley penal panameña siempre que ello se haga con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar a eludir las consecuencias de los mismos. La pena en este caso es de 5 a 12 años de prisión y de 100 a 200 días-multa.

Los restantes delitos introducidos en su momento al Código Penal en esta materia, se ocupan

de circunstancias agravantes de la responsabilidad del infractor de la norma. Entre ellas, el abusar de las funciones, empleo, profesión u oficio del sujeto activo para favorecer el blanqueo de capitales. El nuevo artículo 393, por su parte, incrimina el financiamiento de campañas políticas con recursos financieros provenientes del blanqueo de capitales y el nuevo 393 castiga al servidor público que siendo funcionario del sistema de justicia realice actos dirigidos a favorecer a sujetos vinculados con el blanqueo de capitales.

Lo antes expuesto, evidencia, sin duda alguna, que las reformas coyunturales que se aprueban en Panamá, porque se le ocurrió al Gobierno, a un legislador, a los dirigentes de un grupo de poder económico o son producto de presiones externas, de las que el país no se puede librar, a pesar de todo lo que se diga al respecto, muchas veces son improvisadas y contradictorias con el propio ordenamiento penal. La nueva normativa en materia de blanqueo derogó los viejos tipos penales y los sujetos acusados por tales delitos no pueden ser condenados con base a la nueva legislación, pues no se tomó en cuenta esta cuestión ni se subrogó tales tipos para permitir la ultraactividad de los mismos.

3. Delitos contra la administración pública

La modificación a los “Delitos contra la administración pública” descritos en el Título X del Libro Segundo del Código Penal permitió la reforma de los más importantes delitos consagrados en dicho título, que va del artículo 322 a 350.

El nuevo tipo básico de peculado (malversación en otros Códigos), amplía la conducta típica del mismo, que ya no solo implica “apropiarse” del objeto material descrito por el legislador sino que ahora permite castigar al servidor público que “sustraiga o malverse de cualquier forma o consienta que otro se apropie o sustraiga” tales bienes. La pena básica siguió siendo la de 3 a 10 años de prisión, pero ahora además se introdujo una agravante, que permite imponer pena de 5 a 15 años de prisión si la cuantía de lo apropiado supera la suma de 500.000 balboas (o dólares que es lo mismo). Esta reforma equipara al delito de peculado la apropiación cometida en virtud de error ajeno, que antes se castigaba con penas de 1 a 3 años de prisión y de 100 a 200 días-multa. Por su parte el peculado culposo, que antes tenía pena de 6 meses a 1 año de prisión y de 50 a 100 días-multa se reformó para aumentar dicha pena a 1 a 3 años de prisión. El viejo peculado de uso, que sólo tenía pena de días-multa, se reformó para castigarlo con pena de 6 meses a 1 año de prisión. Finalmente, el peculado por aplicación pública

distinta de la prevista, que era castigado con penas pecuniarias, se incrimina ahora con 6 meses a 1 año de prisión y con pena de 3 a 6 años de prisión cuando la conducta se lleva a cabo para obtener un beneficio para sí o para un tercero.

Por lo que respecta a la reforma de la concusión y exacción, la nueva norma aumenta la pena básica de la concusión que era en el art. 329 de 1 a 6 años de prisión y de 50 a 100 días-multa a una pena de 3 a 6 años de prisión, sin multas adicionales, mientras que para la exacción, que antes se castigaba con penas pecuniarias, ahora se imponen penas de prisión de 3 a 6 años por un cobro inexistente y de sólo 6 meses a 1 año de prisión o su equivalente en días-multa, si el cobro es legal pero se usa un medio no autorizado por la ley. Esta última reforma, sin embargo, alude a una multa equivalente que no existe, pues el Código no consagra ninguna tabla de equivalencia entre la pena privativa de libertad y las penas de días-multa.

En materia de corrupción de servidores públicos, la reforma se ocupó, fundamentalmente, de aumentar las penas para las diversas formas de corrupción. La más elemental se castiga ahora con prisión de 2 a 4 años, lo que duplica la pena anterior y la más grave se castiga con pena de 3 a 6 años de prisión, con una agravante cuando el sujeto es funcionario del Órgano Judicial o del Ministerio Público y el beneficio indebido se obtiene para favorecer o perjudicar a una parte en un proceso, por lo que dicha pena se agravará a la mitad. La redacción de dicha agravante, sin duda, es desafortunada pues parece imponer, necesariamente, un aumento de la pena que legislativamente se cuantifica en la mitad, sin permitir margen alguno de discrecionalidad en el juzgador. Una novedad en materia de corrupción, por otra parte, es la tipificación de una corrupción de servidores públicos de otros Estados, lo que se sanciona con pena de 2 a 6 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por 10 años.

Respecto del enriquecimiento ilícito, que antes tenía ínfimas y casi ridículas, la nueva legislación permite imponer penas de 2 a 5 años de prisión, 100 a 365 días-multa e inhabilitación para ejercer funciones públicas por igual período al de la pena de prisión. Hay una agravante cuando el enriquecimiento supera los 100.000 balboas (o dólares), por lo que dicha pena puede aumentar de 4 a 10 años de prisión.

La ley bajo estudio, modificó además el delito de tráfico de influencias en el ordenamiento penal, pues el mismo quedó tipificado a partir del servidor público que realiza los actos descritos como punibles, dejando fuera del tipo una amplia gama de conductas, tal como habíamos expresado

con anterioridad (Cf. *Ensayos Penales*, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2001, págs. 99-114). La pena para el mismo, sin embargo, se fija solo en prisión de 6 meses a 4 años, lo que es mínimo en su tramo inferior, e inhabilitación para ejercer funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

4. Delitos financieros

La Ley 45 de 2003 adicionó el Título XII del Libro Segundo del Código Penal, que trata de los “delitos contra la economía nacional”, para adicionar un nuevo capítulo al referido título. El nuevo capítulo, ahora el VII, de este título se ocupa de los llamados “delitos financieros”.

En el Encuentro Binacional de Cortes Suprema de Justicia de Costa Rica y Panamá, llevado a cabo en agosto de 2003, en la Ciudad de David, Provincia de Chiriquí, me ocupé sobre el particular con amplio detalle. En esencia, para los efectos de esta publicación, es necesario señalar que se introdujeron nuevos delitos al Código Penal por medio de los nuevos artículos 393-A, 393-B, 393-C, 393-D, 393-E, 393-F y 393-G.

Lo medular de tales nuevos delitos es crear un nuevo tipo penal en donde se incrimina el apoderamiento, uso indebido y transferencia ilícita de dineros, valores, bienes u otros recursos financieros de una entidad bancaria, empresa financiera u otra que capte o intermedie con recursos financieros o que le hayan sido confiados a ésta con pena que oscila entre 3 y 5 años de prisión y con una pena agravada de 5 a 10 años de prisión cuando el ilícito sea cometido por o con la participación de un empleado, director, dignatario, administrador o representante legal de la entidad o empresa, si el sujeto se ha aprovechado de su posición o del error ajeno.

Dicha norma, no obstante, crea nuevos tipo de hurto, apropiación indebida o estafa (tres conductas distintas en un mismo delito) cuando el sujeto pasivo es una entidad bancaria, financiera u otra empresa que capte o intermedie con recursos financieros del público o que se le hayan confiado a la misma, pues ello es inaceptable. La ley bajo estudio estableció nuevos delitos de hurto, apropiación indebida y estafa, paralelos a los ya existentes, cuando ahora el sujeto pasivo es el sujeto indicado en la norma. Tal proceder, sin embargo, es contrario a la Constitución Política de Panamá por cuanto crea un privilegio en favor de los bancos y entidades financieras, pues los responsables de tales hurtos, apropiaciones indebidas y estafas serán castigados con penas severamente mayores que las previstas para los hurtos, apropiaciones indebidas y estafas cometidas en perjuicios de

personas que no son bancos, empresas financieras o que capten dinero del público o los administren por haber sido los mismos confiados a ella.

Por otra parte, la excesiva protección a los sujetos pasivos antes mencionados también se aprecia en el nuevo artículo 393-B del Código Penal, en virtud del cual se castiga con pena de 4 a 7 años de prisión a quien destruya, oculte o falsifique libros de contabilidad, otros registros contables, estados financieros u otra información financiera de una persona natural o jurídica, con el propósito de obtener, mantener o extender una facilidad crediticia o de capital de una entidad bancaria financiera u otra que capte o intermedie con recursos financieros del público o que le hayan sido confiados a ésta. Dicha pena será de 5 a 10 años de prisión si la conducta se realiza en los registros o en cuentas de un emisor registrado en la Comisión Nacional de Valores o contra aquellos que operen como Casa de Valores, Asesor de inversiones, Sociedad de inversión, Administrador de inversión, un intermediario, una organización autorregulada o de un miembro de una organización autorregulada, de modo que resulte perjuicio.

La norma antes reseñada, ni más ni menos, crea un nuevo tipo de falsedad de documento, cuando el sujeto pasivo es una de las personas indicadas en la misma, lo que produce una superprotección penal en favor del sujeto pasivo del delito en detrimento de otros sujetos pasivos carentes de esta *privilegiada* protección penal.

En el artículo 393-D se introdujo un nuevo delito, para castigar al sujeto que de manera masiva y habitual capte recursos financieros del público sin contar con la previa autorización de la autoridad competente con una pena de prisión de 3 a 5 años. El legislador patrio se olvidó, sin embargo, del delito de intrusismo previsto en el art. 286 del Código Penal que tiene pena de 6 meses a 2 años de prisión o de 100 a 150 días-multa. En el caso del art. 393-D, sin embargo, era mejor una sanción administrativa de multa, con una cuantía elevada que sirviera de forma de disuasión efectiva a este respecto.

Otra reforma sobre este particular se introdujo con el nuevo artículo 393-E, que incriminó usar o revelar información confidencial obtenida por medio de una relación privilegiada. Para tales casos la pena es de 3 a 4 años de prisión. El nuevo delito previsto en el artículo 393-F permite castigar, con pena de 5 a 7 años de prisión, al director, dignatario, gerente, administrador, representante legal o empleado de una entidad bancaria, empresa financiera u otra que capte recursos del público o intermedie con ellos que omita o niegue proporcional información o proporcione información falsa a las autoridades de supervisión y fiscalización de dichas entidades, cuando tal proceder tie-

ne por objeto ocultar situaciones de iliquidez o insolvencia permanente de la entidad.

Finalmente, el nuevo delitos previsto en el artículo 393-G del Código Penal castiga al que realice ofertas de compra o de venta de valores registrados o de quien para comprar o vender dichos valores cree una apariencia falsa o engañosa respecto de los mismos o manipule el precio de mercado de cualquier valor registrado con el fin de facilitar la venta o la compra de los mismos con pena de 3 a 6 años de prisión.

5. El nuevo delito de terrorismo

Con la Ley 50 de 2003 se introdujeron al Código Penal nuevos delitos, ahora en materia de terrorismo. Los mismos se incluyen como un capítulo adicional al título previsto en el Libro Segundo del Código sobre delitos contra la seguridad colectiva. Los nuevos artículos van desde el artículo 364-A al 364-E inclusive.

En el artículo 364-A se incrimina, de forma defectuosa, tomando como punto de referencia el artículo 571 del Código Penal español vigente, pues el legislador panameño introdujo modificaciones al texto original del Proyecto presentado en tal sentido por el Órgano Ejecutivo y desnaturalizó por completo la nueva figura delictiva.

El tipo penal antes mencionado castiga a "quien individualmente o perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos, cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, realice actos en contra de las personas, los bienes, los servicios públicos o los medios de comunicación y transporte, que produzcan alarma, temor en la población o con un grupo o sector de ella, utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas, incendio, inundación o cualquier otro medio violento o de destrucción masiva, será sancionado con pena de 15 a 20 años de prisión".

La norma en cuestión, desafortunadamente, usa el artículo del Código español que tiene un contexto social distinto del nuestro para castigar realizar actos que persigan finalidades particulares, muchas veces difíciles de probar y que serán objeto de odiosas presunciones, como siempre ocurre en nuestro medio.

Sin duda alguna el delito de terrorismo debe ser castigado en forma severa, pero so pretexto de ello no podemos describir de forma ambigua la conducta que se quiere castigar ni mucho menos recurrir a expresiones como la de producir alarma, temor o terror en la población o con un grupo o sector de ella, ni se debe hacer referencia a los medios con la expresión genérica "cualquier otro medio violento o de destrucción masiva".

Pretender indicar cuáles son los medios por los cuales se llevan a cabo los actos que se quieren incriminar es un desatino, ya que no puede pretenderse que la utilización de cualquier explosivo, sustancia tóxica o arma es determinante de un acto terrorista, cuando el propio legislador no indica qué es terrorismo ni da mayores elementos de juicio para ello.

Por su parte, los nuevos delitos previstos en los artículos 264-B y 264-C incriminan el financiamiento, subvención, ocultar o transferir dinero o bienes para la comisión de los delitos previstos en el artículo 264-A con una pena de 15 a 20 años de prisión y con pena de 8 a 10 años de prisión conductas que constituyan promover o auxiliar los actos llevados a cabo por personas o grupos organizados para la ejecución de los hechos descritos en el artículo 264-A y a quien oculte, albergue, hospede o reclute personas para las ejecución de cualquiera de los hechos también descritos en el artículo 264-A.

Finalmente, el nuevo delito previsto en el artículo 364-E castiga el tener conocimiento de la existencia de personas o grupos de personas que preparen o contribuyan al planeamiento o ejecución de los hechos descritos en el artículo 364-A del Código y oculte el paradero de sus autores u omita intencionalmente denunciar el hecho ante las autoridades nacionales. Este tipo de omisión aparece castigado con pena de 5 a 10 años de prisión.

III. Reformas procesales

La Ley 23 de 2001 se adoptó con la finalidad de reducir la mora judicial en la administración de justicia, no solo penal sino también en materia civil.

Por lo que respecta al ordenamiento procesal penal, las reformas reducen el formalismo todavía existente en la materia. La nueva legislación resuelve numerosos problemas existentes con las notificaciones, facilita la celebración de la audiencia preliminar de la causa, prohíbe el juicio con reo rebelde, elimina las medidas de previo pronunciamiento que paralizaban el proceso hasta que las mismas fueren resueltas mediante una resolución ejecutoriada, reforma el recurso de apelación y adopta otras medidas de importancia cuya descripción excede el marco teórico de esta contribución.

Es lamentable que, por medio de la Ley 23 de 2001, se haya introducida una reforma al proceso penal, en virtud de la cual el juzgador de primera instancia en ciertos procesos complejos puede señalar dos fechas de audiencia preliminar y dos

fecha de audiencia de fondo o juicio oral, con lo que se faculta al juez para nombrar al imputado o procesado, según la etapa, una segunda fecha para la audiencia en la que deba participar un defensor público en reemplazo del defensor particular del sujeto si dicho defensor no se presenta a la segunda fecha de audiencia. Ello sin duda, atenta contra la inviolabilidad de la defensa y coloca al imputado en situación precaria, pues el nuevo defensor alterno, que inicia el conocimiento del caso el mismo día de la audiencia o un día antes, no está preparado para tal defensa y, sin embargo, actúa por mandato de la ley procesal penal. Tal regulación es contraria al derecho de defensa y debe ser cuestionada por medio de una demanda de inconstitucionalidad, la que sin duda será desestimada por la Corte Suprema de Justicia, que en los últimos tiempos es blanco de continuas críticas desde diversos sectores de la sociedad y del foro.

El importante trabajo del Dr. Wilfredo SÁENZ, Magistrado del Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, con sede en la capital y Presidente de la Academia Panameña de Derecho Procesal Penal, *Las perspectivas de actualización de las fases del proceso penal panameño* (Ediciones El Canal, Panamá, 2002) me libera de mayores consideraciones sobre la reforma en cuestión.

A pesar de ello, debo señalar que dicha reforma del 2001 no modificó el recurso de casación, que cada vez se ha tornado más formalista que la propia casación civil. Paradójicamente la regulación legal del recurso no permite que el opositor al recurrente intervenga en el trámite del recurso, por lo que si recurre el Ministerio Público o el querellante no hay posibilidad alguna de que el imputado pueda ser escuchado en casación, situación que plantea un privilegio para el Ministerio Público que siempre debe ser oído aunque no sea recurrente y coloca el procesado en situación de indefensión objetiva frente a las otras partes.

IV. Consideraciones finales

Muchas de las reformas producidas en el período 2000-2003 responden a necesidades coyunturales o impuestas por razón de presiones internacionales, lo que se traduce en una legislación improvisada y defectuosa, en ocasiones contradictoria con el resto del ordenamiento vigente.

La reforma introducida por la Ley 37 de 2000 fue dejada sin efecto recientemente, lo que es muy plausible. Esa Ley 37/2000 tenía nombre propio y, sin duda, se quiso beneficiar a un sujeto allegado al poder político. Eso nunca más debe ocurrir.

Polonia

Prof. Dra. Barbara Kunicka-Michalska

Instituto de Ciencias Jurídicas de la Academia de Ciencias de Polonia, Varsovia

1. En Polonia las reformas parciales en la legislación penal y procesal penal fueron numerosas en los años 2000-2003¹.

2. El Código Penal de 1997² sufrió los siguientes cambios parciales:

— Mediante la ley del 14.04.2000 (Dz.U. Nr 48, poz. 548) se introdujeron enmiendas en lo concerniente a los delitos contra la seguridad vial. Por ejemplo, se introdujo en el CP el nuevo delito de conducción de vehículos mecánicos bajo los efectos del alcohol (estado de embriaguez) o de estupefacientes (art. 178 a CP). Esos actos eran considerados antes solamente como contravenciones. También se introdujeron cambios en las normas sobre la prohibición de conducir vehículos, que regulan la medida penal concerniente a la compensación pecuniaria relacionada entre otros con la circulación de vehículos y la prestación pecuniaria relacionada con los delitos de tráfico. Se aumentaron las penas por algunos delitos relacionados con la seguridad de la circulación;

— Mediante la ley del 9.09.2000 (Dz.U. Nr 93, poz. 1027) que entró en vigor a principios del 2001, se introdujeron cambios en la norma sobre la confiscación del beneficio proveniente del delito y en las normas sobre la corrupción. Se introdujeron dos normas en la parte especial del Código Penal, es decir, una que describe el delito de soborno pasivo, cometido por la persona que desempeña una función pública en un país extranjero o en una organización internacional (art. 228 párrafo 6 CP) y la segunda sobre el soborno activo, es decir, el soborno pagado a una persona así por otra persona (art. 229 párrafo 5 del CP);

— Mediante la ley del 16.11.2000 (Dz.U. Nr 116, poz. 1216), que entró en vigor en la mitad del año 2001, se introdujeron cambios en el delito de blanqueo de dinero. Se ha ampliado, entre otras cosas, el ámbito de este delito en su forma básica y se aumentaron las penas (art. 299 CP);

— Mediante la ley del 27.07.2001 (Dz.U. Nr 98, poz. 1071), que entró en vigor el 1 de enero de 2002, se modificó la definición del funcionario público, abarcando con esa noción, además de las personas que ya estaban comprendidas por ella, también a los tutores judiciales y no, como se establecía antes, solo a los tutores profesionales (art. 115 párrafo 13 CP).

— Mediante la ley del 13.06.2003 (Dz.U. Nr 111, poz. 1061), que entró en vigor el 1.07.2003, se introdujeron enmiendas en el Código Penal para luchar mejor con la corrupción. Se intro-

dujeron cambios en las normas del Código Penal relacionadas con la noción del beneficio patrimonial o personal, con la definición de la persona que desempeña la función pública (se incorporó al Código la definición de esa persona junto a la que ya existía del funcionario público), con la confiscación de los objetos y los beneficios provenientes del delito. En el caso de condena por un delito en el que su autor logró, aunque fuese de manera indirecta, beneficios de considerable cuantía, se introdujo la presunción de que el patrimonio que abarcó así mediante su posesión o sobre la base de cualquier otro título, durante la comisión del delito, o después de ella y hasta el momento del dictamen de la sentencia, aunque no sea firme, se consideran beneficios logrados como resultado de la comisión del delito, a no ser, que el autor u otra persona interesada demuestre lo contrario, así como la presunción de que, si las circunstancias del caso hacen muy probable que el autor del delito transfirió los bienes provenientes de la comisión del delito a una persona física o jurídica, o a una entidad carente de personalidad jurídica, de manera real o sobre la base de cualquier otro título jurídico, ese patrimonio transferido, en posesión de una persona física o jurídica o de una entidad sin personalidad jurídica, pertenece al autor del delito, a no ser que la persona interesada o la entidad sin personalidad jurídica demuestre lo contrario, la toma de posesión legal del patrimonio cuestionado (art. 45 párrafo 2 y 3 CP). Mediante la misma ley se introdujeron cambios en las normas sobre el delito de corrupción pasiva y activa, así como sobre el delito de la protección pagada. Se introdujeron también los siguientes nuevos delitos:

a) el delito de la corrupción económica, es decir, el delito de la corrupción en el sector privado (art. 296a CP);

b) el delito de la corrupción en los eventos de deportes profesionales (art. 296b CP);

c) el delito de la corrupción electoral (art. 250a CP);

d) el delito del tráfico de influencias (art. 230a CP).

3. En Polonia, el Código Penal Fiscal de 1999, es una parte importante de la legislación penal. Este Código fue cambiado parcialmente por dos leyes en el año 2000, dos leyes en el 2001, cinco leyes en el 2002 y tres leyes en el 2003. La última reforma del 24 de julio de 2003 (Dz.U. Nr 162, poz. 1569) introdujo enmiendas en doce normas del Código. Especialmente importante son los cambios que establecen que el Código protege los intereses financieros de las Comunidades Europeas. La reforma entrará en vigor el día en que la República

de Polonia adquiera los derechos de miembro de la Unión Europea.

4. Mediante la ley del 28.10.2002 sobre la responsabilidad de los sujetos colectivos por los actos prohibidos penalizados, que entró en vigor a finales de noviembre del 2003, se introdujo una regulación casi revolucionaria, ya que hasta esa fecha podía ser sujeto de delito solamente la persona física. Pero no es claro si en la nueva ley se trata de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o se trata de una responsabilidad de otro genero (no penal), ya que la responsabilidad de los sujetos colectivos no es una responsabilidad independiente, sino que, según la ley, depende de la responsabilidad penal de las personas físicas. Este tema es objeto de debate entre los profesores del derecho penal y entre los prácticos de la administración de justicia. En mi opinión se trata de la responsabilidad penal de los sujetos colectivos (personas jurídicas).

5. En el período analizado el Código de Procedimiento Penal de 1997 fue enmendado parcialmente muchas veces: en el año 2000 por cuatro leyes, en el 2001 por dos, en el 2002 por otras y en el 2003 por dos más. La más amplia fue la reforma parcial hecha por la ley de 10 de enero de 2003 (Dz.U. Nr 17, poz. 155) que entró en vigor el 1.07.2003. Mediante esta ley se cambiaron las normas del Código en trescientos treinta y cinco casos (es decir, se introdujeron 335 enmiendas). Las ideas generales de esa amplia reforma fueron siguientes: 1) acelerar y simplificar de manera palpable los procedimientos, manteniendo todas las garantías de la protección de los derechos humanos; 2) adaptar el Código a los convenios internacionales de los que Polonia es parte; 3) eliminar las divergencias advertidas entre el Código y la Constitución; 4) tomar en consideración el progreso científico y técnico, y 5) eliminar los defectos advertidos en el período de vigencia del Código. La reforma fue complementada con la ley del 13.06.2003, que modificó las normas de la ley del 10.01.2003, relativas a los procedimientos preparatorios (las investigaciones realizadas por la Policía y los fiscales).

Otro complemento importante de la normativa procesal en cuestión fue, entre otras, la ley de 1997 sobre los delincuentes arrepentidos que actúan como testigos principales de 1997. Esa ley también fue parcialmente modificada varias veces en el período analizado y, sobre la base de la ley del 13.06.2003, la ley sobre el testigo principal-delincuente arrepentido, abarcó también los delitos relacionados con la corrupción (ampliamente concebidos) y los delitos relativos a la participación en grupos organizados o bandas montadas para la comisión de delitos.

6. Se ha cambiado parcialmente también el Código de Ejecución Penal de 1997 (en cada uno de los años analizados). La reforma parcial de 13 de junio de 2003 (Dz.U. Nr 111, poz. 1061) fue amplia y se relacionó con la ejecución de la medida penal de confiscación de los objetos y beneficios provenientes de la comisión de delitos, la ejecución de las reivindicaciones civiles, las multas, las compensaciones pecuniarias y otras cuestiones.

7. Se ha cambiado parcialmente la ley sobre el procedimiento en los casos de Menores.

8. Se ha cambiado parcialmente el Código de Contravenciones de 1971. Se aprobó el nuevo Código de Procedimiento en los asuntos de Contravenciones del 24 de agosto del 2001. Este Código fue cambiado parcialmente por la ley del 2003, que entró en vigor el 1 de julio del 2003 (Dz.U. Nr 109, poz. 1031). Desde hace tiempo se desarrollan los trabajos encaminados a elaborar un nuevo Código de Contravenciones.

9. Se aprobaron leyes adicionales (especiales) que comprenden normas penales y fueron parcialmente enmendadas las aprobadas en los años anteriores. Las leyes en cuestión son muy numerosas y es imposible presentarlas en este corto informe.

10. Como el Presidente de la República de Polonia no aprobó el proyecto anterior de cambios del Código Penal, se ha preparado un nuevo proyecto llamado "presidencial" que prevé introducir cambios parciales en el Código Penal. Se ha preparado también otro proyecto, elaborado por un grupo de diputados. Ambos proyectos están siendo objeto de trabajos en la Dieta (en el Congreso de los Diputados).

11. Últimamente fue transmitido a la Dieta un nuevo proyecto elaborado por el Gobierno que también prevé la introducción de cambios parciales en el Código Penal, en el Código del Procedimiento Penal, y en el Código de Contravenciones. Tiene como fin adaptar la legislación polaca a la legislación de la Unión Europea, es decir, en primer lugar, a la Convención del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, firmada por Polonia el 23 de noviembre de 2001, en segundo lugar a la Convención sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y, en tercer lugar, a la Decisión marco del 13 de junio de 2002 sobre la Orden de Detención Europea y los procedimientos de entrega entre los países de la Unión Europea, de personas perseguidas sobre la base de esa orden.

12. Como se puede ver del contenido de las reformas indicadas, ya realizadas o planeadas, muchas de ellas están relacionadas con la entrada de Polonia a la Unión Europea y tienen como fin

adaptar la legislación polaca al nivel y requisitos aplicados por la Comunidad.

Notas

(1) Sobre las reformas en los años anteriores véase B. KUNICKA-MICHALSKA: Polonia, en: "Sistemas penales comparados: Reformas en la legislación penal y procesal (1997-2000)", *Revista Penal*, julio 2001 (8), págs. 164-166.

(2) Para más detalles sobre este Código véase B. KUNICKA-MICHALSKA: "El nuevo Código Penal de Polonia", en: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, Volumen I, dirigido por Luis A. Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Ofrecido por sus discípulos: Luis A. Arroyo Zapatero, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Juan M.ª Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Nicolás García Rivas, José Ramón Serrano-Piedecasas, Juan Carlos Ferré Olivé. Coordinador Adán Nieto Martín. Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ed. Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pág. 321-328.

Portugal

Dr. Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

I. Codificações penais e legislação avulsa

A base legislativa do sistema penal português assenta em duas codificações, articuladas depois com legislação complementar avulsa: o *Código Penal*, de 1982 (objecto de duas reformas significativas, em 1995 e 1998), e o *Código de Processo Penal*, de 1987 (objecto duma reforma importante em 1998), a par da legislação complementar a cada uma destas codificações que adiante será referida.

Na lógica e intencionalidade político-legislativa do sistema penal português, o *Código Penal* deve acolher apenas as opções criminalizadoras essenciais, sedimentadas e estabilizadas no sistema jurídico nacional, sendo remetidas para a legislação complementar as novas incriminações e a tipificação de crimes que estão associados a opções económico-sociais de natureza conjuntural ou relativas a sectores que sofrem rápidas transformações (v.g. sectores do sistema financeiro ou áreas como a criminalidade informática), incompatíveis com a estabilidade inerente a um projecto codificador.

Por seu turno, o *Código de Processo Penal* disciplina a tramitação processual, os poderes dos sujeitos processuais, todo o regime da prova, das medidas de coacção e o regime geral dos actos processuais, sendo objecto de legislação complementar alguns desenvolvimentos específicos e re-

gulamentares de alguns dos regimes contidos no Código. Nos últimos anos tem igualmente surgido legislação processual penal especial para certos sectores de actividade, nomeadamente destinada a regular alguns aspectos da criminalidade económico financeira de natureza organizada.

Desde a década de 90, o sistema penal português tem assistido a um desenvolvimento crescente de leis ou codificações sectoriais que regulam todo um sector de actividade e que articulam, no mesmo diploma, soluções civis, administrativas, de Direito de Mera Ordenação Social e alguns aspectos penais (no plano substantivo e processual). Soluções desta natureza encontram-se no âmbito do sistema financeiro (Banca, Bolsa e Seguros), no campo fiscal, no Direito societário, no Direito Laboral e no Arrendamento Urbano.

É neste contexto que se apresenta de seguida a principal produção legislativa na área penal e processual penal verificada em Portugal entre 2000 e 2003, seguindo para o efeito uma ordenação essencialmente cronológica.

II. Legislação penal substantiva

O *novo regime de consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas* (Lei n.º 30/2000, de 29 de Janeiro) veio descriminalizar o consumo destas substâncias (embora o seu tráfico se mantenha penalmente ilícito), instituindo para tal facto um mero ilícito de ordenação social, articulado com a sujeição voluntária do toxicodependente a programas de recuperação.

O *novo regime geral das infracções tributárias* (Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho) criou diversos ilícitos de natureza penal e de mera ordenação social, sendo aplicável à violação dos regimes relativos às prestações tributárias e prestações devidas à segurança social. Disciplinou, ainda, em termos inovadores no contexto da ordem jurídica nacional (e em relação ao Direito anterior) aspectos processuais, quer na parte criminal, quer no processo de contra-ordenação tributário.

Já em 2002, foi adoptado um *regime sancionatório do incumprimento de sanções impostas por regulamentos comunitários* (Lei n.º 11/2002, de 16 de Fevereiro), criando para o efeito vários tipos incriminadores até aqui inexistentes na legislação jurídica nacional.

Após uma intensa polémica ao nível jurídico e político, o Parlamento aprovou, para ratificação, o *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional* (Resolução da Assembleia da República, n.º 3/2002, de 18 de Janeiro), ratificado por Decreto do Presidente da República (n.º 2/2002, de 18 de Janeiro).

A *Lei de combate ao terrorismo* (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, depois alterada pela Declaração de rectificação da AR n.º 16/2003, de 29 de Outubro) veio revogar os crimes de terrorismo previsto no Código Penal (arts 300.º e 301) e, simultaneamente, criar em legislação avulsa um novo regime penal para esta matéria, no qual se define de forma ampla o conceito de organização terrorista, se prevê o crime de criação, fundação, adesão ou apoio a uma organização desta natureza e se pune, noutros tipos autónomos, a prática de diversas modalidades de actos de terrorismo. Excepcionando o Código Penal, criou-se um regime de responsabilidade criminal de pessoas colectivas e entidades equiparadas pelo envolvimento em crimes de organização ou de actos terroristas.

Foi igualmente aprovado um novo *Código do Trabalho* (Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto) que, a par de diversas contra-ordenações laborais, prevê também alguns crimes desta natureza.

Através da Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro, foi aprovado o novo *Código de Justiça Militar*.

III. Legislação processual penal

O ano de 2000 marcou o início de uma nova reforma do Direito Processual Penal, que em parte se havia insinuado em 1999, com a *Lei de protecção de testemunhas* (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho) e que ganhou um novo impulso com a publicação do Decreto-Lei n.º 320-C/2000, de 15 de Dezembro. Este último diploma veio *alterar em muitos pontos o Código de Processo Penal*, procurando *combater a morosidade processual* através dum conjunto de simplificações legislativas destinadas promover uma maior celeridade do processo. Para o efeito, foi alterado o regime das notificações, ampliado o significado da medida de coacção de termo de identidade de residência, criou-se o dever de na instrução e nos processos especiais a sentença ser imediatamente proferida para a acta, entre outros aspectos. Todas as alterações foram incorporadas no articulado do Código.

Ainda no ano 2000, foi publicada a *Lei de organização da investigação criminal* (Lei n.º 21/2000, de 10 de Agosto) que veio qualificar diversas polícias como órgãos de investigação criminal e traçar o âmbito de competências de investigação de cada uma, de forma a que a criminalidade mais grave e mais complexa ficasse a cargo da Polícia Judiciária.

No mesmo ano, foi aprovada a *Lei orgânica da Polícia Judiciária* (Dec.-Lei n.º 275-A/2000, de 9 de Novembro), alterada depois pelo Dec.-Lei n.º 304/2002, de 13 de Dezembro. De salientar a criação da Unidade de Informação Financeira, com competências específicas na recolha, troca e

tratamento de informação relativa a criminalidade fiscal grave e branqueamento de capitais.

Posteriormente, já em 2001, foi aprovado o *Regime das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal* (Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto), matéria fundamental no combate à criminalidade organizada e que não tinha sido objecto de tratamento expresso no Código de Processo Penal, suscitando-se o problema de saber se tais acções eram ou não um método lícito de obtenção de prova. A opção da nova lei traduziu-se em admitir as acções encobertas, quer de agentes policiais quer de terceiros colaboradores (com ocultação da sua qualidade e identidade), vedando implicitamente o recurso a agentes provocadores.

Ainda em 2001 foi publicada a nova *Lei orgânica do Instituto de Medicina Legal* (Dec.-Lei n.º 96/2001, de 26 de Março) e o já citado *Regime Geral das infracções tributárias* (Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho).

Em 2002, foi publicado um diploma que acolhe um regime específico de *combate à criminalidade organizada e económico-financeira* (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro), consagrando quer soluções mais claras e expeditas em algumas matérias (por exemplo, na apreensão do benefício económico dos crimes), quer consagrando regimes de excepção (como seja, a quebra dos regimes de segredo invocáveis por algumas testemunhas, por simples decisão da autoridade judicial que presidir ao acto, ao contrário do regime geral em que a quebra só acontece com recurso para um tribunal superior).

Em 2003, foi aprovada *legislação regulamentar do regime de protecção de testemunhas em processo penal* (Dec.-Lei n.º 190/2003, de 22 de Agosto, que veio regulamentar a citada Lei n.º 93/99, de 14 de Julho) e, finalmente, o *regime jurídico do mandado de detenção europeu* (Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto).

IV. Tendências e linhas de evolução

O sistema legislativo português pressupõe, como se referiu no início deste texto, a articulação entre a legislação codificada e a legislação complementar avulsa. Contudo, para esta distinção fazer sentido, o Código Penal e o Código de Processo Penal deveriam, pela sua natureza e função, ser instrumentos legislativos caracterizados pela estabilidade relativa das opções que acolhem. Por diversas razões, essa desejável estabilidade não tem sido a regra em Portugal. Desde 1982, o Código Penal já sofreu 14 alterações e, desde 1987, o Código de Processo Penal foi objecto de 12 alterações.

Entre os motivos que podem explicar esta nefasta tendência avultam a instabilidade político-legislativa, a rotação político-partidária dos governos democráticos, uma governação obscecadamente centrada na produção legislativa (em detrimento das reformas estruturais e melhoria das condições de aplicação da lei) e a excessiva permeabilidade da classe política às manchetes jornalísticas e aos problemas conjunturais. A isto acresce a legislação complementar avulsa de natureza substantiva e processual que tem sido publicada, a par das codificações sectoriais atrás referidas.

Uma forma de imunizar as codificações penais em relação à intervenção legislativa de maiorías conjunturais poderia ser a de passar a exigir para a aprovação destes diplomas uma maioría qualificada no parlamento, sendo que actualmente basta para o efeito uma maioría simples.

Igualmente relevante me parece ser a necessidade urgente de a planificação legislativa deixar de se fazer secretamente em gabinetes ministeriais e depois aprovada pelo Governo ou Parlamento numa versão já praticamente acabada, apesar da eventual discussão pública, para passar a ser coordenada por comissões que funcionem fora da órbita do governo, e com uma metodologia de trabalho radicalmente alterada, desde as técnicas legislativas, aos procesos de consulta, passando pela avaliação económico-social dos efeitos das decisões legislativas.

Existem importantes trabalhos em curso em Portugal nesta matéria, mas estão ainda longe de ser prática efectivamente adoptada.

Uruguay

Pablo Galain Palermo

*Prof. Adscrito de la Universidad Católica
Montevideo*

La República Oriental del Uruguay carece de una política criminal unívoca o producto del debate científico, razón por la cual ha dejado en manos de un legislador que ha preferido el apego a la ley de urgencia, el recurso al mero simbolismo —generalmente en aras de un mayor control social—, la tipificación de conductas que de antemano se sabe no serán perseguidas, el —por desgracia constante— endurecimiento de las penas y la creación de nuevos tipos penales como los objetivos de un sistema penal que en muchos de sus aspectos fundamentales puede llegar a carecer de legitimación material.

En el período transcurrido entre el año 2000 y el 2003 se produjeron en el Derecho penal material al-

gunas reformas de interés que —a continuación y sin que se puedan abarcar todas— mencionamos. Mientras tanto, el Derecho penal procesal o formal sigue en la espera de la aprobación legislativa de distintos proyectos, principalmente emanados del Instituto de Derecho Procesal o del Poder Ejecutivo.

Derecho Penal Material: Respecto a la política criminal seguida por el legislador uruguayo, la tónica de fondo sigue siendo el endurecimiento de las penas, especialmente en los delitos contra la propiedad. Las referencias normativas son dos leyes “ómnibus”, la conocida como “ley de urgente consideración núm. 1” (17.243) y la Ley de presupuesto del presente período de gobierno (17.296) que incursiona en el Derecho penal a los solos efectos de limitar el uso de armas de fuego por parte de condenados¹ y aumentar las penas cuando se cometan determinados delitos mediante el uso de armas de fuego.

La Ley 17.243 ha introducido en el Código Penal las siguientes modificaciones de la parte general y especial:

Parte General: 1. a) **Causa de Justificación:** El art. 77 de la ley 17.243 de 20/1/2001 (Ley de Urgencia) agregado al 29 CP que permite dentro del cumplimiento de la ley y como causa de justificación al personal militar que custodia la seguridad externa de establecimientos de detención, recintos militares u organismos del Estado, dar muerte —llegado el caso— a cualquier sujeto que pudiera poner en “peligro” la “seguridad externa”. Esta causa de justificación más propia de un país con “toque de queda” que de uno democrático, sólo ha servido para dar muerte a un par de reclusos que buscaban su libertad sin posterior responsabilidad del homicida. Esta medida hace más visible la falta de lógica en la política criminal uruguaya, puesto que el sistema penal permite —gracias a la nueva disposición legal— que por una violación administrativa como es el cumplimiento de la privación de libertad por medida cautelar o —alguna vez— condena definitiva² se “justifique” la lesión del bien jurídico más preciado como es la vida.

Pero además, para aumentar los contrasentidos y contribuir a la desarmonía existente entre el Código penal original y la legislación posterior, se produce una contradicción entre el art. 184 CP³, y esta nueva disposición que justifica al soldado que da muerte a quien pretende hacer efectiva su libertad. Nuevamente el legislador contemporáneo borra con el codo de la ley de urgencia lo que el codificador había escrito con la mano.

1. b) **Legítima Defensa:** Se extiende la presunción relativa de la nocturnidad a cualquier hora del día cuando se trata de la defensa de la morada y sus dependencias⁴.

1. c) Del delito putativo y la provocación por la autoridad: Dentro de las medidas adoptadas para luchar contra la delincuencia organizada, se faculta a castigar el hecho delictuoso provocado por la autoridad cuando exista una resolución fundada del Juez que autorice tales procedimientos⁵.

1. d) **Agravantes:** Agregó el numeral 18 del art. 47. Prevé la agravante de prevalecerse de la actividad laboral de la víctima⁶. Modificó a su vez el inciso 8 del art. 47 en lo que refiere al carácter de funcionario público del autor del delito⁷.

Parte Especial: 1. a) **Rapiña:** El art. 64 ha modificado la pena mínima del 344 CP⁸. Con esta elevación del mínimo de pena para el “robo con violencia” o “rapiña” a los dos años de penitenciaría, y considerando que el art. 87 CP se refiere a la penalidad de la tentativa, lo único que se ha conseguido con la reforma es equiparar la tentativa en la rapiña con el delito consumado. De esta forma se logra —además— que la tentativa de rapiña no sea excarcelable⁹. Por tratarse de uno de los delitos más cometidos en Uruguay (junto al hurto), esta reforma ha repercutido negativamente en el aumento de la población carcelaria.

1. b) **Agravantes especiales del hurto:** El art. 65 determina dentro de las agravantes del hurto que si el autor para proceder a la sustracción y apoderamiento de la cosa mueble ajena, penetra en una casa-habitación o sustrae por destreza o sorpresa a la víctima, entonces la pena tendrá un mínimo de dos años de penitenciaría. Al igual que en el caso de la rapiña tentada lo que ha pretendido el legislador es eliminar el beneficio de la excarcelación provisional¹⁰.

1. c) **Asociación para delinquir:** El art. 71 agregó a las agravantes del delito de asociación para delinquir (151 CP) la participación de un funcionario policial¹¹.

1. d) **Delitos sexuales:** Por el art. 67 se establece que la tentativa de violación (art. 272 CP) tampoco podrá ser excarcelable; así como el art. 68 modifica al delito de atento violento al pudor (art. 273 CP) y por tanto, siempre que la víctima sobre la que se realizan los actos obscenos o a la que se obliga a realizarlos mediante violencia o amenazas, tenga menos de 12 años de edad, la pena tendrá un mínimo de dos años y por tanto será inexcusable.

1. e) **Punibilidad de la conspiración seguida de actos preparatorios en los delitos de rapiña y copamiento:**¹² A través de esta modificación se comete una de las mayores violaciones contra los postulados de un Derecho penal de corte liberal o democrático, puesto que en estos dos delitos contra la propiedad se autoriza la intervención penal a etapas incluso anteriores a los actos preparatorios¹³, que con anterioridad se reservaban para

delitos que ponían en peligro la soberanía del Estado (arts. 132 y ss. CP). Esta “insólita disposición”¹⁴ atentatoria de los principios básicos reconocidos en la Constitución de la República permite a las autoridades encargadas de la prevención y represión del delito invadir esferas propias de libertad individual (por ejemplo, el hecho de comprar un arma o un coche puede entenderse parte de un plan para cometer una rapiña o un copamiento) y reformular “contra reo” distintas categorías dogmáticas al otorgar una amplitud desmedida a los conceptos de “conspiración”, “acto preparatorio”, de tal modo de confundirlos conceptualmente con la “tentativa”. Todo ello con el único fin político criminal de evitar la excarcelación provisional, convirtiendo en la praxis a la prisión preventiva en la única pena (por tanto inconstitucional por contraria a la presunción de inocencia) y atiborrando de presos los establecimientos carcelarios¹⁵.

1. f) **“Juego de la Mosqueta”:** Esta sería la “fresa de la torta” de la presente ley. A partir de una modalidad del delito de estafa, se tipifica “el juego de la mosqueta”, realizado generalmente en la vía pública por grupos de timadores poco profesionales¹⁶.

2) El 16 de junio de 1989 se promulgó la ley 16.048 cuyos artículos 2 y 3 agregaron al Código Penal Uruguayo los arts. 149 bis y 149 ter. Por ésta se penalizó la incitación al odio, el desprecio o violencia hacia determinadas personas, o el ejercicio directo de la violencia física o moral, en razón del color de su piel, su raza, religión u origen nacional o étnico. Estas conductas que se basan en el “odio” hacia el diferente (según los cánones y estereotipos sociales) intentan a través de la tipificación motivar a los ciudadanos hacia la tolerancia y el respeto de los derechos de todos los ciudadanos, a efectos que los sentimientos negativos hacia estas personas (generalmente inmigrantes o miembros de minorías raciales) no se traduzcan en hechos de violencia o de incitación a la misma.

Ahora bien, por ley 17.677¹⁷ se realiza una nueva modificación a éste artículo 149 bis, en el entendimiento de que se había omitido incluir en las conductas prohibidas aquellas relacionadas con la orientación e identidad sexual de las personas¹⁸.

Por tanto se sigue el lineamiento internacional en cuanto a proteger a las minorías, en este caso también en el ámbito sexual. Un Estado democrático, liberal y laico como el uruguayo no podía desatender estos miembros de la sociedad que en muchas oportunidades son objeto de diversos vejámenes, generalmente no denunciados por causa de los prejuicios arraigados en las agencias de control social secundario. La estigmatización

social no debe ser fomentada por el Estado sino reducida a su mínima expresión, también en lo que atañe a la hora de legislar, puesto que diversos artículos de la Constitución de la República así lo exigen¹⁹.

3) En el artículo 141 de la Ley 17.243 (Ley de Presupuesto Nacional) del año 2001 se incrementa el control policial sobre personas que hayan cometido delitos mediante alguna forma de violencia, y en el supuesto de que tales sujetos se encontraran portando un arma de fuego, recibirán una pena. Esta norma además de adelantar el momento de intervención del Derecho penal a circunstancias previas —incluso— del acto preparatorio, se convierte en una ingerencia ilegítima en los derechos individuales de determinados ciudadanos. Se trata de una clara muestra de la selectividad del sistema penal uruguayo y de la falta de criterio dogmático para diferenciar entre un ilícito administrativo, una falta o un delito. Además, para ser conteste con una dura política de “seguridad ciudadana” preventivo-represiva, se procede en el inciso segundo a elevar las penas de los delitos previamente mencionados por el hecho de cometerlos utilizando violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego²⁰.

Procesal Penal

1) El proceso penal uruguayo, mixto (inquisitivo-acusatorio)²¹, arcaico (presumario secreto, juez inquisidor y sentenciante)²² y “desesperadamente escrito”, contribuye a que la justicia sea lenta, burocrática y esté sobrecargada de casos judiciales en aplicación del principio de oficialidad de la acción penal. Por tal sobrecarga de casos judiciales, en lugar de recurrir a alguna solución procesal, como por ejemplo aumentar el número de delitos perseguibles a instancia de parte o a aceptar en determinadas circunstancias validez al principio de oportunidad, el legislador uruguayo dictó —en el año 2000— la ley 17.272 que dispuso el archivo de causas en trámite sin fundamento político-criminal alguno, siempre que éstas no exijan la prisión preventiva del imputado o éste se encuentre gozando del beneficio de la libertad provisional. Por tanto, fueron archivados distintos procesos sin otro criterio que la privación de libertad o libertad del justiciable²³.

2) **Proyecto de Reforma:** En Uruguay se habla de la urgente necesidad de modificar el proceso penal desde el retorno a la democracia en 1985. Se comenzó —por tanto— a andar el camino de la reforma con un proyecto elaborado por una **Comisión Nacional Honoraria** (ley 15.844 del

15/12/ 1986) e integrada por representantes de la Facultad de Derecho, del Ministerio Público, del Colegio de Abogados y de la Suprema Corte de Justicia, que se presentó al Parlamento en el año 1990²⁴.

Recién en el año 1995 se concretaron dos nuevos proyectos: a) uno proveniente de la **Presidencia de la Suprema Corte de Justicia**²⁵, y b) otro formulado por el **Poder Ejecutivo**²⁶.

Finalmente en el pasado mes de septiembre de 2003, el Poder Ejecutivo ha encomendado a un grupo de trabajo formado por docentes de Derecho Penal y representantes del Poder Judicial para reformular cambios en el sistema procesal penal.

3) Como nueva media de política criminal a efectos de solucionar la caótica situación creada por el propio legislador uruguayo²⁷, se ha creado por Ley 17.684 (publicada en el Diario Oficial el 18 de septiembre de 2003) la figura del Comisionado Parlamentario, quien según el artículo 1 tendrá el cometido principal de “asesorar al Poder Legislativo en su función de control del cumplimiento de la normativa constitucional, legal o reglamentaria vigente, y de los convenios internacionales ratificados por la República, referidos a la situación de las personas privadas de libertad en virtud de proceso judicial. Igualmente le competará la supervisión de la actividad de los organismos encargados de la administración de los establecimientos carcelarios y de la reinserción social del recluso o liberado”.

Según el art. 3 este auxiliar del Poder Legislativo “no podrá modificar ni anular actos y resoluciones de la Administración ni imponer sanciones ni otorgar indemnizaciones”, sino tan sólo “sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de actos y resoluciones”, que tampoco tendrán carácter obligatorio (art. 4).

En definitiva tiene algunas potestades limitadas de inspección de establecimientos carcelarios (art. 2 inc. E) ante la denuncia de un hecho delictivo o de violación de determinados derechos de los reclusos o personas sometidas a prisión preventiva, que se traducen en poner en conocimiento de la autoridad encargada tal irregularidad (art. 4 inc. 1; art. 6) o informar a la Asamblea General (art. 4 inc. 2).

Por nuestra parte entendemos que ésta figura es sólo una excusa para no devolver la etapa de vigilancia del cumplimiento de las penas al Poder Judicial en la figura del Juez de Vigilancia. En los hechos se trata de una especie *sui generis* de Defensor del Pueblo, figura inexistente en el ordenamiento jurídico uruguayo.

Es obvio que la solución al problema carcelario uruguayo no depende de la creación de figuras que velen por los derechos de los presos, sino por la

aprobación del proyecto de ley que “vegeta” en el parlamento sobre alternativas a la pena de privación de libertad²⁸ y por la reforma procesal penal que otorgue a la privación de libertad su verdadero sentido de medida cautelar y no como la regla de todo procesamiento o pena anticipada²⁹.

Consideración final: En un Estado democrático de Derecho debe existir un programa penal integral, sistemático, que interprete las necesidades sociales despojándolas de los reclamos de mayor seguridad fomentados por las Instituciones de represión y los medios de comunicación e interpretándolas de acuerdo a los verdaderos índices de criminalidad perseguida y de estimación de la cifra “negra” o desconocida, a efectos de asesorar al legislador en los necesarios cambios legislativos, allí donde exista la necesidad de hacerlo. El Uruguay no es proclive a los cambios, sin embargo se debe decriminalizar mucho resabio de la Defensa Social cuasi moral o moralizante y se debe proceder a una reforma urgente del proceso penal, puesto que muchos ilícitos de la criminalidad dorada no pueden ser “atrapados” en las redes de un sistema arcaico, llevado a cabo en sus primeras etapas por personal policial que no tiene la preparación adecuada para tales investigaciones. Tampoco el Poder Judicial y la fiscalía tienen órganos especializados para tarea semejante. El mismo legislador que siempre está presto a agravar la situación de quienes atentan contra la propiedad individual, se contenta con leyes vetustas, algunas del siglo XIX, para la persecución de delitos de naturaleza económica y víctimas difusas. Llama la atención que un país que vive de su plaza financiera, de posibles exportaciones de productos básicos, y de brindar facilidades tributarias para la instalación de empresas de capital extranjero, posea instrumentos legales de más de un siglo de antigüedad. Quizás falte voluntad de persecución o una política criminal coherente y comprometida, más allá de la persecución de la delincuencia común y de bagatela.

Un Estado democrático debe proceder al buen funcionamiento de sus instituciones y al respeto de las garantías individuales, aunque esto fuera contrario a sus intereses económicos.

Pero además, un Estado de tales características debe compaginar las modernas teorías de la pena y de los fines de la misma con la teoría del delito, pero —en especial— con su proceso penal. En este sentido el Uruguay se encuentra en una clara omisión legislativa.

Notas

1. Considerando delito el hecho de portar un arma de fuego y poseer antecedentes penales. Esta tipificación se identifica con el

derecho penal de autor del viejo parágrafo 20 del Código Penal Alemán.

2. Recordemos que en Uruguay la gran mayoría de privaciones de libertad se producen por “prisión preventiva” y no por sentencia de condena. La prisión preventiva sigue siendo la regla que acompaña a todo procesamiento, habiéndose limitado la excarcelación provisional del privado de libertad por sucesivas leyes que restringen cada vez más a los posibles beneficiarios de este instituto (Ley 15859 de 1987 y Ley 16058 de 1989). La Ley de “Seguridad Ciudadana”, número 16707 hizo aún más restrictivas las posibilidades de obtener una excarcelación durante el tiempo que dure el proceso, al modificar los artículos 138 y 139 del CPP. En el sistema penal uruguayo se impone —salvo excepciones— el procesamiento con prisión preventiva, esto ha llevado a que en 1997 el 90% de las personas privadas de libertad no tuvieran condena. Según Miguel LANGÓN, Prólogo, *Sistema Penal. Revisión y alternativas* de Raquel LANDEIRA y Beatriz SCAPUSIO, Carlos ÁLVAREZ Ed., Montevideo, 1997, p. 9.

3. El cual tipifica la auto evasión, y que con buen criterio y en aplicación al principio de respeto de la libertad, tan sólo responsabiliza a aquel que para obtener su libertad empleara violencia en las cosas.

4. Artículo 66.- Modifícase el artículo 26 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera: ARTÍCULO 26. “Se hallan exentos de responsabilidad: 1.º) El que obra en defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otro, siempre que concurran las circunstancias siguientes: A) Agresión ilegítima. B) Necesidad racional del medio empleado para repelerla o impedir el daño. C) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que defiende la entrada de una casa habitada o de sus dependencias, o emplea violencia contra el individuo extraño a ella que es sorprendido dentro de la casa o de las dependencias. 2.º) El tercer requisito no es necesario tratándose de la defensa de los parientes consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, del cónyuge, de los padres o hijos naturales reconocidos o adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación. 3.º) El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurran las circunstancias expresadas en el numeral 1.º) y la que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo”.

5. Artículo 74. Modifícase el artículo 8.º del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera: “ARTÍCULO 8.º (Del delito putativo y la provocación por la autoridad). No se castigará el hecho jurídicamente lícito, cometido bajo la convicción de ser delictivo. El hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión, sólo se castigará en caso que el Juez competente autorice, por escrito, la provocación por razones fundadas. Esta autorización sólo podrá otorgarse en los casos de delincuencia organizada que requieran en forma excepcional este procedimiento. Queda el Juez facultado en los casos de delito putativo o cuando no mediare la autorización para la provocación, para adoptar medidas de seguridad”.

6. Artículo 70. Agrégase al artículo 47 del Código Penal el siguiente numeral: 18) (Actividad laboral de la víctima).- Cuando se prevalezca de la actividad laboral que esté desempeñando la víctima en el momento de cometerse el delito.

7. Artículo 69. Sustitúyese el numeral 8.º del artículo 47 del Código Penal por el siguiente: 8.º) (Carácter público del agente). Prevalerese del carácter público que tenga el culpable, en especial su calidad de funcionario policial.

8. Artículo 64. “Incorpórase al artículo 344 del Código Penal el siguiente inciso final: La pena a aplicar en caso de tentativa

se regulará por lo dispuesto en el artículo 87, nunca será inferior a dos años de penitenciaría”.

9. Del art. 27 de la Constitución y 138 CPP se deduce que los delitos con pena mínima en dos años no pueden gozar del beneficio de la libertad provisional.

10. Artículo 65. Sustitúyese el artículo 341 del Código Penal por el siguiente: “ARTÍCULO 341 inciso 2: La pena será de dos a ocho años de penitenciaría cuando concurran las siguientes agravantes especiales: 1.º) Si para cometer el delito el sujeto hubiera penetrado o se mantuviere en un edificio o en algún otro lugar destinado a habitación. 2.º) Si la sustracción se efectuara con destreza, o por sorpresa mediante despojo de las cosas que la víctima llevare consigo”.

11. Artículo 71. Agrégase al artículo 151 del Código Penal el siguiente numeral: 4.º) La participación en ella de algún funcionario policial en actividad u otro funcionario con funciones de policía administrativa.

12. Extraña fusión de los delitos de rapiña y privación de libertad (art. 344 bis, incorporado por el art. 20 de la Ley 16.707) que tiene una pena mínima de ocho años y una máxima de 24.

13. Previstos en época de dictadura por el decreto-ley 14.294 para el tráfico y comercialización de estupefacientes.

14. DARDO PREZA, *Estudios de la Parte Especial del Derecho Penal Uruguayo*, tomo II, Ingranussi, Montevideo, 2000, p. 124.

15. Artículo 72.- Agrégase al Capítulo II del Título XIII del Código Penal el siguiente artículo: “ARTÍCULO 346 bis. (Punibilidad de la conspiración seguida de actos preparatorios). Tratándose de los delitos de rapiña y de copamiento, la conspiración seguida de actos preparatorios se castigará con la tercera parte de la pena que correspondería por el delito consumado”.

16. Artículo 76.- Agrégase al Código Penal el siguiente artículo: “ARTÍCULO 348 bis. (Juego de la mosqueta). El que en lugares públicos o expuestos al público, incitare, invitare a participar o participare en el llamado juego de la mosqueta o similares, mediante apuestas, ya sea como habilidoso, jugador simulado o simple incitador, será castigado con la pena de seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría. Entiéndese por juego de la mosqueta o similar a efectos de la presente ley, la actividad desplegada por una persona, llamada a efectos de la presente ley, el habilidoso, que por medio de movimientos rápidos y continuos y otros, consecuencia de su habilidad manual, desafía al resto de los jugadores o espectadores a acertar en qué lugar se encuentra el o los objetos por él manipulados”.

17. Publicada en el Diario Oficial el 6 de agosto de 2003.

18. El art. 1 de la Ley 17.677 da la siguiente redacción al art. 149 bis: “Incitación al odio, desprecio o violencia hacia determinadas personas. El que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión”. Por su parte en el art. 2 de la Ley 17.677 se redacta el art. 149 ter de la siguiente manera: “Comisión de actos de odio, desprecio o violencia contra determinadas personas. El que cometiere actos de violencia moral o física de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión”. Redacción obtenida en internet en el sitio oficial del Poder Legislativo uruguayo: www.parlamento.gub.uy/leyes/ley17677.htm.

19. Artículos 7, 10, 72, 332, entre los principales. A su vez puede considerarse a la III Conferencia Mundial de las Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y for-

mas conexas de intolerancia como el antecedente próximo de esta reforma penal.

20. Artículo 141. “El que portare un arma de fuego habiendo recaído sobre su persona sentencia condenatoria ejecutoria, cuya fecha no excediera los cinco años, por la comisión de alguna de las figuras delictivas previstas en los artículos 150 (asociación para delinquir); 272 (violación); 273 (atentado violento al pudor); 274 (corrupción); 281 (privación de libertad); 283 (sustracción o retención de una persona menor de edad del poder de sus padres, tutores o curadores); 288 (violencia privada); 310 (homicidio); 311 (circunstancias agravantes especiales); 312 (circunstancias agravantes muy especiales); 316 (lesiones personales); 317 (lesiones graves); 318 (lesiones gravísimas); 319 (lesión o muerte ultraintencional, traumatismo); 321 bis (violencia doméstica); 323 y 323 bis (riña); 340 (hurto); 344 y 344 bis (rapiña y rapiña con privación de libertad, copamiento); 345 (extorsión); 346 (secuestro), y 350 bis (receptación), del Código Penal y artículo 1.º de la Ley N.º 8.080, de 27 de mayo de 1927, en la redacción dada por el artículo 24 de la Ley N.º 16.707, de 12 de julio de 1995 (proxenetismo) y delitos previstos en el Decreto-Ley N.º 14.294, de 31 de octubre de 1974 y en la Ley N.º 17.016, de 22 de octubre de 1998 (leyes de estupefacientes), será castigado, por esa sola circunstancia, con una pena de tres a veinticuatro meses de prisión. Cuando alguno de los delitos previstos en el Código Penal se cometiera con violencia o con intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, la pena prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo”.

21. El sistema sigue siendo inquisitivo y secreto en sus primera etapa (Presumario) y acusatorio en las siguientes (Sumario y Plenario).

22. En una clara situación de disminución de garantías el proceso penal uruguayo eliminó la figura del juez de instrucción, por lo que un mismo juez “todopoderoso” instruye, inquiriere, busca pruebas, “dirige”.

23. Se encuentra una crítica al colapsamiento de los procesos penales en Uruguay y la solución legislativa al respecto, en “Aspectos Penales de la Ley N.º 17.272 (Gracia y Clausura de procedimientos penales)”, José Luis GONZÁLEZ, en *La Justicia Uruguaya*, tomo 124, 2001, p. D-125 y ss.

24. Este proyecto nunca fue sometido a consideración, “puesto que se cuestionaba la propuesta de la indagatoria preliminar, que se ponía conjuntamente a cargo de las partes y del Juez, en una fórmula sin precedentes doctrinarios y legislativos que resultaba imposible de concretar en la práctica”. Según Gonzalo FERNÁNDEZ, *Las reformas procesales en América Latina*, informe Uruguay, Maier, Ambos, Woischnik coordinadores, Ad-Hoc, p. 740.

25. Éste respondía al pensamiento del INUDEP (Instituto Uruguayo de Derecho Procesal), y contaba con el “visto bueno” de la Cátedra de Derecho Penal, proponía adecuar la ley procesal penal a la Constitución y a los Pactos Internacionales, intentando seguir la línea iniciada en 1989 por Código General del Proceso en materia civil. Siguiendo los postulados del Código Modelo Tipo para Iberoamérica delineaba un proceso penal donde el Ministerio Público tenía la dirección y responsabilidad de la indagatoria preliminar, con la necesaria autorización judicial para las medidas que implicaran restricción a los derechos humanos. El proceso se realizaba en audiencia pública, con plena vigencia de los principios de oralidad, inmediación, concentración, indelegabilidad y publicidad. Este proyecto jamás fue considerado por el Parlamento.

26. Éste se aproximaba al sistema acusatorio a través del fortalecimiento de algunos principios como el de oralidad e inme-

diación, pero respetando la competencia de los jueces en la etapa de “averiguación” de los hechos, descartándose la implementación de un modelo acusatorio puro. Por tanto, no requería de una reforma institucional del Ministerio Público ni la creación de la policía judicial. Al no exigir un cambio rotundo en la costumbre judicial uruguayo, este proyecto fue aprobado por la LEY N.º 16.893 (16/12/1997) sancionándose el nuevo Código del Proceso Penal (derogatorio del actual de 1981). Debiendo empezar a regir a partir del 1.º de julio de 1998, ha venido siendo prorrogada hasta la fecha. Se encuentra un análisis completo del mismo en *Comentarios al nuevo Código del proceso Penal uruguayo* de DARDO PREZA, Ingranussi, Montevideo, 1998.

27. Consecuencia del aumento de penas y la eliminación de la excarcelación provisional en los delitos de más reiterada comisión (contra la propiedad).

28. Existe un proyecto con aprobación de la Cámara de Diputados sobre estas penas alternativas a la reclusión. En el mismo se sugieren el sistema de días multa, el trabajo comunitario, el arresto domiciliario, el arresto de fin de semana, la prohibición de concurrir a determinados sitios, la quita del permiso de conducir para delitos culposos cometidos en ocasión del tránsito, así como —en el art. 4 literal c— se confiere la posibilidad de implementar cualquier otro tipo de alternativa conocidas en la legislación comparada.

29. Opina CAIROLI sobre la naturaleza de la prisión preventiva, en cuanto que no es una pena, que “en la realidad no es exacto, porque en la gran mayoría de las oportunidades, la preventiva es la única pena que se cumple. En nuestro país, la última visita de cárceles realizada, demostró que hay más del 80% de presos sin condena, porcentaje que nos sitúa prácticamente a la cabeza de Latinoamérica en ese punto”. “Proyecto de alternativas a la pena de reclusión”, en *Revista de Ciencias Penales* n.º 3, 1997, Carlos ÁLVAREZ, ed., p. 130.

Venezuela

Dr. Jesús Enrique Rincón R.
Magistrado. Maracaibo

Introducción

Durante los últimos tres años (2000-2003), en Venezuela se le han hecho dos reformas al Código Orgánico Procesal Penal (COPP)¹ y una al Código Penal². El COPP es un código moderno que fue promulgado el 23 de enero de 1998³, entrando en vigencia plena el 1.º de julio de 1999. En cambio, el Código Penal es muy antiguo ya que data de hace alrededor de 100 años⁴ y las modificaciones que se le han hecho no han sido ni profundas ni afortunadas, manteniendo así su corte clásico original. Adicionalmente, el Código Penal se encuentra prácticamente desmembrado, perdiendo gran parte de su vigencia, ya que en las últimas décadas fueron promulgadas alrededor de 80 leyes especiales que contienen normas y sanciones penales, lo que ha traído como consecuen-

cia que algunos de los más importantes y frecuentes hechos punibles, como son: el hurto y el robo de vehículos, de ganado, los delitos contra la cosa pública, el ambiente, las drogas, etc., ya no se encuentran en su texto. Esta dispersión de normas penales está ocasionando graves trastornos e inseguridad jurídica en la población, que no sabe a ciencia cierta qué disposiciones están vigentes y cuáles no. Por ello, la Asamblea Nacional de Venezuela resolvió conformar una Comisión especial (Mixta) para que estudiara y analizara toda esta problemática, con el objeto de que se propusieran las reformas necesarias para adaptar los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal y de Justicia Militar a la Constitución de 1999 y a los tiempos modernos, y que tratara de “codificar” todas las normas penales que se encuentran actualmente dispersas.

Constitución y conformación de la Comisión para la Reforma de los Códigos

El 13 de marzo de 2001, la Plenaria de la Asamblea Nacional de Venezuela designó a los 21 Diputados integrantes de la **Comisión Mixta para el Estudio de los Códigos Penal, Orgánico Procesal Penal y Orgánico de Justicia Militar**, cuidando que estuvieran representadas todas las tendencias políticas y las regiones del País, presidida por el Diputado Dr. Alberto Jordán Hernández, a quien acompañan en la Directiva de dicha Comisión los Diputados Guillermo Palacios, Nelson Ventura y Nelson Chacín. Dos días después, el 15 de marzo de 2001, la Plenaria de la Comisión Mixta procedió a designar una **Comisión Técnica** conformada por un grupo de Asesores especialistas en Derecho Penal y en Derecho Procesal Penal, entre los cuales tuve el altísimo honor de ser seleccionado, para así acompañar a algunos de los más respetados juristas venezolanos de la actualidad, como es el caso de los Doctores Alberto Arteaga Sánchez, Hernando Grisanti Aveledo, Carlos Simón Bello Rengifo, Fernando Fernández, Beltrán Haddad, Julio Elías Mayaudón, José Luis Tamayo, José Fernando Núñez, Lolita Aniyar de Castro, Carmelo Borrego, Elsi Rosales, Esther Franco La Riva, Eleazar Guevara Sifontes, Sergio Brown, Gilberto Alcalá, Federico Gasiba, Alejandro Leal, José Soilan, Evelin Fernández y otros distinguidos abogados, algunos de ellos representando a diversos organismos como el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y las universidades, todos los cuales han dado aportes extraordinarios a la Comisión Mixta. Adicionalmente, se han recibido observaciones y recomendaciones de Magistrados y ex-Magistrados del Tribunal Supremo de Justi-

cia, así como de Magistrados y Jueces de otras instancias judiciales. Como Asesor o Consultor Internacional, se designó al prestigioso y reconocido Catedrático de Derecho Penal de las Universidades españolas de Salamanca, Huelva y Carlos III, Dr. Juan Carlos Ferré Olivé, quien ya se ha desempeñado como asesor de numerosos países latinoamericanos y europeos, así como de organizaciones adscritas a las Naciones Unidas, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo y otros organismos internacionales.

La Reforma del Código Orgánico Procesal Penal del 2001

La Reforma del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) publicada en Gaceta Oficial el 14 de noviembre de 2001, a pesar de todas las fallas que puede todavía tener dicho instrumento y que de hecho tiene, fue el primer resultado tangible del trabajo de la Comisión Mixta para la Reforma de los Códigos y mejoró notablemente la parte procesal, haciéndola más justa y equitativa, así como más acorde con nuestra realidad. Se corrigieron muchas de las fallas que impedían que fueran efectivas algunas de las instituciones del COPP, como era el caso de las medidas alternativas a la prosecución del proceso (principio de oportunidad, acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso), las medidas de coerción personal (la privación judicial preventiva de libertad y las medidas cautelares sustitutivas), sobre todo en relación con las víctimas, parte que estaba prácticamente olvidada y relegada en el COPP, ya que se tenía una desmedida inclinación hacia el imputado, lo cual creaba un desbalance en el proceso. Se hicieron más expeditos algunos procedimientos, se ratificó y amplió el Control jurisdiccional sobre el Ministerio Público, a quien se le proveyó de un instrumento novedoso como es el mandato de conducción, para evitar la paralización de las investigaciones y el desacato en que incurrían algunos ciudadanos. Igualmente, en cuanto a la ejecución de las penas, se establecieron ciertas limitaciones para el otorgamiento de algunas de las fórmulas alternativas al cumplimiento de las penas, como es el caso de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, exigiendo que en los delitos más graves, como los homicidios intencionales, las violaciones, los secuestros, las desapariciones forzadas de personas, los robos, el tráfico de drogas, etc., los condenados deben cumplir al menos la mitad de la pena que se le haya impuesto, antes de tener derecho a optar por alguna fórmula alternativa.

Muchas de las críticas que se le han hecho a la Reforma del COPP son absolutamente absurdas y

sin base alguna, ya que parten de criterios totalmente equivocados. No hay ningún país en el mundo que contemple tantas alternativas para evitar la prosecución de un proceso penal y para evitar el cumplimiento de las penas que Venezuela. En otros países existen algunas alternativas pero no existen otras, en Venezuela existen prácticamente **todas las fórmulas posibles**. Adicionalmente, las penas previstas en Venezuela para la mayoría de los delitos son generalmente más bajas que en otros países, con el complemento de que en Venezuela, por disposición del artículo 37 del Código Penal, para calcular la pena que se va a imponer, el Juez está obligado a partir del término medio de la misma, tomando además en cuenta numerosas circunstancias atenuantes que conllevan a que, en la mayoría de los casos, se imponga el mínimo de la pena y, sólo excepcionalmente, se condene con el máximo de la sanción, lo que tampoco ocurre en la mayoría de los países. El juzgamiento en libertad es la regla general y, únicamente, en caso de existir peligro de fuga o de obstaculización a la justicia, es que se ordena la privación de la libertad durante el proceso. Por otro lado, tenemos las medidas alternativas a la prosecución del proceso, como son: el principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso; también existe el procedimiento especial por admisión de los hechos, que prevé rebajas especiales de pena; así como las alternativas al cumplimiento de la pena, como son: la suspensión condicional de la pena, el trabajo fuera del establecimiento penitenciario, el régimen abierto, la libertad condicional, y el trabajo y el estudio como fórmulas de redención de la pena. Así mismo, se prevén medidas especiales para los reos mayores de setenta años y medidas humanitarias de libertad para los enfermos graves o en fase terminal. Sólo a título de ejemplo, mientras en Venezuela la pena prevista para el delito de violación de un niño es de presidio de 5 a 10 años (cuyo término medio son 7 años y medio), en Perú al que viole a un niño menor de 7 años se le condena a cadena perpetua. Esto, sin tomar en cuenta que, a veces, violando la disposición legal que expresamente prohíbe rebajar la pena en menos del límite mínimo, algunos jueces, aplicando erróneamente el procedimiento especial por admisión de los hechos, han llegado al colmo de rebajar por debajo del límite mínimo de la pena prevista para el delito, llevándola incluso hasta la mitad de dicho límite, aun en los casos de los delitos más graves, como los homicidios, las violaciones y los robos agravados, llegando a condenar a penas irrisorias de apenas 8 años, 2 años y seis meses, y 4 años, respectivamente, a los responsables de los delitos antes mencionados, preparando así el terreno pa-

ra que los condenados sólo cumplan la mitad de esas irrisorias penas e incluso menos, gracias a las numerosas fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena. De esta manera, se está desnaturalizando y violentando todo el sistema de penas existente en la legislación criminal venezolana, ya que, como decía Richelieu “aprobar una ley y no hacerla cumplir equivale a autorizar lo que se pretende prohibir”.

Por cierto, que el Maestro Francesco CARRARA, máximo exponente de la Escuela Clásica, se oponía férreamente a que se le restituyera anticipadamente la libertad a un condenado, él consideraba que “El delito impone un deber de reparación por el mal causado a la sociedad, que no se cumple ni con la indemnización al lesionado, ni con las lágrimas del arrepentimiento, ni con la reconciliación con Dios”⁵. Por supuesto, algunos de esos criterios han ido evolucionando y se quiere dar mayores oportunidades a los delincuentes, pero tampoco se puede llegar al otro extremo, que algunos, muy pocos, afortunadamente, propugnan, como es el abolicionismo del Derecho Penal y, especialmente, de las penas, con énfasis en la de prisión. Todos coincidimos en que, con respecto a los delitos leves y a los delincuentes primarios, hay que buscar alternativas a las penas privativas de libertad, como es el caso de las multas y los trabajos en beneficio de la comunidad, para darle oportunidad de recapacitar y reflexionar a quien ha delinquido por primera vez, pero aun esas penas no privativas de libertad, de no cumplirlas, deberán ser convertidas en arresto. Ahora bien, con respecto a los delitos graves, y sobre todo en delincuentes reincidentes, las penas de prisión tienen que mantenerse porque son absolutamente necesarias y convenientes, como medidas que tienen un efecto de prevención general y especial, ya que tampoco se pueden dejar sin respuesta ni castigo los actos delictivos graves, ni se puede dejar a la sociedad a merced del hampa, todo lo cual conlleva a la impunidad de los delitos, que es la total negación y la antítesis de la justicia.

Es que, como muy acertadamente señala ZAFFARONI, citando a Martin BUBER, “**los seres humanos no son racionales, pero pueden llegar a serlo**”⁶. Esa advertencia de Buber, catalogada como “genial” por ZAFFARONI, es muy cierta, ya que no podemos presumir en todos los seres humanos cualidades bondadosas *per se*, ni que quieren tener un comportamiento ciudadano y ejemplar, cuando los hechos día a día nos demuestran todo lo contrario, así tampoco podemos presumir que todo el mundo se va a regenerar o resocializar, ni reaccionar positiva y adecuadamente a determinado tratamiento o medida, ya que es absolutamente indispensable que el ser humano realmente desee y ponga el suficiente empeño y fuerza de

voluntad para lograrlo, de otra manera es muy difícil obtener algún resultado positivo. Tenemos que estar conscientes que en muchos casos, hagamos lo que hagamos, no se va a lograr la reinserción de ciertos individuos en la sociedad, sencillamente porque hay seres humanos que no quieren ser racionales, ni comportarse como tales, y se niegan y se resisten a serlo, y sin su total disposición a ser racionales, eso es imposible, a pesar de todas las oportunidades y facilidades que se le den.

Lo que ocurrió con el COPP original fue que se tuvo una concepción y aplicación equivocada al enfocar el proceso como algo casi exclusivamente hecho para el imputado o acusado, dejando a la víctima y al propio Estado como convidados de piedra o al menos como actores secundarios, cuestión totalmente absurda ya que tanto derecho tiene el imputado a que se realice el proceso como la propia víctima y el mismo Estado. Cuando alguien perpetra un hecho punible, se activan de inmediato los aparatos, organismos e instituciones que tiene previstas la sociedad para lidiar con esos casos, para investigar el hecho, señalar al responsable, llevarlo ante la autoridad judicial, presentar la acusación correspondiente, realizar un juicio oral y público, imponerle una sanción en caso de resultar condenado y proceder a ejecutar realmente dicho castigo. Esto, por supuesto, respetándose al imputado todos los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución, en el Código Penal y en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP), entre ellos, la presunción de inocencia, el debido proceso, que incluye el procesamiento en libertad, con sus limitaciones, el derecho a la defensa, etc. Sin embargo, algunos han tergiversado y malinterpretado algunas disposiciones como si éstas fueran “Derechos Adquiridos” del imputado, que los Jueces están obligados a acatar y a cumplir apenas sean solicitadas por los imputados o por sus abogados, cuestión totalmente falsa y carente de toda lógica y racionalidad. Para acabar con esa disparatada tesis, en la Reforma del COPP del 2001 se procedió a dejar bien claro que para que el Juez estudie la posibilidad del otorgamiento o no de alguna de las Medidas Alternativas a la Prosecución del Proceso, el imputado deberá cumplir con una serie de requisitos, entre ellos el de admitir plenamente los hechos que se le imputan y el de ofrecer reparar adecuadamente a la víctima, cuya opinión deberá ser oída previamente a la decisión, al igual que la del Fiscal del Ministerio Público. Igualmente se dejó bien claro que el Auto del Juez de Control ordenando la apertura y realización del juicio oral y público, negando así la medida alternativa solicitada, no tiene apelación, tal y como expresamente

lo establece el último aparte del artículo 331 del COPP. El mensaje es muy claro, **la regla general es que se persigan los delitos y se realicen los procesos penales, la excepción es que se evite el juicio**, para ello es que precisamente están los Fiscales y los Jueces, tal y como lo señala expresamente el COPP en numerosos artículos (7, 11, 13, 23, 24, 108, 118, 120 y 125, entre otros), sólo en forma excepcional y restrictiva, para determinados delitos, generalmente leves, de poca monta, cumpliendo el imputado todos los requisitos, y sin que la víctima y el Ministerio Público se opongan, es que se puede aprobar alguna medida alternativa a la prosecución del proceso.

El mismo problema ha ocurrido con la suspensión condicional de la ejecución de la pena y con las otras fórmulas alternativas de cumplimiento de las penas, que algunos han creído erróneamente que el Juez de Ejecución de Sentencias está obligado a acordarlas, cuando no es así, ya que eso es potestativo y discrecional del Juez. La decisión que acuerde o que niegue la solicitud sí tiene apelación.

El problema carcelario

Nadie discute que las cárceles venezolanas son unos verdaderos antros inhumanos, simples depósitos de personas, verdaderas vergüenzas y lugares aterradores que sólo sirven para terminar de dañar y de echar a perder a los seres humanos que allí son reclusos, ¿pero eso, es culpa de quién?, ¿de los Fiscales y de los Jueces?, ¿o del resto de los ciudadanos?, no. La responsabilidad por el estado y mantenimiento de las cárceles le compete exclusivamente al Ejecutivo Nacional a través del Ministerio del Interior y Justicia, que desde hace muchos años debería estar abocado a la construcción de nuevas y modernas cárceles que contribuyan realmente a la rehabilitación, reinserción y reincorporación de los presos a la sociedad, tal y como lo establece la Constitución de 1999. Cuestión que por cierto, en el artículo 272 Constitucional se plantea de una manera utópica, equivocada y poco realista, ya que señala que “El Estado garantizará un sistema penitenciario que **asegure** la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos” (negritas y subrayado míos). La realidad es que el Estado lo que puede y debe hacer, y realmente no hace, es proporcionar las condiciones carcelarias adecuadas y necesarias para que a los internos se les respete sus derechos humanos y dispongan de trabajo, de estudio, de deportes y de actividades recreacionales, que garanticen el ambiente más conveniente posible, que **propicie** en mayor grado la rehabilitación del

interno. Pero es absurdo pretender que el Estado tiene que “asegurar” y garantizar que absolutamente todos los reclusos se van a rehabilitar, ya que ello en gran medida depende de que el interno **quiera rehabilitarse** y ponga todo el empeño posible en lograrlo. Lamentablemente, está comprobado que muchos internos no desean rehabilitarse, ni reinsertarse y reincorporarse a la sociedad. El Profesor Claus ROXIN lo comprobó en Alemania, donde, lamentablemente, a pesar de contar con las más modernas cárceles y centros de reclusión, donde los reclusos pueden realizar toda clase de actividades deportivas, culturales, educacionales y profesionales, así como ser atendidos por personal altamente especializado, al salir en libertad, alrededor del 50% de esos ciudadanos vuelven a reincidir en el cometimiento de nuevos delitos durante los siguientes cinco años⁷. Cifras similares se manejan en España y en otros países europeos. En Venezuela, con las cárceles que disponemos, la reincidencia es muy superior, probablemente se encuentre entre el 80 y el 90 por ciento.

Los Jueces de Ejecución, cada vez que inspeccionan las cárceles en las constantes visitas que realizan, exhortan y ordenan a las autoridades el corregir las fallas e irregularidades que detectan, la mayoría de las veces sin el resultado esperado, ya que las verdaderas soluciones que se requieren son de otra índole. En Venezuela, para realmente comenzar a solucionar el problema carcelario se necesita la inmediata construcción de no menos de 10 nuevas y modernas cárceles, bien dotadas y aún mejor administradas, donde cada interno tenga su celda individual con baño completo incluido, evitándose totalmente el hacinamiento, la promiscuidad y la ociosidad, tal y como ya existen en España y en otros países, las que, por cierto, logré visitar hace ya varios años (1997 y 2001). Eso no es una utopía, ni algo irrealizable, es una realidad palpable y comprobable, y es un sistema que sí funciona, a pesar de la reincidencia, no como nuestro sistema carcelario, que es una máquina de fabricar y especializar criminales.

La Reforma del Código Penal

El Código Penal vigente está dividido en tres secciones o Partes que denominados Libros, los cuales a su vez se subdividen en Títulos, Capítulos y Artículos. La Parte General o Libro Primero, comprende las disposiciones y principios generales sobre los hechos punibles, las personas responsables y las penas. La Parte Especial o Libro Segundo desarrolla lo correspondiente a la tipificación de los Delitos y a las Penas previstas para

cada uno de ellos. La Parte correspondiente a las Faltas se desarrolla en el Libro Tercero.

Ha habido mucha discusión sobre si debe hacerse una Reforma Integral del Código Penal o si es preferible el redactar uno nuevo. La mayoría de los especialistas se inclinan por un Código Penal totalmente nuevo, sin embargo, eso no sólo no es tarea fácil, que requiere de mucho más tiempo, sobre todo para reincorporar al Código las más de 80 leyes especiales actualmente existentes⁸, sino que, adicionalmente, se necesita de un consenso político que en este momento no existe. Por ello, la Comisión prácticamente está trabajando con las dos posibilidades. En mi opinión, creo que lo que probablemente va a ocurrir es que para mediados del año que viene (2004) se culmine una propuesta de Reforma Integral y luego, con más tranquilidad y utilizando como base dicha Reforma, se redactará el totalmente nuevo Código Penal.

El Borrador o papel de trabajo correspondiente a la Reforma del Libro Primero (**la Parte General**) se entregó en enero de este año 2003, para la consideración de las Universidades Nacionales y Privadas, especialmente de sus respectivas Facultades de Ciencias Jurídicas y Políticas, así como de los Institutos de Ciencias Penales y Criminológicas, de los Colegios de Abogados y de los especialistas en Derecho Penal. Es lo que nosotros denominamos en la Comisión un “papel mártir”, ya que recibe golpes de todas partes y por todos lados, y, efectivamente, ya se le han hecho numerosas observaciones, las cuales, por supuesto, se están tomando muy en cuenta. Hay divergencias en varios puntos importantes que esperamos se solventen, especialmente en relación con algunas figuras e instituciones, como es el caso del “error”. Luego de que se le hagan todas las modificaciones pertinentes, la Parte General será presentada para su revisión y aprobación final. Es de hacer notar que en ese Borrador se respetó y mantuvo el mismo articulado actual. Las principales modificaciones hasta ahora planteadas son las siguientes:

— Se determinan con más claridad los principios rectores del sistema penal venezolano, especialmente el principio de legalidad, de prohibición de la analogía, de la irretroactividad, de la culpabilidad, de la proporcionalidad de las penas y de la cosa juzgada.

— Se definen ciertos conceptos básicos y fundamentales, como ley penal, hecho punible, funcionario o empleado público, reo, ley penal en blanco, medidas de seguridad, autor, coautores, instigador y cómplice.

— Las penas ya no se dividirán en corporales y no corporales, sino en privativas de libertad, privativas de derechos y pecuniarias.

— Se derogan las penas de presidio, de relegación a una colonia penal, de confinamiento y de expulsión del espacio geográfico de la República (esta última ya derogada por la Constitución en relación con los venezolanos).

— Entre las penas privativas de derechos se establecen algunas nuevas como “la imposición de trabajos en beneficio de la comunidad”, así como las prohibiciones de conducir vehículos automotores, poseer o portar armas, residir o acudir a determinados lugares, y aproximarse o comunicarse con determinadas personas.

— También se establece la posibilidad de que la pena de arresto se pueda cumplir los fines de semana.

— Los montos de las penas de multa se actualizan y se establecen en Unidades Tributarias, de manera que no pierdan vigencia con el transcurrir del tiempo. Igualmente se determina la conversión de la pena de multa en arresto y viceversa. Se ratifica y aclara así lo que ya disponen los artículos 489 y 548 del COPP en esa materia.

— Se plantea la creación de un fondo de asistencia a las víctimas de los delitos.

— Se eleva el límite máximo de la edad en que una persona puede estar en prisión a 75 años (actualmente se encuentra en 70 años).

— Se establecen medidas de seguridad privativas de libertad y privativas de derechos para las personas que sean declaradas exentas de responsabilidad penal.

— En la legítima defensa se incorpora la defensa de terceros.

— Se incorporan nuevas circunstancias atenuantes a las ya existentes, como son: haber obrado en estado de emoción, pasión o provocación, o por especiales circunstancias de apremio, el daño físico o moral sufrido por el condenado, y la indigencia o falta de educación del acusado.

— Se derogan algunas de las circunstancias agravantes actualmente existentes, como son: “ser vago el culpable” y “ser por carácter pendenchero”, por ser evidentemente inconstitucionales y consagrar la responsabilidad por el autor y no por el acto.

— Se elimina la frustración y se deja sólo la tentativa de delito, ampliándola.

— Se ratifica que todo lo relativo a la ejecución de las penas corresponde exclusivamente a los Jueces de Ejecución de Sentencias, tal y como ya lo dispone el COPP (arts. 64, 106, 107, 478 y sgtes.), excluyéndose así al Poder Ejecutivo de esos menesteres que no le corresponden, ya que el actual Código Penal todavía contiene algunas disposiciones que permiten que el Ejecutivo se inmiscuya en los asuntos jurisdiccionales, quedándole al Ejecutivo sólo lo concerniente a la administración de los estableci-

mientos carcelarios. De esta manera se confirma que son exclusivamente los Jueces de Ejecución quienes tienen que resolver sobre todo lo concerniente con el cómputo del cumplimiento de la pena; con la inspección de las cárceles; con los traslados de los penados a los centros hospitalarios (excepto en casos de emergencia); con la conversión de las penas de multa en arresto o prisión; con ordenar la libertad del penado (aun en los casos de indulto o conmutación de pena, o de perdón del ofendido o extinción de la pena); con acordar medidas, beneficios o formulas alternativas de cumplimiento de la pena; con acordar, negar o revocar la Suspensión Condicional de la Ejecución de la pena; con revisar los informes de los delegados de prueba; con autorizar el trabajo de los penados fuera de la cárcel; con acordar la libertad condicional, etc. Igualmente en relación con las medidas de seguridad (arts. 419 al 421, y 513 al 515, todos del COPP).

— Se define más adecuadamente la figura del error, actualizando las nociones tradicionales de “error de hecho” y “error de derecho”, con las más modernas de “error de tipo” y “error de prohibición”, tomando siempre en cuenta el carácter excepcional de la existencia del supuesto “error” y que lo general es el conocimiento de la norma, para evitar así abusos y desmanes de quienes pretendan aprovecharse alegando errores inexistentes. Es menester señalar que el Estatuto de Roma vuelve a poner en el tapete las figuras de “error de hecho” y “error de derecho”.

— Se define más adecuadamente “el delito continuado o permanente” (art. 99), el cual ha sido en muchas ocasiones mal interpretado y peor aplicado, en beneficio de delincuentes que perpetran diversos delitos durante un mismo lapso de tiempo, incluso contra víctimas distintas, al confundir esa figura con “la concurrencia o el concurso material o real de hechos punibles”.

— Se aclara definitivamente que con respecto a determinar si ha operado o no la prescripción de la acción penal de un determinado hecho punible, lo que se tomará en cuenta es si ha transcurrido **el término máximo de la pena que tenga prevista la ley para el delito de que se trata**, no el término medio como algunos han planteado y generalmente se ha aplicado.

— Se elimina la reincidencia como agravante genérica por considerarla inconstitucional en ese sentido, pero se la mantiene como impedimento para obtener algunos beneficios, medidas y fórmulas alternativas de cumplimiento de pena, tal y como lo establece el COPP en diversas disposiciones. De esta manera, no incide la reincidencia en aumentar la pena por el nuevo delito cometido, pero sí tiene efectos la conducta pre-delictual y el hecho de no ser delincuente primario, para tener

derecho a optar a ciertos “beneficios” que contemplan algunas instituciones.

— Se definen más claramente los llamados delitos de consumación anticipada, los pluriofensivos y los de peligro abstracto.

— Se determina más claramente la responsabilidad civil de las personas naturales y jurídicas que resulten responsables penalmente por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado a la víctima, así como la obligación del condenado de restituir la cosa ajena o su valor, de reparar el daño y de indemnizar a la víctima.

En relación a **la Parte Especial**, ya se han elaborado algunos Títulos y Capítulos y se está trabajando para presentar un borrador o papel de trabajo para finales del presente año, o más probablemente, para principios del que viene. En la misma situación se halla el Libro Tercero de las Faltas. En general se tiene previsto lo siguiente:

— Reincorporar al Código Penal los hechos punibles actualmente dispersos en varias leyes especiales, como es el caso de los delitos contra la propiedad (hurto y robo de vehículos, de ganado, de electricidad, etc.), contra la indemnidad e integridad sexual (la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, la prostitución y la pornografía infantil, y la Ley Especial de los Delitos Informáticos), así como en materia de drogas, corrupción, ambiente, bancaria, delincuencia organizada y terrorismo.

— Tipificación de los delitos establecidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, firmado y ratificado por Venezuela⁹, esto es: crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. Lo que significa incorporar, entre otros, los siguientes ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil o grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos: el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación de poblaciones, la tortura, la esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual grave, la persecución por motivos inaceptables, la desaparición forzada de personas, el *apartheid*, los actos inhumanos, los ataques o bombardeos de ciudades, pueblos o edificaciones que no sean objetivos militares, la realización de saqueos, el empleo de armas prohibidas, etc.

— La descriminalización de las conductas que ya no se justifica que se consideren punibles.

— La incorporación como delitos de aquellos actos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos relevantes y no se encuentren previstos como hechos punibles en la legislación venezolana.

— El incremento de las penas en aquellos delitos que tienen sanciones irrisorias, respetando, por supuesto, el principio de la proporcionalidad.

CONCLUSIÓN

Criticar y hacer observaciones a un borrador o papel de trabajo es lo más fácil del mundo, hacer propuestas para la Reforma de un Código es más complicado, pero lo verdaderamente difícil es elaborar un proyecto o propuesta concreta, artículo por artículo, indicando, razonando, justificando y motivando cada uno de los cambios, modificaciones y novedades que se proponen. Para esto último, se requiere prácticamente redactar una monografía de cada tema, Título o Capítulo de que se trate, incorporando el derecho comparado.

Todos coincidimos en que hay que proceder a “Codificar” el Código Penal, ya que actualmente existen más de 80 leyes especiales que contienen disposiciones penales, lo cual ha creado una gran confusión e inseguridad jurídica, aun entre los Jueces, Defensores y Fiscales y demás especialistas en la materia penal. Hay que recopilar esas disposiciones penales que se hallan disgregadas y “reincorporarlas” al Código Penal, para que cualquier persona común pueda conocer adecuadamente y en un solo texto, los hechos que están prohibidos por la ley y sujetos a una sanción penal. Por otro lado, hay que adaptar el Código Penal a la Constitución Nacional de 1999 y a la época y realidad actual, ya que hay disposiciones que tienen más de 100 años y, por supuesto, se han convertido en obsoletas o colidan con el texto constitucional. Hay que descriminalizar algunas conductas que ya la sociedad no las considera delictivas, así como incorporar otros comportamientos y actos que las legislaciones modernas están sancionando.

No obstante, existen todavía grandes discrepancias entre los especialistas, producto generalmente de las diferentes posiciones doctrinarias que sostienen. Es necesario superar estas divergencias y buscar un punto de equilibrio, un punto equidistante de las posiciones extremas, que permita que podamos tener, a la brevedad posible, una legislación penal y procesal penal que salvaguarde y respete todos los principios, derechos y garantías que le consagra a todas las personas, como seres humanos y como ciudadanos, la Constitución Nacional de 1999, y sea, al mismo tiempo, una legislación eficiente y eficaz, que impida la impunidad de los delitos y asegure la finalidad fundamental del proceso penal, que no es otro sino el lograr que impere y se realice la justicia.

Notas

1. La primera el 25-08-2000 (Gaceta Oficial N.º 37.022) y la segunda el 14-11-2001 (G. O. N.º 5.558 Extraordinario).
2. El 20 de octubre de 2000, Gaceta Oficial N.º 5.494 Extraordinario.
3. Gaceta Oficial N.º 5.208 Extraordinario del 23-01-98.
4. El Código Penal, promulgado en 1915, es prácticamente una copia del Código Penal Italiano de 1889 (Código de Zanardelli), con reformas puntuales en 1926, 1958, 1964 y 2000.
5. CARRARA, Francesco. *Derecho Penal*, Biblioteca Clásicos del Derecho Penal. Harla. México. 1997, pág. 77.
6. ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Nueva Doctrina Penal*. Edit. del Puerto. Buenos Aires. 1999, pág. X (editorial).
7. ROXIN, Claus. *La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 28, citando a KAISER, *Kriminologie*, 1996.
8. FERNÁNDEZ, Fernando. *Crímenes, Delitos y Faltas Vigentes en Venezuela*. Livrosca. Caracas. 2003. 2 Tomos.
9. Y Ley de la República, ver Gaceta Oficial del 13-12-2000.

