

Sistemas penales comparados



Reformas en la legislación penal y procesal (1997-2000)

Alemania

Dr. Tonio Walter

Universidad de Friburgo en Brisgovia¹

I. Derecho penal

El Derecho penal material ha sido modificado en 1997 de forma importante. El StGB ha sido por este motivo nuevamente publicado el 13.11.1998 (BGBl. I, pág. 3322). A la vista de la magnitud de esta reforma nos centraremos en este artículo, de forma breve, en lo más importante.

1. La *Ley de reforma del Código penal n.º 33* (33. StÄG) de 1.7.1997 (BGBl. I pág. 1607) se centra en los delitos contra la libertad sexual, principalmente los §§ 177-179². La idea principal de la reforma era ampliar las penas de los tipos penales de violación y abusos sexuales de las acciones *de los delitos contra el honor*. Esto sucedió cuando fue quitado el adjetivo "ilegítimo" de la acción tipificada -relaciones sexuales, mejor dicho: actos sexuales.

La Ley de reforma del Código penal n.º 33 ha unificado los antiguos §§ 177, 178 en un único tipo penal (§ 177 nueva versión: "abusos sexuales; violación") y suprimió el § 178; la 6.ª StrRG (abajo 4) ha añadido un nuevo apartado § 178 (como delito cualificado por el resultado del § 177). La violación sería un caso especialmente grave de abusos sexuales y más como un caso reglado (*Regelbeispiel*). (Un *Regelbeispiel* se denomina a un hecho que debe ser juzgado de forma agravada cuando el Tribunal considera que se puede incluir dentro de la lista de casos que se recogen en la ley.) Se han tratado de forma parecida acciones especialmente humillantes. El ámbito de la utilización, en las diferentes formas de abusos, de violencia o alterando la conciencia de la víctima con drogas no está recogido en la reforma; el § 237 es redundante y podría ser eliminado. El § 179 se reforma de forma lingüística y se prevé con un tipo de tentativa. El tipo de cualificación se ha cambiado a través de una referencia a Casos reglados del § 177 III Nr. 2 -un cambio que la 6.ª StrRG ha

modificado de nuevo por medio de un nuevo tipo cualificado. Los §§ 177-179 fueron formulados sin distinción de sexos.

La 6.ª StrRG ha llevado a un cambio de los §§ 177-179. El marco penal se ha agrandado y se cambian los casos reglados por las agravantes de los tipos cualificados. Ahora el § 179 ha sido ampliado a una acción sexual con un tercero. El nuevo añadido se encuentra en el § 174 c ("Abuso sexual de aprovechamiento de una relación de asesoramiento, de tratamiento médico o de cuidado o tutoría"). La penalización de los abusos sexuales de niños ha sido regulada de forma amplia §§ 176-176 b. Se modificaron además §§ 180 a, 181 a, 183, 184. La doble intervención del legislador ha llevado a un Derecho penal sexual que ha sido criticado por sus contradicciones internas y sus fallos sistemáticos (Compárese KÜHL, Lackner/Kühl, 23.ª Ed. 1999, Vor § 174 párr. 11).

2. La *Ley de lucha contra la corrupción* (KorrBekG) de 13.8.1997 (BGBl. I, pág. 2038) debió regular de forma más efectiva la persecución de corrupción y la creación de una conciencia jurídica para detener la corrupción en los sectores existentes y debiendo también fortalecer al conjunto de la población. El desencadenante fue el que se pusiera delante de los ojos del debate público, por primera vez, la amplitud de la corrupción y los perjuicios causados.

La KorrBekG ha añadido por ahora el nuevo capítulo 26.ª ("Delitos contra la competencia") los §§ 298-302. El § 298 ("Acuerdo de limitación de la competencia en subastas") constituye el cierre de una discusión abierta desde 1922, de si un tipo penal especial del así llamado fraude en subasta debía ser añadido. Antes se pudo castigar un comportamiento semejante sólo como una contravención (§ 38 I apart. 1, 8 GWB). Una incriminación por estafa (§ 263) era posible realizando una interpretación de este tipo penal, en concreto la realizada por el Tribunal Supremo alemán (BGH). (ver BGH, NJW 1992, 921; WALTER, *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland* [1999] pág. 318 ss.). No obstante es lógico que se cree un tipo específico debido a dificultades de prueba con respecto al daño patrimonial, la crítica soste-

nida por BGH en su jurisprudencia, así como problemas de derecho procesal entre la fiscalía y las autoridades encargadas de la lucha antimonopolio. En el § 298 y el § 263 se encuentra, según la doctrina dominante, en caso de necesidad, la competencia ideal.

El § 299 corresponde por completo al § 12 UWG, que fue eliminado, e incrimina la corrupción empleados ("soborno"). El § 300 prevé las agravantes. En estos casos permite el § 302 que se sancione con una pena pecuniaria (§ 43 a) y la confiscación de todo tipo de bienes (§ 73 d), cuando se trate de un profesional o de una banda. El § 301 instituye para el § 299 el requisito de querrela. Diferente a la antigua regulación es la persecución penal por "interés público especial": también se puede realizar de oficio.

La ley ha cambiado también los §§ 331-334 (*corrupción de funcionario público*). La amenaza penal llegó a ser muy alta. El nuevo § 338 permite en casos de especial gravedad la pena pecuniaria y confiscación de bienes. En todos los tipos penales se incluye beneficio para tercero. El § 331 y el § 333 se ampliaron en su redacción. Además se incluye, en ambas regulaciones, ahora lo referente a suministrar una ventaja "para el cumplimiento del servicio (*Dienstausübung*)" en lugar de "para un acto de servicio (*Diensthandlung*)". Con eso se debe incluir la así llamada "generosidad del interesado", cuando éste saca provecho de alguien para el mantenimiento de "una situación" sin que haya una concreta contraprestación.

Junto con los §§ 331 y ss. se encuentra el complemento de los conceptos de funcionario en el § 11 I Nr. 2 c. Funcionario es alguien que "es nombrado como autoridad administrativa, como un puesto o con una misión en la administración pública *independientemente de su organización*." Se agrega con eso ahora empresas dirigidas por el Estado pero que funcionan como organizaciones privadas.

Sobre la contención de la corrupción que sobrepasa las fronteras límites asegura recientemente la *reglamentación de corrupción europea* –fuera del StGB– (EUBestG de 10.9.1998, BGBl. II pág. 2340), que considera que tiene el mismo valor en sus §§ 332, 334-336, 338, funcionario/juez de otro Estado miembro de la UE y los funcionarios comunitarios que son titulares de un cargo nacional (Cambio de un convenio comunitario de 26.5.1997, ABl. EG Nr. C 195/1). Además la EUBestG ha extendido la aplicabilidad del derecho penal alemán sobre corrupción a los países extranjeros. De forma parecida, la regulación para la lucha contra la corrupción internacional ha incrementado la EUBestG (IntBestG de 10.9.1998, BGBl. II, pág. 2327) en el área de protección del

§ 334 de la corrupción de jueces y funcionarios extranjeros, y amplía la aplicabilidad de esta regulación a los países extranjeros. Más reciente, ZIESCHANG, *Das EU-Bestechungsgesetz und das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung*, NJW 1999, 105.

3. La Ley de lucha contra los delitos sexuales y otros delitos peligrosos (SexualBekG) de 26.1.1998 (BGBl. I, pág. 160) se realizó por una lista de asesinatos de niños de carácter sexual y otros casos de abuso de menores dentro y fuera de Alemania (¡caso Marc Dutroux!). Posibilita que se aplique contra los autores violentos y sexuales, tras una primera reincidencia y bajo una presunción cierta, el internamiento preventivo (§ 66). Esta regulación se ha criticado duramente (comp. LACKNER, Lackner/Kühl, Ed. 23.^a 1999, Apr. § 38 par. 9). La limitación del primer internamiento preventivo se suprime. El pronóstico de libertad en las medidas de privación de libertad está sujeto al nuevo Derecho de suposición más agravada (§ 67 d II). También se puede someter el autor contra su voluntad a una terapia. Aparte de eso se puede agravar las demandas con la suspensión de la libertad condicional. Se facilita y se amplían finalmente la posibilidad de imponer el seguimiento de la libertad vigilada (§ 68 ss.).

Una segunda dificultad legal se encuentra en un cambio del Derecho de aplicación de la pena; sobre esto ROTTHAUS, «Neue Aufgaben für den Strafvollzug bei der Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten», NStZ 1998, 597.

4. El mayor cambio en el Derecho penal, en tiempos recientes, tuvo lugar con la 6.^a *Ley de reforma penal* (6 StrRG) de 26.1.1998 (BGBl. I, pág. 164) (con respecto al cambio en el Derecho penal sexual ver el punto 1). Sus principales objetivos eran armonizar las penas –en concreto las relacionadas con los delitos contra las personas, en contraposición con los delitos contra de propiedad y patrimonio–, llenar las lagunas que hay en la penalidad, eliminar los tipos penales prescindibles –como el § 217 ("infanticidio")– y aligerar la aplicación del derecho.

La *armonización del marco penal* se ha alcanzado en gran medida, en particular con el aumento de los delitos contra las personas. A modo de ejemplo, el delito de abandono de niños (§ 221 II) ahora se castiga con una pena de 1-10 años de prisión en lugar de la pena de 6 meses a 5 años anteriores. En ocasiones se ha cambiado también la graduación del marco penal dentro de determinados delitos, p.e. en el § 249 ("robo"). Finalmente se ha convertido una lista de casos reglados en cualificaciones y se prevén las hasta ahora denominados agravantes, como casos reglados como el § 263.

El correspondiente *cambio de tipicidad* se puede observar, ante todo, en la reestructuración de los §§ 223 y ss. (delitos de lesiones corporales) y §§ 306 y ss. (provocación de incendios), que han conducido también a una nueva numeración de los artículos. Detalladamente: *a) Delitos contra la propiedad*: en el hurto (§ 242) se recoge ahora el hecho de beneficiar a un tercero. La malversación de fondos (§ 246) renuncia a la necesidad de que el autor tenga que tener la custodia de la cosa. Ahora está tipificado sólo que se apropie de la cosa para sí o para un tercero. El § 246 se convierte con esto en una modalidad de delito contra la propiedad y se señala, por consiguiente, frente a otros delitos como subsidiario. La calificación del hurto (§ 244) y el robo (§ 250) se amplían, y en el caso del § 250 con una nueva sistemática. *b) Delitos contra el patrimonio*: § 265 (ahora “malversación/abuso de seguros”) se ha reformado completamente. La restricción a los seguros marítimos y de incendio se ha eliminado; Las acciones pueden ser ahora un alzamiento de bienes y cualquier tipo de inutilización. *c) Delitos contra las personas*: § 223 (“Lesiones corporales”) conoce ahora la tentativa. El antiguo § 229 (“envenenamiento”) es en la nueva regulación una variante del delito de lesiones peligrosas (§ 224). Las lesiones corporales graves (ahora § 226) se han transformado. El § 239 (“secuestro”) se pena como tentativa y ha cambiado las cualificaciones. *d) Delitos de peligro público*: en el incendio provocado simple (§ 306) el objeto del tipo se amoldó a las necesidades actuales (registro de instalación de productos y de medios de transporte). En todos los delitos se recoge como nueva acción típica la destrucción por incendio doloso, en cuyos casos no se incluye el objeto que se quema por sí solo (como se exige en la interpretación anterior de “incendio provocado”).

5. *Ley de mejora de la lucha contra la criminalidad organizada* de 4.5.1998 (BGBl. I, pág. 845) ha ampliado la penalidad del *lavado de dinero* (§ 261), en el cual se ha aumentado el catálogo de actos previos y el apartado 5 (hecho imprudente) no se exige más el acto previo sea “cualquier otro”. En el apartado 8 se hace una aclaración en se redacción. En el párrafo 9 se introduce como principio de exención de la pena la colaboración en el acto previo.

6. La Ley que aplica el *Convenio de 26 de julio de 1995 sobre protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas* (EG-FinSchG) de 10.9.1998 (BGBl. II, pág. 2322) ha cambiado el § 264 (“fraude de subvenciones”). En el apartado 1 se incluye un nuevo apartado 2, que pena a los que utilizan una ayuda del órgano subvencionador en contra de los fines por los que fue

concedida. En el párrafo 7 se protege ahora también “una ayuda concedida por las comunidades europeas”, en tanto sea “concedida al menos en parte sin contraprestación”.

II. Derecho procesal penal

También el Derecho procesal penal ha sido modificado en varias ocasiones entre 1997-2000. A menudo se trata de adaptación pura sin una importancia real. Sobre todo esto vale para la mayoría de las modificaciones por medio de la ley 33 StÄG, la ley KorrBekG, la ley SexualBekG y la ley 6 StrRG (ver arriba I 1-4); por último ha cambiado el catálogo de acciones, que autorizan a la demanda accesoria (§ 395³) o sea, obliga a demanda privada (§ 374).

1. La *Ley de reforma del proceso penal –análisis de ADN* de 17.3.1997 (BGBl. I, pág. 534) ha añadido el § 81 e, que –acorde con la jurisprudencia más reciente (BGHSt. 37, 157)– regula cuándo está autorizado realizar un análisis de ADN. Lo está –independientemente del momento en que se encuentre el proceso y del grado de la sospecha que se tenga– “para la investigación del origen o del hecho si el material de prueba encontrado proviene del inculpado o de la víctima”. Los §§ 81 a y 81 c permiten conseguir análisis materiales por medio de exámenes corporales. El § 81 f determina que el análisis puede ser ordenado sólo por un Juez y sólo puede ser efectuado por un perito. El § 101 determina que será avisado de la realización de las medidas del § 81 e tan pronto como esto sea posible sin peligro para el proceso.

Más tarde se añadió a través de la Ley de determinación de la identidad por medio del ADN de 7.9.1998 (BGBl. I, pág. 2646) el § 81 g que regula cuando pueden ser investigadas y tomadas células del cuerpo para el futuro proceso penal. La regulación fue renovada por medio de una Ley de 2.6.1999 (BGBl. I, pág. 1241) y por la StVÄG (abajo 8). La toma de células y su investigación exige que el acusado en el proceso abierto es sospechoso de un delito “de importancia considerable” (ejemplo en § 81 g I) y que es de suponer un nuevo proceso contra el acusado por un hecho de tal naturaleza. La decisión incumbe siempre al juez. Los datos del procesado pueden ser guardados.

2. La *Ley de cambio del ordenamiento del proceso penal* de 17.7.1997 (BGBl. I, pág. 1822) ha incluido el § 127 b, para motivar a la fiscalía y los juzgados de primera instancia para una utilización más frecuente del proceso acelerado. (El *proceso acelerado* –§§ 417 y ss.– está permitido para cosas que pertenezcan a la competencia del juzgado de primera instancia y son idóneos “por razón

de las circunstancias o de una situación probatoria clara a una negociación inmediata". No se conoce el proceso incidental y no se permite acusación por escrito. En el juicio oral se ensanchan las posibilidades de lectura y se rechazan la admisión de pruebas.) El § 127 b I aligera frente al § 127 II el *arresto provisional* es que además lo posibilita, cuando es probable una condena inmediata en el proceso acelerado y existe el peligro de que el acusado no se presente al juicio oral. En la adhesión al arresto se puede ordenar la así llamada prisión provisional (Hauptverhandlungshaft) (§ 127 b II), cuando en el proceso acelerado del juicio oral hay que esperar por una semana y se teme que el detenido se pueda escapar.

3. Con la *Ley de Comunicación de la Justicia (Justizmitteilungsgesetz)* (JuMiG) de 18.6.1997 (BGBl. I,

exigencia de, basada en BVerfGE 65, 1 (censo nacional), una justificación jurídica para la entrega de datos personales, cuando se usen para otros fines diferentes. En la Ley introductora la Ley de organización de los Tribunales, (EGGVG) se introduce un nuevo capítulo 2.º (§§ 12-22), el cual regula cuándo y bajo qué condiciones se debe comunicar que se guarden los datos personales que (también) se utilizan en un proceso penal junto a otras partes.

4. La *Ley de protección de testigos (ZSchG)* de 30.4.1998 (BGBl. I, S. 820) ha sentado las bases para los interrogatorios gravados en vídeo de testigos que no están presentes en la sala del Tribunal. De este modo se utiliza para testigos que necesitan una especial protección, en concreto los menores, sin necesidad de que estén presentes en el juicio, pudiendo participar por medio de un circuito cerrado de vídeo. Ahora, el interrogatorio de testigos podría ser gravado en el sumario y más tarde se podría utilizar en juicio oral. Así se puede proteger a los testigos que necesiten protección. En determinados casos también recibirían ayuda jurídica. Incluso se designaría a un abogado para la víctima de delitos graves, si lo solicita. Los costes corren a cuenta del Estado. La utilización del circuito privado de vídeo depende de que el acusado/abogado defensor tengan oportunidad de participar en el interrogatorio, para la defensa de los derechos del acusado. La regulación se encuentra en los §§ 58 a, 68 b, 168 e, 247 a, 255 a, 397 a, 406 g, 406 h.

5. La *Ley de mejora de la lucha contra la criminalidad organizada* (arriba I 5) ha creado la posibilidad realizar escuchas en las viviendas, las así llamadas *escuchas secretas*. Para lo cual se hizo preciso cambiar el art. 13 de la Constitución alemana (GG) (referente a la inviolabilidad del domicilio). La nueva regulación se encuentra en los

§§ 100 c, 100 d y en los nuevos §§ 100 e y ss. se criticaron por ser demasiado complejos y poco claros (en especial RIEß en Löwe/Rosenberg, 25.ª ed. 1999, Einl. Parr. E apd. 154). Requisito para la escucha es la sospecha de un delito que la ley considere grave como asesinato (§ 211) o robo realizado por banda organizada (§ 244) (delitos catalogados). Se necesita autorización escrita del juez por el plazo máximo de cuatro semanas (se podría alargar). Unas suposiciones especiales son válidas cuando se tengan que realizar escuchas en otros domicilios a parte de el del acusado. La "escucha secreta" ha sido posible en la regulación antigua, bajo el nombre de acción administrativa de garantía (Gefahrenabwehr) y una realidad en la (mayoría) de las Leyes reguladoras de la policía de cada Estado federal. Sabiendo de la existencia de este tipo de escuchas se permite utilizar el nuevo § 100 f II en el proceso penal.

6. Con la *Ley para la fijación procesal penal de la compensación autor/víctima*, etc., de 20.12.1999 (BGBl. I, pág. 2485) se crea un campo de aplicación más extenso a la compensación del autor a la víctima (TOA, comp. § 46 a StGB) (§ 46 a StGB autoriza una atenuación de la pena cuando el autor del hecho resarce el daño o tiene intención de repararlo.) Esto se realiza por un lado a través del nuevo §§ 155 a, b, con la ayuda del § 153 a. Ahí se ha comprendido la TOA ahora como una de las órdenes parecidas y condiciones que se le pueden aplicar al autor cuando el proceso contra su pequeña culpa se suspende. (Igualmente se creó la posibilidad –como se vio antes en el Derecho penal del menor– de realizar una condición y una orden que no se prevén en las leyes escritas). En el § 155 a se establece que en cualquier momento del proceso que se consiga un acuerdo entre el inculgado y la víctima. El § 155 b regula la entrega y el tratamiento de información por vía extrajudicial que con la TOA se puede trasladar a alguien. La nueva regulación se basa en el conocimiento de que se logra un efecto preventivo especial efectivo con un acuerdo personal y la consiguiente reparación del daño.

7. La *Ley de Reforma y cumplimentación del Derecho procesal penal (StVAG)* de 2.8.2000 (BGBl. I, pág. 1253) contiene –al igual que JuMiG (arriba 3)– el juicio de control del censo. BVerfGE 65,1 regula y crea las bases para recoger, grabar y transmitir datos personales. Para ello se propuso una multitud de cambios individuales complementarios de la StPO. Así fue con la nueva regulación del § 161. prevé ahora en el párr. 1 punto 1 una autorización general para la fiscalía –hasta ahora errónea– para efectuar la investigación (§ 160 I-III), mejor dicho, se permite realizar siempre que otra regulación legal no prescriba

una autorización especial (p.e. en el caso de "las escuchas secretas", arriba 5). Estos cambios múltiples y de gran amplitud no podrían ser llevados a cabo completamente; sin embargo sirven para todos los fines arriba esbozados. Véase ante todo §§ 131-131 c, 147, 160, 161, 163, 163 s, 385, 406 e, 456 a, 474-491, 492 y ss.

Notas

1. Traducción realizada por Javier Valls Prieto.
 2. §§ = StGB, salvo que se especifique lo contrario.
 3. §§ = StPO, salvo que se indique lo contrario.
- Bibliografía del punto 1. DESSECKER, "Veränderungen im Sexualstrafrecht", NSiZ 1998, 1; OTTO, Die Neufassung der §§ 177-179, Jura 1998, 210; 2. "DÖLLING, Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption", ZStW 112 (2000) pág. 334; RECK, "Das Korruptionsbekämpfungsgesetz", BuW 1998, 222; 3. HAMMERSCHLAG/SCHWARZ, "Das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten", NSiZ 1998, 321; 4. DENCKER/STRUENSEE/NELLES/STEIN, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998 (1998); KREB, "Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts", NJW 1998, 633; RENGIER, "Die Brandstiftungsdelikte nach dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts", JuS 1998, 397; WOLTERS, "Die Neufassung der Körperverletzungsdelikte", JuS 1998, 582; 5. HETZER, "Systemgrenzen der Geldwäschebekämpfung?", ZRP 1999, 245; KREB, Das neue Recht der Geldwäschebekämpfung, wistra 1998, 121; 6. TIEDEMANN, Wirtschaftsbruch (1999), Nachtrag zu § 264 par. 1 y ss.; ZIESCHANG, "Das Übereinkommen zum Schutz der finanziellen Interessen der EG und seine Auswirkungen auf das deutsche Strafrecht", EuZW 1997, 78.
- Bibliografía del punto II. RATH/BRINKMANN, "Strafverfahrensänderungsgesetz - DNA-Analyse ('Genetischer Fingerabdruck') und DNA-Identitätsfeststellungsgesetz aus fachwissenschaftlicher Sicht", NJW 1999, 2697; 2. HELLMANN, "Die Hauptverhandlungshaft gemäß § 127 b StPO", NJW 1997, 2145; Abschreckung durch Hauptverhandlungshaft? 3. WOLLWEBER, "Justizias langer Arm - Analyse und Kritik des Justizmitteilungsgesetzes", NJW 1997, 2488; 4. CAESAR, "Noch stärkerer Schutz für Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Strafprozess?", NJW 1998, 2313; RIEB, "Zeugenschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren", NJW 1998, 3240; 5. MEYER/HETZER, "Neue Gesetze gegen die Organisierte Kriminalität", NJW 1998, 1017; 6. LILIE, "Verhandlungen des 63. DJT 2000", Gutachten D 116; 7. BRODERSEN, "Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1999", NJW 2000, 2536.

Argentina

Dr. Luis Fernando Niño
 Universidad Nacional de Buenos Aires

El lapso de cuatro años que abarca esta relación ha sido pródigo en modificaciones, tanto de los códigos cuanto de las leyes complementarias, en la República Argentina. Para contribuir a la tarea de

actualización de los lectores de esta prestigiosa publicación, he estimado preferible, en punto a los primeros, seguir el orden del articulado, en lugar del de la fecha de publicación de las respectivas reformas, que, huelga aclararlo, es el tomado en cuenta para la cita de la legislación complementaria.

I. El Título II del Libro Primero del Código Penal, consagrado a las penas, sufrió una variación en el art. 23, relativo al destino de "las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito"¹. No sólo quedan explícitos los eventuales beneficiarios del decomiso de tales bienes -el Estado nacional, las provincias o los municipios- fijándose un orden en cuanto al tratamiento a dispensar a esos objetos -uso, aprovechamiento cultural, enajenación y destrucción- sino que se define con mayor precisión la situación del damnificado y la de los terceros, a quienes se reconocen los derechos de restitución o indemnización. Pero la variación más significativa está dada por el tercer párrafo del nuevo artículo, cuando dispone que el comiso habrá de pronunciarse contra el mandante o la persona de existencia ideal beneficiados por el producto o el provecho del delito, en los casos en que el autor o los partícipes hubieran actuado "como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores" de una persona de tales características. La situación se repite en caso de cualquier tercero beneficiado a título gratuito, según lo estatuido en el cuarto párrafo de la nueva norma².

En orden a la reparación de perjuicios (Libro Primero, Título IV), la misma ley de 1999 ha modificado plausiblemente el orden de medidas existente en el art. 29 CP desde 1964³, al situar, en primer lugar, a "la reposición al estado anterior a la comisión del delito, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias". Sólo en segundo término aparece la indemnización del daño material y moral causado, y en último término el pago de las costas. Complementariamente, se otorga expresa prioridad, en caso de insuficiencia de los bienes del condenado para la cobertura de sus responsabilidades pecuniarias, a la obligación de indemnizar daños y perjuicios, no sólo frente al resarcimiento de los gastos del juicio, sino también del producto del decomiso y del pago de la multa.

Una de las más recientes reformas del cuatrienio examinado está relacionada con la determinación judicial de la sanción a imponer en caso de penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad. A diferencia del tradicional art. 41 CP, que no recibió modificaciones durante las casi ocho décadas de vigencia del citado cuerpo de leyes y que se caracteriza por dejar librada a la apreciación de los jueces la ponderación de los diferentes pará-

metros que contiene en su texto, el nuevo art. 41 bis impone una agravación en un tercio del mínimo y del máximo de la escala penal prevista para el delito de que se trate, en caso de que se cometiére mediando la fuerza o intimidación resultante del empleo de un arma de fuego, con la salvedad de que la nueva pauta de determinación no será aplicable cuando tal circunstancia ya se encontrare “contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate”, añadido que, en rigor, reduce grandemente la operatividad del nuevo dispositivo⁴.

El art. 67 CP, perteneciente al Título X del Libro Primero, que se consagra a la prescripción de acciones y de penas, también resultó reformado por la citada Ley 25188⁵. En virtud de su nueva redacción, se complementa la disposición de suspensión de la prescripción en casos de delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, con una fórmula amplísima, que suspende el instituto de que se trata en todo caso de “delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público”⁶.

Ingresando al examen de la Parte Especial del cuerpo de leyes mencionado, cuadra apuntar –en primer lugar– los significativos aumentos en la escala penal de las figuras del homicidio y las lesiones culposas⁷. El primero mantiene su mínimo de seis meses, en la figura básica, en tanto su máximo se ha fijado en los cinco años; no obstante, el mínimo de la pena se eleva a dos años si fueren más de una las víctimas fatales o si el hecho se hubiere ocasionado por la conducción de un vehículo automotor. Las segundas reconocen ahora, en el tipo básico, una respuesta penal de un mes a tres años de prisión, alternativa a la de multa de mil a quince mil pesos, e inhabilitación, en tanto que se discierne por primera vez en cuanto a la índole de las lesiones por culpa: si son graves o gravísimas y concurre alguna de las agravantes mencionadas respecto del homicidio culposo, el mínimo de la pena privativa de libertad pasa a ser de seis meses y aumenta el lapso mínimo de inhabilitación especial.

En el Título II del Libro Segundo, dedicado a los delitos contra el honor, se ha incorporado el art. 117 bis⁸, que pena con prisión de un mes a dos años la inserción de datos falsos, por sí o por otro y a sabiendas, en un archivo de datos personales. La pena asciende –seis meses a tres años– en el caso de quien proporciona a un tercero, a sabiendas, información falsa contenida en tal clase de archivo, aumentando las escalas en la mitad del mínimo y del máximo cuando derivare perjuicio a alguna persona, y añadiéndose la accesoria de

inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena cuando el autor o responsable fuera un funcionario público en ejercicio.

Una modificación integral, muchas de cuyas disposiciones han suscitado críticas doctrinales, fue la recibida por el Título III del Libro Segundo del código sustantivo en su integridad (arts. 119 a 133). El propio epígrafe ha variado, de “Delitos contra la Honestidad” a “Delitos contra la integridad sexual”, en una de las escasas reformas genéricamente bienvenidas, aunque pudo haberse aprovechado el abandono del erróneo vocablo del texto originario para colocar el acento en la libertad sexual.

El verbo típico de la figura básica ha pasado a ser el de abusar sexualmente⁹. A partir de esa ambigua fórmula se desgranar treinta hipótesis, sumando las contenidas en el enunciado inicial y las incluidas en los siguientes, consistentes en circunstancias exclusivamente agravantes. Baste señalar una de ellas –el que “abusare sexualmente” mediando “abuso coactivo”– para ejemplificar en punto a la escasa destreza de fondo y forma evidenciada por el legislador, penosamente arrastrado por las urgencias espasmódicas de una opinión pública conmocionada por sucesos puntuales de gran provecho para la prensa sensacionalista.

Las escalas penales han trepado hasta los veinte años de reclusión o prisión, consignadas para las dos terceras partes de esas hipótesis, siguiendo el clásico sofisma del aumento exitoso de las respuestas punitivas. Lo irónico del caso es que una razón principal de la reforma –el intento de equiparar a violación la *fellatio in ore*, en respuesta a un caso de gran repercusión periodística– no logró la resolución procurada, al apelarse en la descripción típica al preexistente “acceso carnal”, frase que, para la doctrina mayoritaria nacional, no incluye a esa modalidad de contacto sexual.

Es plausible la reducción de la edad del sujeto pasivo del ilícito de promoción o facilitación de la corrupción de menores a los dieciocho años, conforme al nuevo art. 125, conteste con la tendencia a equiparar hitos de capacidad jurídica en todas las ramas del universo jurídico. En una suerte de compensación, se remonta el mínimo de la pena, en el supuesto más grave a los seis años de reclusión o prisión. La promoción o facilitación de la prostitución de menores de esa edad, desgajada de la anterior, reconoce ahora un mínimo de cuatro años de reclusión o prisión, según lo prescribe el nuevo art. 125 bis.

En el Título V de la Parte Especial del código que se analiza, dedicado a los delitos contra la libertad, se ha incorporado una disposición aislada, que guarda relación con el ya mentado art. 117

bis. Por ley 25326¹⁰, se añadió al repertorio legal el art. 157 bis, que sanciona con un mes a dos años de prisión el acceso, a sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad, a un banco de datos personales (inciso 1), o revelare a otro información registrada en un banco de esas características, cuyo secreto estuviera obligado legalmente a preservar. Se incluye la accesoria de inhabilitación especial de uno a cuatro años cuando el autor fuere funcionario público.

El Título VII del Libro Segundo, referido a los delitos contra la seguridad pública también recibió cambios en el cuatrienio que hoy nos ocupa. Se ha elevado a cinco años el máximo de la pena establecida para el caso de incendio culposo con resultado fatal o con peligro de muerte a alguna persona (art. 189), para armonizar las escalas, partiendo de la nueva sanción del homicidio culposo¹¹.

No obstante ello, la reforma más significativa en este rubro, por la relevancia político-criminal que presupone, es la incorporación de la simple portación de armas de fuego de uso civil o de uso civil condicionado sin la debida autorización, dentro del abigarrado conjunto de ilícitos contenidos en el art. 189 bis, que abarca conductas de trascendencia mucho mayor, tales como la fabricación, suministro, adquisición, sustracción o tenencia de bombas, materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materias explosivas, inflamables, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación. La nueva figura se asocia a una sanción de prisión de seis meses a tres años¹²; de ese modo, lo que históricamente supuso una mera falta o contravención, ha pasado a convertirse en un delito penado más severamente que el hurto (art. 162) y con igual carga punitiva que la de la usurpación mediante violencia (art. 181).

El art. 189 ter, incorporado por la misma norma que transforma en delito aquella mera portación, reprime con tres meses a un año de prisión a quien proporcionare un arma de fuego a quien no acreditare su condición de legítimo usuario; la respuesta penal se equipara a la de la propia portación si el autor hiciera de la venta de armas su actividad habitual.

Otra reforma vinculable con sucesos puntuales, aunque –a la vez– reclamada por la agravación de la pena del homicidio culposo, es la del art. 196, que eleva a tres años de prisión la pena de quien culposamente causare un descarrilamiento, naufragio, varamiento o desastre aéreo, monto que asciende a los cinco años si del hecho resultare lesionada o muerta una persona, condición que –obviamente– hace de esta agravante la regla general.

El mismo propósito de equilibrio entre configuraciones típicas y sanciones alienta en la reforma del art. 203, dentro del mismo Título VII, al aumentar la escala penal de la comisión culposa de diversos hechos –envenenamiento o adulteración de aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales, distribución de medicamentos o mercaderías peligrosos para la salud, propagación de enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas– cuando resultare enfermedad o muerte de alguna persona, pasando de los seis meses a dos años de prisión anteriormente previstos a un máximo fijado en los cinco años de esa especie de pena.

Otra modificación de trascendencia está constituida por el desdoblamiento de las figuras de cohecho y tráfico de influencias, en el Capítulo VI del Título XI, relativo a los delitos contra la administración pública¹³. La ley que introduce esa distinción aumenta asimismo las penas de todas las figuras del capítulo, tanto en la modalidad activa cuanto en la pasiva, y equipara a los magistrados del Ministerio Público con los del Poder Judicial en la más grave de tales modalidades (art. 257), penada con cuatro a doce años de prisión e inhabilitación especial perpetua.

Siempre conforme a esa nueva norma –Ley n.º 25188– se disminuye el mínimo de la sanción de prisión –de dos a un año– al tiempo que se convierte en especial y perpetua la inhabilitación, hasta entonces absoluta pero temporal, para las negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública (art. 265). Asimismo, se aumenta el máximo de la respuesta penal al autor de exacciones ilegales –de tres a cuatro años de prisión– conforme al nuevo art. 266; y se incorpora una relevante pena de multa –del 50 al 100% del valor del enriquecimiento– transformándose en perpetua la inhabilitación, para el funcionario o empleado público autor de enriquecimiento ilícito (art. 268 [2]).

Una última reforma incluye en el Capítulo XIII del mismo Título XI, junto con el clásico delito de encubrimiento, el lavado de activos de origen delictivo¹⁴. La escala anterior del primero de tales ilícitos –seis meses a tres años de prisión– se mantiene (art. 277, inciso 1), pero la gravedad del delito encubierto, el fin de lucro o la habitualidad doblan la pena en ambos extremos de la escala (art. cit., inciso 2). Se ha eliminado la receptación incauta del art. 278, y en su lugar aparece la flamante figura del “lavado de activos”, alcanzando a quien “convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un

origen lícito” y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos. La pena es de dos a diez años de prisión y multa de dos a diez veces del monto de la operación.

II. En cuanto al Código Procesal Penal de la Nación, y manteniendo el orden del articulado, como en el caso anterior, destaca –en primer lugar– la derogación de los arts. 189 a 191, relativos a los obstáculos fundados en privilegio constitucional, debido a una modificación integral del tópico por una ley especial¹⁵.

En el Libro II, Título III, Capítulo III, en el entramado textual de la prueba de secuestro, se ha introducido el art. 238 bis, consagrado al reintegro de inmuebles en los casos de usurpación. Según la nueva norma, en tales supuestos, “en cualquier estado del proceso y aun sin dictado del auto de procesamiento”, el juez puede, a pedido del damnificado, disponer provisionalmente el inmediato reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado por aquél fuera verosímil, pudiendo fijar una caución, si lo considerase necesario¹⁶.

La Ley 24826¹⁷ incorporó un nuevo título al Libro II del código bajo estudio, consagrado a la inclusión del procedimiento de la instrucción sumaria. En sólo dos preceptos (arts. 353 bis y ter) el legislador da cuenta de esta modalidad ritual, reservada a los casos en que una persona haya sido sorprendida en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública y en los que el juez considerara *prima facie* que no procederá la prisión preventiva del imputado. En tales casos, la investigación queda directamente a cargo del Fiscal, quien hará conocer a aquél el hecho atribuido y las pruebas en su contra y le invitará a elegir un defensor; el imputado, a su vez, podrá presentarse ante el funcionario con su abogado, aun por escrito, aclarando los hechos e indicando las pruebas que reputa útiles. Si el imputado solicitare al juez ser oído en indagatoria, la instrucción pasa a regirse por las disposiciones comunes.

La instrucción sumaria no puede extenderse más allá de los quince días y a su término el Fiscal, y previamente el querellante, si lo hubiere, se expedirán respecto de la clausura de esa fase procesal y la eventual elevación a juicio.

Un dispositivo que, a nuestro criterio, resulta abiertamente inconstitucional es el que clausura la redacción de las normas señaladas, cuando se dispone que el juicio se podrá tramitar según las reglas del rito impropriamente denominado “juicio abreviado” (art. 353 ter “in fine”)¹⁸.

Otro instituto novedoso para la tradición jurídica nacional es, precisamente, el que acabamos de citar, incorporado en el Libro III, Capítulo IV, co-

mo juicio especial¹⁹. A diferencia de creaciones legislativas semejantes, que se conforman con la expresión de voluntad de las partes de atenerse, en un juicio monitorio pero existente, a la prueba recogida en la etapa instructoria, sin retacearles facultades de alegación sobre el bien probado, las enormes exigencias de este mal llamado “juicio”²⁰ colocan al imputado, sobre todo a quien soporta una prisión preventiva, a expensas de la voluntad de su contraparte. En suma, se trata de un trágico remedo del *plea bargaining* estadounidense, de cuya deformante influencia en el proceso penal de ese país no podemos ocuparnos aquí²¹.

Clausura las innovaciones impuestas al cuerpo de leyes procesales en materia penal, durante el periodo que nos corresponde examinar aquí, la derogación de los arts. 516 y 517, referidos a las condenas pecuniarias en la ejecución civil (Libro V, Título III, Capítulo I), en cuanto disponen la ejecución de tales condenas por parte del Ministerio Público²².

III. Completando este relato, mencionaremos las leyes especiales con disposiciones penales o de procedimiento penal, a excepción de aquellas a las que se ha hecho alusión al revisar el texto actualizado del Código Penal.

La Ley 24759²³, aprueba la Convención Interamericana contra la Corrupción, firmada en sesión plenaria de la OEA, en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996; la Ley n.º 24.767²⁴, unifica y sistematiza las cuestiones de extradición y cooperación internacional en materia penal de la República; la Ley 24.769²⁵ está referida a delitos tributarios y vinculados a los recursos de la Seguridad Social; la Ley n.º 24788²⁶ se consagra a la lucha contra el alcoholismo y prescribe sanciones de multa, decomiso y clausura para las infracciones a su articulado; la Ley n.º 24819²⁷ regula el “*antidoping*” en el deporte; la Ley 24.922²⁸, de régimen nacional de pesca, contiene fuertes multas, decomiso y demás sanciones para armadores de buques y otras personas físicas y jurídicas que infrinjan sus disposiciones; la n.º 24946²⁹ constituye la Ley Orgánica del Ministerio Público; la Ley n.º 25095³⁰, aprueba el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales suscrito en Potrero de los Funes, San Luis, Argentina, el 25- VI- 96, por los cuatro países integrantes del Mercosur; la Ley n.º 25.119³¹, de protección del patrimonio cinematográfico, sanciona con la pena del delito de daño intencional a quien destruyere copias de películas de largo o cortometraje; la Ley n.º 25156³², de defensa de la competencia, establece fuertes multas e inhabilitaciones para los autores de acuerdos o prácticas prohibidas por la misma que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la

competencia o el acceso al mercado, o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que resulte perjudicial para el interés económico general; la Ley 25.241³³, trata acerca de la reducción de penas a quienes colaboren en la investigación de hechos de terrorismo, y la Ley n.º 25.320³⁴ instaura un régimen común de inmunidades para legisladores, funcionarios y magistrados sujetos a desafuero, remoción o juicio político.

Notas

1. Ley 25188, publicada en BO del 1-XI-99. La anterior redacción se refería a los "instrumentos del delito" y a "los efectos provenientes del mismo".
2. En este caso, como en muchos de los que completan este informe, el legislador ha reintroducido, con variaciones, preceptos y sanciones plasmadas en su momento por los regímenes de facto de 1967-1973 y 1976-83, a través de dos instrumentos principales, las -llamadas- leyes 17567 -del año 1968- y 21338 -del año 1976- respectivamente, y en gran parte derogados por sendas normas de los sucesivos gobiernos constitucionales, mediante las Leyes 20509, del año 1973, y 23077, del año 1984.
3. Debido a la Ley 16648, del 26 de noviembre de ese año.
4. Ley 25297, publicado en el BO del 22-9-00.
5. V. nota 1. La modificación se hacía necesaria, habida cuenta de que las sucesivas derogaciones y reposiciones del texto original habían dejado en vigor la redacción de 1922, destacable por su laconismo.
6. El nuevo enunciado mantiene el párrafo introducido en 1984 por la Ley 23077, que suspende el curso de la prescripción para determinados delitos que configuran atentados contra el orden constitucional y la vida democrática (art. 226 y 227 ter), hasta el restablecimiento del orden constitucional.
7. Ambas debidas a la Ley 25189, B.O. del 28-10-99.
8. Por Ley 24286, BO del 2-XI-00).
9. Es la expresión utilizada en el art. 119, al que remiten el siguiente y el 124. Las tres disposiciones intermedias -121 a 123- fueron derogadas por la propia ley, en virtud de la inclusión de sus supuestos en el extenso y heterogéneo elenco contenido en el primer precepto.
10. Publicada en BO del 2-XI-00.
11. Ley 25189 (BO del 28-X-99).
12. Ley 25086, publicada en el BO del 14-V-99.
13. Ley 25188, publicada en el BO del 1-XI-99.
14. Ley 25246, publicada en el BO del 10-V-00.
15. Ley 25320, publicada en el BO del 13-IX-00.
16. Ley 25324, BO del 13-X-00.
17. Publicada en BO del 19-VI-97.
18. Baste decir que, en virtud de esa infausta combinación, a una instrucción dirigida por el titular del ejercicio de la acción penal sucedería una propuesta de acuerdo mocionada por el fiscal del juicio, la que debe contener, por mandato legal, una manifestación de conformidad del imputado y de su defensor respecto de la existencia del hecho, su participación en él y la calificación legal escogida por aquel funcionario. Huyendo de la figura inquisitiva del Juez de Instrucción como así, inopinadamente, en las redes de un Ministerio Público omnipotente. ¡Vaya progresol!
19. Ley 24825, publicada en el BO del 18-VI-97.

20. V. nota 16.

21. En nuestra labor judicial, aunque en voto disidente y con muy escasa repercusión en el foro local, hemos declarado inconstitucional ese procedimiento, por violar la máxima constitucional correspondiente al axioma condensado en el aforismo "nulla poena sine iudicio", y representar, en pocas palabras, un "apremio ilegal de baja densidad", como lo expresara calificada doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica.

22. Art. 76 de la Ley del Ministerio Público, n.º 24946, publicada en BO del 23-III-98).

23. Publicada en el BO del 17-4-97.

24. Publicada en el BO del 16-4-97, un día antes que la citada en último término, pero registrada con un número de orden posterior.

25. Publicada en el BO del 15-I-1997, pero registrada con un número posterior a las dos ya mencionadas.

26. Publicada en el BO del 3-IV-97.

27. Publicada en el BO del 26-V-97.

28. Publicada en el BO del 12-4-98.

29. Publicada en el BO del 23-III-98.

30. Publicada en el BO del 24-V-99.

31. Publicada en el BO del 24-IX-99.

32. Publicada en el BO del 20-IX-99.

33. Publicada en el BO del 17-III-00.

34. Publicada en el BO del 13-IX-00.

Brasil

Dr. Luiz Flavio Gomes

Diretor de www.direitocriminal.com.br

No ano 2000, o último do segundo milênio, foram debatidas e discutidas três (grandes) reformas penais, que acham-se em tramitação no Congresso Nacional: reforma do Código de Processo Penal, reforma do Código Penal e reforma da Lei de Execução Penal.

Interessa-nos neste momento a primeira, a reforma do CPP, que conta com múltiplos fatores favoráveis: (a) o Código de Processo Penal vigente é de 1941 (feito no tempo de um Brasil agrário; desatualizado para a era informacional da globalização); (b) é preciso adequá-lo à Constituição Federal de 1988, que contempla um rol enorme de direitos e garantias fundamentais; (c) urge que se introduza no CPP todo o vigor do modelo acusatório de processo (separação clara das funções de investigar, acusar, defender e julgar, processo concentrado, processo público etc.); (d) faz-se necessário que o processo penal, na atualidade, cumpra não uma só função (repressivo-preventiva), senão várias (também as funções reparatória e confiscatória); (e) impõe-se agilizar os procedimentos, etc.

Em termos processuais, a situação brasileira hoje é a seguinte: (a) as infrações de menor potencial ofensivo (todas as contravenções e dos de-

litos cuja pena máxima não excede a um ano) são conhecidas e julgadas pelos Juizados Especiais Criminais, segundo os parâmetros da justiça consensuada (*plea bargaining*, transação penal, etc.); (b) as infrações de médio potencial ofensivo (crimes cuja pena mínima não exceda a um ano) admitem a suspensão condicional do processo, no seu limiar (suspende-se o processo e o acusado, querendo, entra imediatamente em regime de prova); (c) as outras infrações (crimes de maior gravidade, crimes hediondos etc.) seguem o tradicional processo (o devido processo penal clássico), hoje regido pelo CPP de 1941.

A reforma do CPP, que foi presidida pela Prof.^a Ada PELLEGRINI GRINOVER, preocupou-se em redimensionar o devido processo penal. Em linhas gerais, no que se relaciona à investigação preliminar temos: (a) definição com clareza das funções da Polícia (ela preside o inquérito, a investigação), do Ministério Público (deve supervisionar e controlar a investigação), do investigado, da vítima e do Juiz (que é um terceiro, imparcial, com competência para decretar medidas cautelares) na fase de investigação; (b) simplificação e agilização da investigação (facultando-se o uso amplo de meios técnicos); (c) as provas policiais, em regra, não servem de fundamento para a sentença condenatória; (d) o arquivamento do inquérito, quando o caso, é feito pelo Ministério Público, com controle da vítima. Quanto à ação penal possibilita-se a ação penal privada por entidades de interesses coletivos.

Quanto aos procedimentos: (a) previsão de defesa preliminar em todos os casos (defesa antes do recebimento da denúncia); (b) possibilidade de absolvição sumária; (c) uma só audiência (onde serão produzidas as provas, feitos os debates e a sentença).

Função reparatória do processo penal: em toda sentença condenatória o juiz fixará um *quantum* em favor da vítima, que conta com a via civil para cobrar eventual diferença entre o que ela entende justo e o que o juiz fixou.

Quanto às provas: (a) um só perito oficial é suficiente para a realização das perícias; (b) possibilidade de assistente técnico e formulação de quesitos pelas partes; (c) sistema da *cross examination* para a prova testemunhal; (d) disciplina das provas ilícitas (que são as que contrariam texto constitucional); (e) disciplina das provas ilícitas derivadas.

A defesa, doravante, deve ser efetiva, isto é, fundamentada. Somente assim são cumpridos os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Quanto ao interrogatório: (a) o silêncio do acusado está assegurado e não pode ser interpretado em seu prejuízo nem significa confissão; (b) presença obrigatório de defensor; (c) possibilidade de

contraditório no interrogatório; (d) obrigatoriedade do Estado apresentar o réu preso para a audiência; (e) o interrogatório será dividido em duas partes: a primeira sobre o acusado e a segunda sobre os fatos.

Quanto à prisão e medidas cautelares: (a) o juiz, doravante, passa a contar com oito medidas cautelares (proibição de frequentar lugares, proibição de aproximar-se de pessoas, de sair do país, recolhimento domiciliar, fiança etc.), que cumprirão (segundo o princípio da proporcionalidade) uma dupla função: 1.^a) substitutivas da prisão; 2.^a) para evitar a decretação da prisão; (b) recupere-se a dignidade da fiança (todos os delitos, ressaltando-se as proibições constitucionais, passam a admiti-la; seus valores foram inteiramente reajustados); (c) separa-se a prisão do direito de apelar (garantindo-se, assim, sempre, o duplo grau de jurisdição no âmbito criminal).

Quanto ao procedimento nos crimes do júri: (a) o recebimento da denúncia já significa a pronúncia (e que o caso vai a julgamento pelos jurados); (b) eliminação do libelo; (c) concentração das provas em plenário (na presença dos jurados, que são os juízes da causa); (d) democratização da lista dos jurados; (e) simplificação dos quesitos, que se resumem a praticamente três: autoria, materialidade e “o acusado deve ser absolvido ou condenado” ?.

Quanto aos recursos: (a) são suprimidos o protesto por novo júri e a carta testemunhável; (b) contra as sentenças cabe apelação, contras as decisões interlocutórias cabe agravo e contra os despachos não há recurso; (c) o agravo, em regra, é retido; excepcionalmente é de instrumento; (d) a fuga não implica deserção da apelação; (e) os embargos infringentes desaparecem e cria-se um recurso automático: sempre que o julgamento nos tribunais não for unânime, automaticamente entrará em pauta para novo julgamento, por um órgão ampliado.

Com bem vem realçando a Prof.^a Ada P. GRINOVER (cf. www.direitocriminal.com.br / Reforma do CPP), todas as propostas contidas na reforma processual penal brasileira têm a preocupação de conciliar os dois valores fundamentais do moderno processo penal que são o *garantismo* e a *efetividade*: aquele “visto tanto no prisma subjetivo dos direitos das partes, e sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo da tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional”; esta “na visão instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, que são o de atuação da vontade concreta da lei penal, de pacificação com justiça e de abertura à participação, dentro do processo e pelo processo”.

Chile

Felipe Caballero Brun
Universidad de Chile

No es fácil esquematizar didácticamente la legislación producida en el período referido. Ello por cuanto, en general, ha existido una muy mala práctica de técnica legislativa que tiende a incluir normas penales en aquellas leyes que no poseen dicho carácter (leyes de familia, comerciales, económicas, etc.). De este modo se va produciendo una dispersión legislativa que afecta el conocimiento potencial que al ciudadano se le puede exigir respecto de la norma y también la incoherencia de los procesos de reforma con el resto del sistema subsistente; toda vez que al ser generalmente parciales – e incluso en algunas ocasiones puntuales – no son capaces de satisfacer mínimamente los requerimientos para los cuales fueron pensados.

1. Lo Penal Adjetivo

Sin perjuicio de lo anterior, debemos reconocer que en el proceso de Reforma Procesal Penal que se está desarrollando en Chile, donde se introduce un sistema acusatorio, oral y público, no se obró del modo descrito. Ello por cuanto se apuntó hacia la consolidación paulatina y gradual de un cambio sistémico integral, que recién lo hemos comenzado a vivir a partir del 16 de diciembre de 2000 en las regiones cuarta y novena del país.

Claramente la Reforma Procesal Penal a que aludimos es la reforma jurídica e institucional más importante de los últimos cien años en nuestro país. Ello se desprende a partir de la transformación cualitativa y también cuantitativa de los instrumentos mediante los cuales el sistema penal va a funcionar en la praxis. Nótese que hasta antes de la fecha indicada nosotros contábamos (y seguiremos contando por un buen tiempo dada la coexistencia que se producirá de ambos sistemas) con un sistema procesal penal netamente inquisitivo propio del Estado Absoluto, donde el órgano que investigaba (Poder Judicial) era el mismo que acusaba y sentenciaba.

No es difícil imaginar que en un esquema como el descrito el tema de las garantías del justiciable no era relevante, y por lo mismo el más olvidado y postergado. De ahí entonces que el nuevo sistema Procesal Penal, al separar la función indagatoria de la sentenciadora e incorporar un control jurisdiccional sobre la primera, necesariamente implique un avance sustancial en materia de respeto a los derechos humanos y por ende a las garantías ciudadanas.

Con la introducción del Ministerio Público que está concebido como un órgano técnico– profesio-

nal, especializado e independiente que asume la dirección de las investigaciones penales y el ejercicio de la acción penales pública en juicio, de alguna manera lo que se hace es volver al ideal iluminista de la separación de poderes. La investigación se administrativiza cuando queda radicada en el Ministerio Público. Ya no es un asunto jurisdiccional, sin perjuicio de que durante el desarrollo de ella puedan surgir problemas de relevancia jurisdiccional. Así en el Nuevo Sistema Procesal Penal el control de la investigación que realiza el Ministerio Público queda a cargo del Juez de Garantía (miembro del Poder Judicial). Todas aquellas diligencias o actuaciones a desarrollar por el Ministerio Público durante el curso de su investigación que impliquen restricción o privación de libertades o garantías deben ser autorizadas por el Juez de Garantías. De este modo el control respecto de lo que hace el Ministerio Público queda radicado en sede jurisdiccional.

También es importante destacar dentro de esta Reforma el reconocimiento explícito de la incapacidad del sistema penal para perseguir todos los hechos delictivos que se producen dentro del cuerpo social. Así se ha establecido, aunque sólo para delitos menores (aquellos cuya pena no supera los 540 días de privación de libertad) el principio de oportunidad en la persecución penal. Por otra parte se han incorporado salidas alternativas al juicio oral como lo son los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento. Se trata de plantear alternativas frente a la necesaria eficacia que ha de tener todo sistema de persecución penal.

2. Lo Penal Sustantivo

En el ámbito de las reformas penales sustantivas es donde con mayor fuerza se ha producido el fenómeno que describíamos al comienzo. Ello por cuanto se han generado algunas reformas puntuales a grupos de delitos de la parte especial del Código Penal que dado lo anacrónica de nuestra codificación (1875) presentaban serios problemas que ya se hacían imposible de solucionar por la vía doctrinaria o jurisprudencial.

En este sentido son de destacar básicamente dos reformas: la primera relativa a los delitos contra la libertad sexual y la segunda con relación a los delitos de los funcionarios públicos.

Sin duda que la primera de las reformas enunciadas (ley n.º 19.617, publicada en el Diario Oficial del 12 de julio de 1999) es la que tiene una mayor organicidad y relevancia, ya que prácticamente introdujo toda una nueva regulación al interior del Título VII del Libro II del Código Penal.

Aunque no se cambió el nombre del Título que aludimos ("Crímenes y Simples Delitos contra el Orden de las Familias y contra la Moralidad Pública") es claro que la nueva regulación se inspira –y también así se objetiviza en la tipificación correspondiente– en el reconocimiento de la autodeterminación sexual (e indemnidad sexual en algunos supuestos) como el bien jurídico que subyace a la protección penal.

De este modo la tipificación del delito de violación (art. 361 del CP) ha sido reformulada ampliando los casos en que ésta se da. Antes se entendía que sólo era violación la penetración del pene por vía vaginal y cualquier otra forma de penetración había que reconducirla al tipo abierto, residual y omnicompreensivo de abusos deshonestos. Ahora la violación puede verificarse a partir de una penetración vaginal, anal o bucal siempre y cuando vaya acompañada de fuerza o intimidación o cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia o cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de ella. Además ahora tanto sujeto activo como pasivo pueden ser personas de sexo femenino o masculino, lo que importa una clara extensión de aquellos casos de violación que antes no podían quedar comprendidos por el tipo, ya que éste sólo admitía como sujeto activo al varón y pasivo a una mujer. Esta amplitud en el contenido de los sujetos surge a partir de entender que la libertad o autodeterminación sexual es lo que en definitiva se protege indistintamente del sexo de quien surja la afección.

Otros aspectos que destacan de esta nueva regulación son la supresión de las distintas formas del delito de raptó, la exclusión la relación parental por afinidad en el delito de incesto (ahora sólo es posible entre ascendientes o descendientes por consanguinidad o entre hermanos consanguíneos) y la definición legal (art. 366 ter del CP) de lo que ha de entenderse por acción sexual para los efectos de delimitar el contenido de los abusos sexuales (arts. 366 y 366 bis).

En cuanto a la segunda de las reformas antes señaladas y que tiene relación con los delitos de los funcionarios públicos, debe reconocerse que no posee la característica de ser una reforma integral a dicha rama del Código. Tan sólo se trató de adecuar algunos tipos a las nuevas formas que se iban presentando dentro del fenómeno de la corrupción administrativa y que dada la antigüedad de nuestro Código no quedaban comprendidas.

Así respecto del delito de negociación incompatible (art. 240 del CP) se amplió el universo de destinatarios (parientes, asociados, empresas relacionadas, etc.) a los cuales el funcionario público

podía entregar interés en una operación que le tocara intervenir en razón de su cargo.

También se tipificó un nuevo comportamiento (art. 240 bis) consistente en el ejercicio de influencias por parte del funcionario público para obtener decisiones favorables a sus intereses.

Se tipificó de forma más completa la exacción ilegal (241 del CP) abarcando los casos en que el funcionario público recibe beneficios económicos directos o por interpósita persona y no sólo cuando éste exige mayores derechos sino que también cuando exige los mismos sin que ellos procedan.

Con el objeto de llenar de vacíos de punibilidad se tipificó la revelación indebida y anticipada de información no sujeta a secreto (art. 246, inc. 3.º del CP), la utilización de información secreta o reservada por beneficio económico (art. 247 bis del CP) y también se reestructuró toda la técnica legislativa con que estaba tipificado el cohecho (arts. 248, 248 bis, 249, 250, 250 bis y 251), quedando un sistema que dado su complejidad no es posible explicar dado el formato de este informe.

De todos modos es rescatable dentro de esta reforma la supresión de los delitos denominados de anticipación y prolongación indebida de funciones (arts. 216, 217, 218, y 219 del CP), toda vez que los mismos, en rigor, sólo constituían meras infracciones administrativas que nunca debieron haber ingresado al Código Penal. Dentro de este orden de ideas también aparece de interés que el delito de nombramientos ilegales (art. 220 del CP) haya sido acotado sólo a los casos en que se designa en un cargo público a persona que se encuentra afectada a inhabilidad legal que le impide ejercerlo; restringiéndose de este modo la verificación de la antigua hipótesis que sólo exigía que el nombramiento recayera en persona que no reunía los requisitos legales para el cargo.

Colombia

Álvaro Orlando Pérez Pinzón
Magistrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia

Cuantitativamente, Colombia es un país bastante rico en proyectos, comisiones, debates y legislación. Un ejemplo lo constituye la relación que aquí se presenta. Basta tener en cuenta que dentro de la normatividad más importante en materia penal se pueden contar 8 disposiciones en 1997, 7 en 1998, 9 en 1999 y 14 en el 2000. De lo anterior resulta que ante el alto número de leyes básicas expedidas en ese lapso –38– aun no es tiempo para

hacer un balance o valoración seria de sus resultados. No obstante, la reseña que se indica a continuación puede generar una idea al menos sobre cuáles son los frentes u objetivos que más interesan a nuestro legislador. Veamos.

Legislación en 1997

1. Ley 360, por medio de la cual se aumentan considerablemente las penas establecidas en el Código Penal (Decreto 100 de 1980) para los delitos sexuales, se incluye lo referente al VIH/SIDA y, genéricamente, se reducen las posibilidades de libertad provisional.

2. Decreto 545, por el cual se corrige un error aparecido en la anterior ley, en cuanto no se castiga la pornografía por material fotográfico sino pornográfico.

3. Ley 365, que adopta nuevas medidas para combatir la delincuencia organizada: aumento de penas, tipificación del lavado de activos, extinción de dominio y medidas preventivas.

4. Decreto 1269, que promulga la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional, suscrita en Washington el 2 de febrero de 1971.

5. Decreto 1892, que crea una comisión encargada de revisar el sistema penal, con la tarea de preparar un texto único de proyectos de Código Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario.

6. Decreto 2545, que adopta el formato único nacional de prontuario y cartilla biográfica.

7. Ley 415, que consagra normas sobre alternabilidad penal, descongestión carcelaria y, especialmente, en materia de libertad condicional.

8. Decreto 3000, que muy parcialmente reglamenta la anterior.

Legislación en 1998

1. Ley 451, aprobatoria del Convenio de cooperación judicial en materia penal entre España y Colombia (Bogotá, 29 de mayo de 1997).

2. Ley 452, que aprueba el Acuerdo de cooperación judicial en materia penal, entre Paraguay y Colombia (Bogotá, 31 de julio de 1997).

3. Ley 453, aprobatoria del Convenio de asistencia judicial mutua en materia penal entre Francia y Colombia (París, 21 de marzo de 1997).

4. Ley 462, que aprueba el Acuerdo de mutua asistencia en materia penal entre Colombia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Londres, 11 de febrero de 1997).

5. Decreto 1964, que reglamenta parcialmente el Estatuto anticorrupción (Ley 190 de 1995) e intensifica la prevención y represión del lavado de capitales.

6. Decreto 1961, que crea una comisión para evaluar, estudiar y analizar los efectos de la normatividad relacionada con la extinción del dominio.

7. Ley 479, que aprueba el Convenio de asistencia judicial en materia penal, celebrado entre Perú y Colombia (12 de julio de 1994).

Legislación en 1999

1. Ley 491, que reformó el Código Penal para aumentar penas en materia de incendio, daños en obras de defensa común, provocación de inundación o derrumbe, tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos. También creó dentro del Código Penal un nuevo título en la parte especial (VII bis), con el nombre de "Delitos contra los recursos naturales y el ambiente" y revisó la definición de algunas conductas. Igualmente, plasmó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aun cuando bien pronto la Corte Constitucional señaló la inconstitucionalidad de esto último.

2. Ley 492, que aprueba el Acuerdo de asistencia judicial en materia penal entre Colombia y Argentina (Buenos Aires, 3 de abril de 1997).

3. Decreto 623, que aclara que a pesar de un error aritmético en la numeración de los artículos en la ley 491 del mismo año, el legislador no ha derogado el artículo 9.º de la Ley 365 de 1997, que define el delito de lavado de activos.

4. Ley 519, que adopta el Convenio de cooperación y asistencia mutua en materia penal, celebrado entre Colombia y Ecuador (Bogotá, 18 de diciembre de 1996).

5. Ley 517, aprobatoria del Acuerdo de cooperación para la prevención, control y represión del lavado de activos, celebrado entre Colombia y Paraguay (Bogotá, 31 de julio de 1997).

6. Ley 512, aprobatoria del Acuerdo de cooperación judicial y asistencia mutua en materia penal entre Colombia y Brasil (Cartagena, 7 de noviembre de 1997).

7. Ley 522, que expide el nuevo Código Penal Militar.

8. Ley 526, que refuerza la detección del lavado de activos, con Énfasis en las actividades que debe desplegar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

9. Acuerdo 660 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que reglamenta la práctica de pruebas en la audiencia pública.

Legislación en el año 2000

1. Ley 553, que modificó bastante el recurso extraordinario de casación: terminación del proceso con la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia; posibilidad de "respuesta inmediata" con base en los precedentes; aceptación del desistimiento hasta antes del fallo de casación; aumento de la cantidad punitiva para acceder a la casación discrecional, etc. La Corte Constitucional declaró la inexecutable de lo más importante de la ley.

2. Ley 567, que aprueba el Acuerdo de cooperación y asistencia judicial en materia penal entre Venezuela y Colombia (Caracas, 20 de febrero de 1999).

3. Ley 568, aprobatoria del Convenio de cooperación judicial en materia penal entre Colombia y Uruguay (Bogotá, 17 de febrero de 1998).

4. Ley 569, que aprueba el Acuerdo de cooperación en materia de asistencia jurídica entre Colombia y México (México, 7 de diciembre de 1998).

5. Ley 575, que reforma parcialmente la Ley 294 de 1996, en materia de violencia intrafamiliar.

6. Decreto 765, que hace una corrección en la ley 553 del mismo año: el artículo 226 A incorporado se refiere al Código de Procedimiento Penal y no al Código Penal.

7. Decreto 1092, que promulga el Convenio de asistencia judicial mutua en materia penal celebrado entre Colombia y Francia (París, 21 de marzo de 1997).

8. Ley 589, que tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura.

9. Ley 593, aprobatorio del Convenio entre Colombia y Cuba sobre asistencia mutua en materia penal (La Habana, 13 de marzo de 1998).

10. Ley 599, por la cual se expide el nuevo Código Penal.

11. Ley 600, por la cual se expide el nuevo Código de Procedimiento Penal.

12. Ley 630, aprobatoria del Acuerdo sobre asistencia mutua en materia penal, celebrado entre República Dominicana y Colombia (Santo Domingo, 27 de junio de 1998).

13. Ley 636, que aprueba la Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal (Nassau -Bahamas-, 23 de mayo de 1992) y el protocolo facultativo relativo a la anterior (Managua -Nicaragua-, 11 de junio de 1993).

14. Decreto 2560, que promulga la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México, 18 de marzo de 1994).

Quizás una breve y sucinta reseña del nuevo Código Penal puede orientar mejor el camino que sigue y las finalidades que Colombia tiene en materia penal. Veámosla.

Por iniciativa de la Fiscalía General de la Nación, fue elaborado y sometido a consideración de las Cámaras Legislativas un nuevo Proyecto de Código Penal, que culminó con la expedición de la Ley 599 del 24 de julio del año 2000, promulgada en el Diario Oficial 44097 de la misma fecha, y que comienza a regir el 25 de julio del año 2001.

Las principales características del nuevo Estatuto son las siguientes:

1. Afiliación al *Funcionalismo* o *Teleologismo*. Si bien en la inicial exposición de motivos se afirma que no se halla matriculado en ninguna corriente específica -en verdad posee connotaciones por ejemplo causalistas y finalistas-, no hay duda en cuanto preferentemente sigue de cerca la corriente indicada sobre todo si, aparte del contenido de sus normas, se tienen en cuenta los estudios que transitaron por el Senado de la República y la Cámara de Representantes, de los cuales se extrae la simpatía hacia la "dogmática penetrada por la política criminal", por la "dogmática orientada a las consecuencias", por la preeminencia de la "prevención" y por algunos tratadistas que, de una u otra manera, son funcionalistas, como ROXIN, JESCHECK, HASSEMER y MUÑOZ CONDE. Esto emana, por ejemplo, de las ponencias para 1.º y 2.º debates tanto en el Senado como en la Cámara.

2. Consecuencia de lo anterior, acomodación dentro del denominado "Derecho Penal Moderno" -por oposición al tradicional o clásico-, es decir, aquel que amplifica considerablemente su alcance y que da mucha más trascendencia a la parte especial del Código que a la general; al peligro abstracto o presunto frente al peligro concreto y a la lesión; a las normas en blanco, en contra de las cerradas y plenamente determinadas; a una lejana relación de causalidad, en vez de a una específica; al riesgo más que al daño; y al eficientismo, mirado como el despliegue proteccionista preferiblemente dirigido a una mayor defensa de los bienes jurídicos generales o universales, respecto de los intereses individuales.

3. Inclusión de un Título con el nombre de "Normas Rectoras de la ley penal colombiana", que recoge algunos axiomas constitucionales y generales del derecho y crea otros con tal rango: dignidad, integración, principios que rigen la imposición de sanciones, funciones de la pena y de la medida de seguridad, legalidad, favorabilidad, proscripción de la analogía contra reo, igualdad, prohibición de doble incriminación, conducta punible, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y función y prevalencia de las normas rectoras (artículos 1 a 13).

4. Definición del hecho punible del imputable como conducta típica, antijurídica y culpable, adicionada con la advertencia de que la causalidad,

por sí sola, no basta para la imputación jurídica del resultado (artículo 9.1), así como del hecho punible del inimputable, como conducta solamente típica y antijurídica, exenta de causales de no responsabilidad (artículo 9.2).

5. División de los hechos punibles en delitos y contravenciones (artículo 19).

6. Mantenimiento y definición de las formas tradicionales de culpabilidad –dolo, culpa y preterintención–, con el nombre de “Modalidades de la conducta punible” (artículos 21 a 24).

7. Declaración expresa de que la culpa y la preterintención sólo son punibles en aquellas hipótesis taxativamente previstas por el legislador, es decir, criterio cerrado en la admisión de las mismas (artículo 21).

8. Asunción de las dos clases de conducta casi siempre mencionadas: acción y omisión (artículo 25).

9. Definición y determinación de las “Posiciones de garantía”, sobre la base de la “Teoría del riesgo”, tratándose de delitos contra la vida e integridad personal, la libertad individual y la libertad y formación sexuales (artículo 25.2).

10. Ubicación dentro del mismo rubro de todas las causales que niegan el delito, con el nombre de “ausencia de responsabilidad”. No hace distinciones entre aquellas que, con la tradición, justifican la antijuridicidad y excluyen la culpabilidad (artículo 32).

11. División de los destinatarios de la ley penal en imputables e inimputables, según que tengan o no capacidad para comprender la ilicitud y para autodeterminarse (artículo 33).

12. Previsión de tres clases de penas: principales –prisión y multa–, sustitutivas –prisión domiciliaria, de la prisión; y arresto de fin de semana, de la multa– y accesorias privativas de otros derechos –por ejemplo, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, pérdida del empleo o cargo público, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y expulsión de extranjeros del territorio nacional– (artículos 34 a 53).

13. Compilación en un solo texto de la legislación complementaria, sobre todo la relacionada con la definición de delitos, que se hallaba dispersa en estatutos particulares, y tipificación de algunos comportamientos que tradicionalmente no tenían la categoría de delitos, como el genocidio (artículos 101/2), la omisión de socorro (artículo 131), la manipulación genética (artículo 132), la desaparición forzada (artículo 165), la mendicidad y el tráfico de menores (artículo 231) y la adopción irregular (artículo 232).

Formalmente, el Código consta de 476 artículos y es secular en cuanto se divide en libros y básicamente cada uno de estos en Títulos y capítulos.

El *Libro Primero*, dedicado a la *Parte General*, ocupa los artículos 1 a 100 y se distribuye en cuatro Títulos, con sus capítulos, así:

1. Título I, con un Capítulo, “Normas Rectoras de la ley penal colombiana” (artículos 1 a 13).

2. Título II, un Capítulo, “Aplicación de la ley penal en el espacio”: territorialidad, territorialidad por extensión, extraterritorialidad, cosa juzgada de la sentencia extranjera y extradición (artículos 14 a 18).

3. Título III, un Capítulo, “Conducta punible”: clases de hechos punibles, definición de servidor público, modalidades (dolo, culpa y preterintención), formas (acción y omisión), tiempo del hecho punible, tentativa, participación, concurso de delitos, ausencia de responsabilidad e inimputabilidad (artículos 19 a 33).

4. Título IV, seis Capítulos: I. Clases de penas. II. Criterios y reglas para la determinación de la punibilidad. III. Mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad. IV. Medidas de seguridad. V. Extinción de la acción y de la sanción penales. Y VI. Responsabilidad civil derivada del hecho punible (artículos 34 a 100).

El *Libro Segundo, Parte Especial*, se extiende desde el artículo 101 hasta el 476. Consta de 19 Títulos pero en estricto sentido el último (artículos 474/5/6) se dedica a la derogatoria y a la vigencia del Estatuto. Define las conductas punibles que corresponden a cada Título y cada uno de éstos protege un bien jurídico, así:

Título I. Vida e la integridad personal (artículos 101 a 134); Título II. Derecho Penal Humanitario (artículos 135 a 164); Título III. Libertad individual (artículos 165 a 204); Título IV. Libertad, integridad y formación sexuales (artículos 205 a 219); Título V. Integridad moral (artículos 220 a 228); Título VI. Familia (artículos 229 a 238); Título VII. Patrimonio económico privado (artículos 239 a 269); Título VIII. Derechos de autor (artículos 270 a 272); Título IX. Fe pública (artículos 273 a 296); Título X. Orden económico social (artículos 297 a 327); Título XI. Recursos naturales y medio ambiente (artículos 328 a 339); Título XII. Seguridad pública (artículos 340 a 367); Título XIII. Salud pública (artículos 368 a 396); Título XIV. Mecanismos de participación democrática (artículos 386 a 396); Título XV. Administración pública (artículos 397 a 434); Título XVI. Eficaz y recta impartición de justicia (artículos 435 a 454); Título XVII. Existencia y seguridad del Estado (artículos 455 a 466), y Título XVIII. Régimen constitucional y legal (artículos 467 a 473).

Como emana de la relación anterior, bien puede decirse que el legislador colombiano en los últimos años se ha orientado por la búsqueda de protección de intereses generales, universales o colectivos, por

la lucha contra la criminalidad organizada y por el acercamiento a los mecanismos internacionales, por ejemplo la celebración de grandes pactos y de acuerdos en materia de ayuda o colaboración mutuas. Con otra palabras, ha penetrado –o ha recibido– el mundo de la “globalización”, con lo cual se dirige hacia el denominado “Derecho Penal Moderno”. Y si bien el nuevo Código Penal pertenecería al llamado “Derecho Penal de Transición”, no hay duda de que también sigue la ruta del funcionalismo, vale decir, del eficientismo, más o menos propio de las sociedades actuales.

Un balance o valoración juicioso, como decíamos, sería prematuro, dada la poca vida de la legislación citada. Se impone, así, esperar.

Costa Rica

Roberto Madrigal Zamora
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

Código Procesal Penal. aunque su aprobación legislativa data del año 1996 entró en vigencia en enero de 1998. Como ya lo hemos reseñado significa un abandono del proceso mixto en vigencia desde inicios de la década del setenta en el cual la fase de investigación era definitivamente escrita y presidida por la figura del juez instructor, dando paso a una segunda etapa plenaria o de debate de naturaleza oral.

El nuevo código entrega la etapa de investigación al fiscal, el cual debe desarrollarla de manera informal encontrándose sometido al Juez Penal de la Etapa Preparatoria quien vigila la vigencia de los derechos individuales, debiendo autorizar aquellos actos que impliquen una violación a las garantías fundamentales como los allanamientos y decide sobre la aplicación de medidas cautelares. Esta etapa de investigación finaliza con la solicitud de apertura a juicio o sobreseimiento realizadas por el fiscal con lo que se da paso a la Etapa Intermedia en la cual el Juez Penal –ahora de la etapa intermedia– determina sobre las solicitudes del fiscal escuchando en una audiencia oral a todos los sujetos del proceso. Finalmente se da paso a la etapa de debate.

Aparte de lo anterior este código incorpora una serie de mecanismos que permiten la terminación del proceso sin la realización del juicio. Se cuentan

entre éstos la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño que con algunas variaciones suponen un convenio entre imputado y denunciante (víctima, ofendido) mediante el cual el primero realiza alguna labor de reparación o indemnización del daño causado sin que se registre una condenatoria en su contra. Igualmente estipula el llamado “proceso abreviado” que supone la renuncia del acusado al debate aceptando la acusación y obteniendo mediante una negociación con el fiscal una reducción de la posible pena a imponer. Finalmente instaura el “Principio de Oportunidad Reglado” según el cual el fiscal puede prescindir de la persecución penal en contra del sindicado en los supuestos de: a) pena natural (cuando producto de la acción ilícita el propio imputado ha sufrido un daño físico o moral); b) colaboración del acusado (en casos de delincuencia organizada procurando la captura y procesamiento de personas mayormente involucradas); c) casos de bagatela o de ínfima importancia, y d) cuando por las penas ya impuestas al acusado la nueva persecución carece de consecuencias prácticas.

No podemos olvidar mencionar que se otorga un mayor protagonismo a la víctima no sólo como ya lo vimos al posibilitar la negociación entre ésta y el imputado sino también posibilitando con mayor amplitud su participación procesal como por ejemplo mediante la figura del querellante en delitos de acción pública que puede coadyuvar en la persecución penal o incluso sustituir al fiscal.

2. Reformas en la legislación penal sustantiva

Ley de Psicotrópicos: la más reciente Ley de Psicotrópicos (n.º 7786) data del mes de abril de 1998, sustituyendo la anterior que había sido sancionada en abril de 1991. Esta nueva normativa disminuye las penas a imponer tratándose del tráfico de drogas a nivel interno pero desaparece la posibilidad de disminuir hasta la mitad la pena mínima cuando se trate de la venta directa a consumidores. En lo que se refiere al Tráfico Internacional de Drogas las penas siguen siendo de ocho a veinte años de prisión.

Además se incluye una nueva y detallada tipificación de figuras relacionadas con el favorecimiento real o personal, con la obstaculización del esclarecimiento de estos delitos y se detalla la figura denominada “Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico”.

Otros dos aspectos dignos de destacar de la ley 7786 lo son la regulación que se establece sobre “entregas vigiladas”, figura que hace referencia al hecho de dejar atravesar, circular o salir del país las sustancias prohibidas con la finalidad de identificar a



las personas involucradas en el tráfico ilícito de estupefacientes; y el otro aspecto lo constituye el trato preferencial que el fiscal puede ofrecer al "arrepentido", entendido como aquel acusado que proporcione espontáneamente información que contribuya esencialmente al esclarecimiento de delitos realizados por narcotráfico. Dicho trato preferencial consiste en la solicitud del perdón judicial o de la reducción hasta de la mitad de las penas establecidas en la ley o la concesión de la condena de ejecución condicional en los casos que fuere procedente (condenas de hasta tres años de prisión como máximo).

En síntesis esta ley procura enfatizar la persecución a nivel internacional como se destaca con la aplicación de penas más severas para este tipo de tráfico, la implementación del instituto de la entrega vigilada y el señalamiento en los artículos 7 y 8 de regulaciones referidas a la cooperación con autoridades extranjeras. (En este mismo orden de ideas la puesta en práctica de esta legislación se ha visto reforzada con la firma del "Acuerdo entre el gobierno de la República de Costa Rica y el gobierno de la República de los Estados Unidos de América para suprimir el tráfico ilícito", cuya aprobación se encuentra dispuesta mediante Ley n.º 7929 de setiembre de 1999, acuerdo que contiene una serie de disposiciones en materia de colaboración policial entre las autoridades de estos dos países para el patrullaje aéreo y marítimo.)

Ley General sobre el VIH- SIDA: Promulgada en abril del año noventa y ocho esta normativa que se inscribe dentro de la óptica de la tutela de los derechos civiles de grupos minoritarios o discriminados, contiene una serie de tipos penales destinados a sancionar las conductas dolosas o culposas de trabajadores de la salud que utilicen productos o artículos infectados por el VIH, que se refieran pública o privadamente a la situación de infectado de algún paciente o que se nieguen a brindar atención a una persona infectada por el virus del SIDA. Las penas contempladas para estos casos pueden llegar hasta los veinte años de prisión en los casos dolosos y hasta los diez años en los culposos si se produce el contagio o infección de alguna persona.

Igualmente contempla la reforma del artículo 265 del Código Penal que tipifica la propagación de enfermedades infectocontagiosas imponiendo una pena de hasta diecisiete años de prisión.

Reformas a las secciones I y II del Título III del Código Penal (Delitos sexuales): estas nuevas reformas mantienen las elevadas penas de prisión incorporadas por las modificaciones sufridas por el código en esta materia en el año 1994, las cuales llegan hasta los dieciocho años de prisión en los casos de violaciones calificadas o agravadas, dieciséis para la violación simple, ocho años para la corrupción simple y diez tanto para la corrup-

ción como para el proxenetismo en sus formas agravadas. Se incluyen dos nuevas figuras relativas a la fabricación o difusión de pornografía, castigándose con prisión uno a cuatro años.

Las novedades de estas modificaciones se encuentran en lo siguiente. Por una parte incluyen la posibilidad de que una mujer sea agente activo del delito de violación sancionándose ya no sólo a quien penetre sino también a quien se haga penetrar cuando la víctima sea menor de doce años, se encuentra incapacitada para resistir o se utilice la violencia o intimidación; en el mismo orden de ideas se tipifica ya no solamente el acceso carnal sino además la introducción por vía anal o vaginal de dedos u objetos.

Por otra parte desaparecen de la legislación conceptos jurídicos indeterminados como "mujer honesta" y se da una nueva dimensión a criterios etarios establecidos sobre la base de una edad fija; para explicar lo anterior debemos decir que originalmente el Código Penal estipulaba el delito de incesto sobre la base de que el consenso de un menor de quince años no tenía validez legal. Con la nueva legislación se mantiene tal criterio pero a partir de la valoración de que ha habido un aprovechamiento de la edad de la víctima o de la diferencia de edades entre ésta y el autor del hecho.

Asimismo las figuras de abusos deshonestos son descritas ahora con mayor detalle y precisión estableciéndose nuevas franjas etarias (víctimas menores de doce años, de entre doce y quince, mayores de quince pero menores de dieciocho), determinándose mayores agravaciones en las penas según las mismas y se introduce la figura de las relaciones remuneradas con personas menores de edad.

Justamente para el caso de los abusos sexuales contra personas mayores de edad, menores de edad e incapaces (artículos 161 y 162), se presentó en estrados judiciales una discusión a partir del hecho de que se establecían penas de entre cuatro a diez años pero sin estipular expresamente que se trataban de penas de prisión. Los reclamos en este sentido fueron declarados con lugar mediante una acción de inconstitucionalidad resuelta por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Aspecto criminológico

Durante los últimos dos o tres años la sociedad costarricense se ha visto envuelta en una discusión sobre el aumento de la violencia delictiva; es de lamentar que aun cuando ciertamente existe un referente real de comportamientos violentos y agresivos (sobre todo en el ámbito doméstico y de las relaciones entre pareja y den-

tro del núcleo familiar) una parte importante de las discusiones de política criminal del Estado han tenido como fundamento las informaciones de los periodistas.

Es así que los medios de transmisión masiva de la información han construido una agenda pública en la que el tema de la Seguridad Ciudadana ocupa un lugar preponderante; en el tratamiento y enfoque de dicho tópico, estas agencias del control social se han empeñado en desatar 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 poner 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.

Este discurso ha encontrado un fuerte apoyo entre la clase política del país, específicamente en aquellos sectores vinculados al Poder Ejecutivo cuyos máximos jefes (Presidente de la República, Ministro de Seguridad), un día y otro también, en forma abierta cuestionan a los jueces, hablan de la necesidad de aplicar mano dura en la ejecución de la ley y han levantado la bandera de aquellos sectores que, como los feministas, han optado por el Derecho Penal en procura de la satisfacción de sus aspiraciones de igualdad, justicia y tranquilidad.

Dentro de este contexto socio-político actualmente la Asamblea Legislativa discute aproximadamente diecisiete proyectos de ley relacionados con reformas a la legislación penal, dentro de los que destacan:

- La ampliación de las intervenciones telefónicas, registro y secuestro de correspondencia, documentos y comunicaciones para casos de homicidios y delitos de agresión sexual;
- El establecimiento de penas de prisión para conductas ilícitas menores hasta ahora tipificadas a manera de faltas y contravenciones;
- La promulgación de una ley de sanción a la violencia contra mujeres mayores de edad en la cual se tipifican figuras contra la vida, la integri-

dad física, la estabilidad emocional y la propiedad cuando en los mismos figura como víctima una mujer.

Ecuador

Dr. Efraín Torres Chaves

Ex Presidente de la Academia de Abogados de Quito y Presidente Fundador de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales

La novedad principal del nuevo Código, es la "oralidad", principio que obliga a una pequeñísima digresión histórica, filosófica y psicológica.

El Profesor Antonio A. MARTINO, *Jurisconsulto* correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Argentina, dice en su estudio *La Política y el Derecho*, lo siguiente:

"La oralidad forjó la primera parte de nuestra historia pero sigue y está presente aún en poblaciones numéricamente significantes. Probablemente toda África se puede considerar un continente de cultura oral. El último griego culto de la oralidad, Sócrates, nos previene contra la escritura."

La oralidad condiciona notablemente la cultura y hay que recordar que la memoria es el mejor recurso. De allí que se deba ayudar con trucos mnemotécnicos el mejor de los cuales es el ritmo. De allí la sacralidad de lo que se expresa y su repetición con metrónomo: rezos, el catecismo coral, las tablas de multiplicar, fueron una parte importante de la cultura judía. "Verbo", dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (del latín *verbum*) es Segunda Persona de la Santísima Trinidad, luego el "verbo" es Dios.

En algunas Órdenes Inicialísticas tienen a la "palabra", como signo, símbolo, eje y base de leyendas fundamentales de sus creencias para significar que el "verbo", la "palabra", es el "conocimiento".

La Biblia narra que el Señor habló a Abraham y oyó decirle que "todas las naciones de la Tierra te pertenecerán" y a Moisés para dictarle los Mandamientos. Dios, luego castigó a la humanidad, confundiendo en la Torre de Babel, en donde antes todos "hablaban" el mismo "lenguaje".

Después hay el gran ejemplo de verdadera justicia directa, personal, cara a cara, como es la de Salomón, quien no tuvo secretario, ni amanuense, ni escrito alguno, en que consten los actos de juzgamiento y su sentencia sobre el niño y la madre verdadera. Era la "inmediatez" que se propugna ahora con el sistema oral, porque el juez anterior no conocía al acusador, ni al acusado, ni a los testigos, quienes ~~hablaban~~ escribían, grababan y computari-

zaban en sus máquinas a cargo del amanuense, todo lo que a ellos se les relataba.

No solamente, pues, se trata de “reformas” en este País, sino de la adopción de un nuevo sistema de procedimiento penal que entró ya, parcialmente en vigencia el 1.º de enero del 2000 en sus primeros catorce artículos con excepción de uno, el ocho, es decir, todos los que se refieren a los principios de juicio previo, legalidad, juez natural, presunción de inocencia, único proceso, celeridad, extradición, notificaciones, impulso oficial, inviolabilidad de la defensa, información de los derechos al imputado, traductor e igualdad de derechos de las partes, artículos todos que están en el “debido proceso”, consagrado por nuestra Constitución Política. El resto del Código entrará en vigencia en el mes de julio del presente año, 2001.

Esta doble vigencia, en fechas y años distintos, ha causado problemas en la administración de justicia y en estos mismos días (abril del 2001) se invocan la preeminencia de uno de los dos códigos de procedimiento penal, por las partes discordantes, para el caso de un ex Presidente de la República, a quien se debió enjuiciar, precisamente, como lo dispone el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal, que estoy comentando y que dice: “En general, todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas del procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores”.

Las tendencias fundamentales que se aprecian hoy, a más de la oralidad, en el derecho universal, son la internacionalización y la desformalización, ésta última eliminando trámites, auspiciando la concentración de las actuaciones, la abreviación de los plazos y términos que también favorecen la búsqueda de soluciones alternas, la amplitud de la valoración de la prueba y todo aquello que significa “justicia real” sin la férrea atadura a las formas y procedimientos que servían, primordialmente, a la garantía de los derechos declarados y absolutos.

La doctrina de la “oralidad” quizás provino de la consideración que la justicia no es una ciencia exacta, sino un examen de la conducta humana, cambiante, relativa y contradictoria y que se proyecta, como todo lo cultural, a través del “lenguaje”, que fue la primera manifestación viviente del hombre, frente a los demás. En esta materia también, caben algunas consideraciones provenientes del Psicoanálisis de Segismundo FREUD: El hombre ha buscado la felicidad con poderosa ansia, desde que saboreó, en instantes, lo que ella es, y lo que ella brinda. No interesa definir la felicidad ni entrar en los sutiles campos de la Filosofía para comprenderla y por cuidar su “felicidad” buscó la

justicia. Pues bien, en la vida intrauterina el hombre, vive feliz.

En efecto, en ese medio no hay cambios molestos de clase alguna y son constantes la nutrición, el calor, etc., por lo mismo, el nacimiento es la más grande sorpresa y el más formidable cambio que el hombre experimenta en toda su existencia.

Se inicia este trágico conocimiento de la vida con el trauma del nacimiento –tesis originaria de Rank– que al decir del Dr. Arnoldo RASKOSSKY, distinguido psiquiatra argentino, es la más terrible paliza que el hombre recibe a través de su vida, de inmediato vienen una serie de incomodidades, cambios de temperatura, humedad, luz, hambre, sed, calor, frío, cansancio, etc., novedades que no existían en el claustro materno, por lo cual el niño reacciona violentamente contra todo.

La agresividad del infante tiene una escala tan intensa, que no se puede compararla con ninguna otra reacción posterior por fuerte que sea. El primer llanto infantil es el más potente grito de protesta que el hombre lanza en su vida y quizá en la profundidad del Ello, en las oscuras marañas de la especie; ese llanto de impotencia y protesta, determina la agresividad, como base lógica de actuación humana. Por el instinto, el niño se da cuenta que con lo único que puede agredir es con la “boca”, la que grita esa “injusticia”.

El hombre ha peleado siempre con la “boca” o con los músculos y aquella intuición y este conocimiento hereditario, hacen que sea el órgano adecuado a esta primera etapa. La boca pasa a ser entonces, lo primero y principal de todo el organismo. La vida girará en torno suyo y por eso se ha denominado a este período Oral o Bucal. El niño proyecta su agresividad, contra el pecho materno que es lo primero que encuentra, por medio de la boca y al destruir o atacar con ella todos los fastidios a los que no estuvo acostumbrado, siente al mismo tiempo el placer de la saciedad de algo que después conocerá como hambre y sed. El prodigio de sumar dos corrientes poderosas y saciarlas por su único medio, convierte de modo mágico al período oral en supervalor para la vida que se inicia; se diría que la protesta contra las incomodidades del nacimiento “injusto” por romper una felicidad existente, es el primer grito humano de petición de justicia.

Volviendo al tema pedido para el Número Ocho de nuestra *Revista Penal*, debo manifestar lo siguiente: En mi libro *Código de Procedimiento Penal, 2001*, hago el siguiente comentario: En los “Considerandos”, que sirvieron de base al “Congreso” Nacional, para establecer el sistema oral que tiene el presente Código, se establece que es el Ministerio Público quien prevendrá en el conocimiento de las causas y luego

las dirigirá y promoverá la investigación pre-procesal y procesal penal.

Esto ha dado lugar a un malentendido, puesto que en muchos diarios del País y con harta frecuencia se dice juez-fiscal, al simplemente "fiscal", estableciendo una inaceptable antinomia, pues no puede haber juez-fiscal, llana y sencillamente.

La confusión está en que así como hay juez de lo civil y juez de lo penal así también hay juez de lo fiscal, para quien administra justicia en este campo. También la equivocación puede provenir en que el Art. 219 de la Constitución de la República, citado en los "Considerandos" de este Código, se refiere a que el Ministerio Público "preverá en el conocimiento de las causas". No hay tal. Lo que debe entenderse es que el fiscal comienza su actuación en la etapa pre-procesal, o sea, antes que el juez inicie su intervención, pues "conocimiento", según el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo CABANELLAS, es "actuar como juez", calidad que no tiene el agente del Ministerio Público.

Si el fiscal, por ley, puede recibir denuncias, reconocer lugares, establecer la existencia del delito, identificar a los responsables, impedir se ausenten del lugar algunas personas sospechosas y lo que es más "ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante", pareciera que el sistema oral y este nuevo Código, le hubiesen dado al fiscal "jurisdicción y competencia", definidas en los artículos 1 y 2 del Código de Procedimiento Civil. Pero lo que ocurre es que se le han dado simplemente facultades coercitivas, sin las cuales no podría cumplir su función de dirigir la investigación en el sistema oral.

"Jurisdicción" (de *jus* y *dicere*), significa decir o declarar un derecho, por lo que se decía "*juridictio*" o "*juri dicendo*". Nuestro Código de Procedimiento Civil, la define como la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, basada en que a toda jurisdicción, por doctrina se agrega el "imperio" que es potestad o fuerza en el derecho que tiene el juez.

El mismo Diccionario, en cuanto al juicio oral, dice: "Aquel que, en sus períodos fundamentales, se substancia de palabra ante el tribunal que ha de resolverlo, sin perjuicio del acta suscinta donde se consigne lo actuado".

"El juicio oral", ardorosamente defendido como suprema garantía del proceso penal y para mayor facilidad de la justicia, puesto que el tribunal asiste por decirlo así, a la reconstrucción del sumario y casi a la de los hechos, prevalece en las legislaciones europeas y trata de enseñorearse, asimismo, de los ordenamientos legales de América.

"Los debates del juicio oral han de ser públicos, salvo pena de nulidad. Por razones de moralidad

u orden público, el presidente puede ordenar que se celebren a puerta cerrada. En tal caso, aparte el tribunal y sus auxiliares, el fiscal, acusadores, defensores, procesados, actor civil y lesionados por el delito, todas las demás personas abandonarán la sala, o no podrán penetrar en ella".

Casi todos los Estados, están abandonando el sistema inquisitorial y aceptan y legislan sobre el acusatorio, siendo los juicios públicos, que admiten la defensa como institución y quedan abolidos los trámites contrarios a la dignidad y libertad humanas.

En los Estados Americanos, sujetos al coloniaje español, durante el largo período de la Colonia, rigieron para el procedimiento penal, las leyes de España: Pragmáticas y Ordenanzas, Recopilación de Indias, las Siete Partidas, etc. El Ecuador, sometido al Virreynato de Lima y luego a la Audiencia de Santa Fe, estaba sujeto a esas mismas leyes coloniales. El sistema en materia penal, pues, fue el inquisitorio. Las fuentes del Derecho Procesal Penal se hallan en los principios, en las costumbres y luego en las normas legales de la Constitución del Estado, que garantiza a la persona la inviolabilidad de sus derechos fundamentales.

Las leyes de procedimiento deben ceñirse a los dictados de la Constitución y contener principios generales de equidad y de jurisprudencia. El Derecho Procesal Penal Ecuatoriano apareció, varios años después de la Independencia del Ecuador de la Gran Colombia. Muy deficiente en las primeras épocas, hubo de dictarse el Código Penal y el de Enjuiciamiento sobre la materia, durante la administración del Presidente GARCÍA MORENO. Existía la pena de muerte para cierta clase de crímenes. En 1892 la Corte Suprema de Justicia, hizo la edición del Código de Enjuiciamiento en materia criminal. En 1906 fue expedido un nuevo Código que permaneció en vigencia hasta 1938, con algunas reformas. En este último año, se hicieron variaciones sustanciales a nuestra legislación positiva tanto en lo civil como en lo penal y fue expedido el Código de Procedimiento Penal, que actualmente rige, habiéndose hecho reformas en 1940, 1941 y 1947.

En el Código de 1938, se deroga la Institución del Jurado que es sustituido por el Tribunal del Crimen, compuesto por jueces de Derecho y Abogados; se reconocen las cuestiones prejudiciales, se acepta el criterio judicial en las pruebas, se varía el concepto de cuerpo del delito, se establece la libertad condicional y se mejora y sistematiza el procedimiento. Para el enjuiciamiento de delitos cometidos por miembros del Ejército o de la Policía, se han expedido Códigos que reconocen el fuero especial aún para ciertos delitos comunes incriminados en el Código Penal ordinario.

Para terminar, debo manifestar mi escepticismo en la aplicación del nuevo Código de Procedimiento Penal en nuestro País. Conozco de cerca la estructura piramidal de la Policía, absoluta y definitivamente jerarquizada en sus propios mandos, lo cual le hace impermeable a las órdenes y dirección de un "civil", como es el Fiscal.

De otro lado, los fiscales no están siendo preparados por nuestras universidades para los nuevos cometidos. En mis cuarenta años de ejercicio de la docencia, he clamado para que las universidades especialicen a los estudiantes de Derecho y que una parte de ellos "estudien" específicamente para jueces y jamás conseguí que eso se hiciese realidad.

De todos modos, anhelo que las nuevas universidades y los nuevos profesores de materias penales consigan formar una infraestructura hábil para que marche este novedoso sistema oral en el Ecuador.

Guatemala

Prof. Alejandro Rodríguez Barillas
Universidad de San Carlos

El propósito principal de esta investigación es conocer la tendencia general de las numerosas reformas que han ocurrido durante los últimos 4 años. Estas reformas han afectado sobre toda la parte especial del Código Penal.

En cuanto a la Parte General las modificaciones más importantes van destinadas directamente a artículos que se relacionan con el contenido de las penas, aumentando la duración de las penas. Las principales modificaciones en este sentido son: la ampliación de los supuestos típicos que permiten la aplicación de la pena de muerte, el aumento de la pena máxima privativa de libertad de treinta a cincuenta años.

En el ámbito de la Parte Especial, ha existido un doble proceso de criminalización de nuevas figuras: por un lado se han tipificado atentados graves contra las violaciones de los derechos humanos, tal el caso, de los delitos de tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada. Por otro se ha procedido a crear nuevas figuras penales tendentes a expandir el ámbito de la punitivo en temas como la informática, la genética y otras modernas tecnologías.

I. Aumento de penas

La pena máxima de prisión contemplada en el CP de 1973 de treinta años fue modificada por el Decreto 20-96, que eleva la pena a 50 años de prisión.

El aumento del límite máximo de prisión de 30 a 50 años de prisión es en consecuencia un grave atentado hacia la dignidad de la persona humana, en cuanto significa elevar la duración de la privación de libertad a casi la totalidad de la vida de una persona. Ello le priva de su derecho a la resocialización, a poder desarrollar una vida de nuevo en el seno de la sociedad.

La Constitución establece límites claros a la prevención general y explícitamente reconoce como fin de la pena la prevención especial, esto es, la resocialización de la persona infractora de la ley penal. El programa resocializador de la Constitución plantea siempre como límite al *ius puniendi* el respeto a la dignidad de la persona humana, y el reconocimiento de que la persona durante su estadía en prisión mantiene todos sus derechos como ciudadano –excepto aquellos que han sido expresamente privados por la sentencia judicial–.

La Constitución reconoce entonces que la persona que ha delinuido tiene el derecho de volver a vivir en sociedad, luego de su estadía en prisión. En este sentido, el programa resocializador no debe considerarse como un mecanismo de transformación de la personalidad, o de aniquilación o inocuización del condenado. Por ello se puede afirmar que el aumento de la pena de prisión en Guatemala puede ser considerada una violación a la propia Constitución nacional y a la prohibición de penas o tratos crueles inhumanos o degradantes, por los severos sufrimientos psíquicos y físicos que produce.

II. Aumento de la pena de muerte

Otro punto relevante es el aumento de los delitos sancionados con pena de muerte en Guatemala en contravención al artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho artículo establece que los Estados partes tienen prohibido extender la pena de muerte para todos aquellos delitos que no tenían contemplada dicha sanción al momento de suscribir la Convención. En este sentido, se ha extendido la aplicación de la pena de muerte para los siguiente delitos:

- a) Ejecución extrajudicial cuando la víctima sea menor de diez años.
- b) El plagio o secuestro cuando la víctima no fallece.
- c) La desaparición forzada de personas.

La ampliación de la pena capital en el delito de secuestro ha suscitado una enconada polémica jurídica, ya que algunas de las Cortes de Apelaciones han revocado las sentencias en donde se ha condenado a los plagiarios a la pena de muerte, y

en los cuales las víctimas del secuestro no habían fallecido. La Corte de Constitucionalidad finalmente en una importante sentencia de amparo resolvió el punto señalando que en 1978 –año en que entró la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en vigor para Guatemala– el Código Penal preveía para el delito de secuestro una pena de 12 a 20 años de prisión. En caso de fallecimiento de la víctima se impondría la pena de muerte (éste por supuesto es un delito cualificado por el resultado que tenía el inconveniente del *versari in re illicita*). La reforma introducida al Código Penal en 1996 extendió como única pena del delito de plagio o secuestro la pena capital, para los autores y cómplices. En este sentido, la reforma configura una violación al art. 4 de la CADH, pues se extendió la pena de muerte hacia un tipo penal que no contemplaba antes de la entrada en vigencia tal sanción, como lo es el plagio sin resultado de muerte de la víctima, para ello la Corte de Constitucionalidad hace la distinción entre delito base, y el delito cualificado por el resultado y cómo cada

uno de ellos debe ser entendido como un delito independiente. No obstante, esta importante sentencia no ha sido seguida por la Corte Suprema de Justicia, la cual guiada exclusivamente por el *nomen iuris* de la figura delictiva afirma que el secuestro ya contemplaba la pena de muerte para el delito de plagio y secuestro y por lo tanto no hay violación al artículo 4 de CADH. En Guatemala, para que la doctrina de la Corte de Constitucionalidad haga jurisprudencia se requieren de cinco fallos consecutivos iguales. Hasta el momento sólo se ha proferido uno y ello hace que la Corte suprema de Justicia considere que el fallo todavía no es vinculante. La cuestión –aunque técnicamente es clara– todavía permanece abierta.

III. De los aumentos de penas de privación de libertad en particular

El Decreto 20-96 incrementó la pena en los delitos de:

DELITO	MARCO PENAL ANTES DE LA REFORMA	MARCO PENAL DESPUÉS DE LA REFORMA
Artículo 123 Homicidio	8 a 20 años	20 a 40 años
Artículo 131 Parricidio	20 a 30 años	30 a 50 años
Artículo 132 Asesinato	20 a 30 años	30 a 50 años
Artículo 246 Hurto	6 meses a 4 años	1 a 6 años
Artículo 247 Hurto Agravado	1 a 6 años	2 a 10 años
Artículo 251 Robo	1 a 6 años	3 a 12 años
Artículo 252 Robo Agravado	2 a 10 años	6 a 15 años

El Decreto 33-96 incrementó la pena en los delitos de:

DELITO	MARCO PENAL ANTES DE LA REFORMA	MARCO PENAL DESPUÉS DE LA REFORMA
Artículo 376 Genocidio	20 a 30 años	30 a 50 años
Artículo 377		
Instigación a Genocidio		5 a 15 años

Finalmente la última reforma del Código Penal ha ampliado las penas en los delitos de:

ABUSOS DESHONESTOS violentos extendiendo la pena de 18 años a una nueva pena máxima de 50 años.

EVASIÓN, en donde se modifica la pena hasta 20 años de prisión.

Se introduce la figura de amenaza judicial y coacción judicial, y se impone un marco penal hasta de quince años de prisión, cuando en el delito de

coacción y de amenazas originalmente sólo se contemplaban penas hasta de 3 años máximo.

En general se puede afirmar que ha existido un aumento punitivo significativo, en donde, en muchos casos, a veces la pena se duplica y en otros se triplica.

El legislador guatemalteco ha aumentado las penas argumentando que ha existido un incremento en los delitos contra la vida y contra el patrimonio. El argumento justificador del legislador,

sin embargo, no es demostrable, o cuando menos, no ha sido demostrado. No existe un estudio que evidencie que la eficacia disuasiva de las penas anterior a la reforma haya sido insuficiente.

Las penas concretas que se han establecido en las reformas al Código Penal parten de un supuesto que no está empíricamente demostrado, cual es que las sanciones penales ya no tienen suficiente fuerza disuasiva como para prevenir la comisión de estos delitos. En este sentido, el legislador ha pretendido basar su programa político criminal exclusivamente en la fuerza de la conminación penal en abstracto, sin tomar en consideración otros elementos esenciales de la intimidación, como lo son la actividad de los operadores del sistema y, en especial, la eficacia de la persecución penal.

Cabe aquí hacer dos importantes reflexiones entonces sobre el incremento de la severidad punitiva manifestado por el legislador en los últimos años:

a) Primero, que la pena si bien cumple una función de prevención y protección de bienes jurídicos, esta función no puede ser desvinculada de las otras funciones que debe cumplir en sociedad; esto es, minimizar la intervención penal en la esfera individual y asegurar las garantías individuales.

b) En segundo lugar, es importante resaltar que la eficacia intimidatoria de la pena no está tanto en la severidad de la conminación penal en abstracto, sino en su efectiva aplicación.

La pena no puede ser vista exclusivamente como un instrumento de intimidación o de prevención, sin consideración a las exigencias axiológicas que está llamado a cumplir: en especial, defender la dignidad de la persona humana y humanizar las penas, reduciendo a la menor intervención posible en la esfera individual. Si la prevención general negativa o intimidación fuera el único fin legitimador del derecho penal, nos encontraríamos irrevocablemente abocados hacia la instrumentalización de la persona a través de penas ejemplares y al terror penal.

En un momento como el actual, las exigencias de seguridad (reales o ficticias) no deben ser invocadas para endurecer el sistema de penas y sobre todo, abandonar un sistema penal más humano y más democrático. Como señala Silva SÁNCHEZ, "los fines garantísticos se estiman tan esenciales como los de prevención, es más, se considera que el hacer hincapié en los mismos –junto con el constante replanteamiento de la noción utilitarista del mal menor– constituye el factor fundamental de dinamización y progreso del Derecho penal. Por expresarlo brevemente: el empeño garantístico es, junto con la constante revisión de la utilidad de los propios medios, la principal característica del Derecho penal de la modernidad"¹.

Es decir, desde un plano de deber ser el aumento de las penas en estos delitos carece de justificación, por cuanto está planteando penas que atentan contra la dignidad del ser humano y las garantías individuales. Aun cuando dichas penas efectivamente sirvieran de disuasivo, su larga duración las convierta en penas crueles, inhumanas y degradantes, más propias de un régimen de terror penal.

En cuanto al plano del ser, ya hemos indicado también que el aumento de penas carece de legitimación empírica. Para poder incrementar las penas el legislador tendría que demostrar:

1) que la comisión de estos delitos ha efectivamente aumentado²;

2) que este aumento está relacionado con la aparente "benignidad" de las penas contempladas en el Código Penal: es decir, que la eficacia preventiva general de las penas se ha perdido.

La eficacia intimidatoria del derecho penal, o en una forma más clara, del sistema penal, no puede encontrarse únicamente en la conminación penal abstracta. Los análisis en investigaciones realizadas empíricamente llevan a la conclusión más extendida de que "mientras que los incrementos en la severidad de las penas no tienen efectos preventivos comprobados, éstos si resultan del reforzamiento de los factores que inciden en una mayor certeza de la sanción"³. Ello incide, naturalmente, de modo central en la cuestión de legitimación empírica de unas y otras normas y conminaciones penales. Es el aumento de la certeza del funcionamiento del sistema penal en su conjunto lo que presenta efectos intimidatorios, mas no la simple pena considerada de manera abstracta.

En consecuencia, no cabe esperar mayores efectos preventivos del solo incremento de penas. Desde esta perspectiva la mayor penalización de las conductas se revela injustificada desde la perspectiva de la prevención y, por tanto, básicamente ilegítima. Esta mayor penalización de las conductas constituyen un derecho penal simbólico, que tiene como meta tratar de infundir confianza de la población hacia el sistema penal, pero que en realidad el propio legislador sabe de antemano que carecerá de mayores efectos disuasivos.

El fracaso de la prevención en los delitos a los cuales se ha aumentado la pena no puede imputarse entonces a la falta de penas suficientemente severas, sino al hecho que los procesos de criminalización secundaria presentan serias disfunciones que inciden en una muy baja tasa de imposición de penas.

El aparente fracaso del sistema penal, debe analizarse entonces desde la perspectiva de la persecución penal, y no desde el punto de vista del contenido disuasivo de la pena –la pena no disuade

por sí misma, sino por la certeza de su aplicación. Conocer las causas reales de fracaso de la criminalización secundaria resulta en consecuencia de vital importancia, para elucidar precisamente, los factores que han incidido –en un supuesto o real- aumento en la comisión de delitos⁴–.

En primer lugar, debe partirse del hecho de que durante el conflicto armado interno se creó un sistema punitivo paralelo que se encargó de realizar el control social de la población. Este sistema paralelo actuó fuera de toda legalidad, aplicando penas extrajudiciales como la desaparición forzada, la tortura, el secuestro y el asesinato político. Los miembros del aparato paralelo –militares, especialmente de los aparatos de inteligencia y policías– adquirieron inmunidad absoluta frente al sistema.

Los privilegios e inmunidades de los miembros del aparato punitivo paralelo les permitió ampliar el círculo de actividades delictivas hacia la delincuencia común. De esa suerte, pasaron de la represión política hacia la delincuencia organizada con la misma eficiencia, y contando con la impunidad que les daba el poseer el control del Estado. Los “escuadrones de la muerte” militares y paramilitares pasaron así a convertirse en los principales delincuentes en materia de robo de vehículos, narcotráfico, tala de madera, secuestros y extorsiones, etc.

El punto central consiste por lo tanto en que los sectores que gozaron de impunidad durante 36 años del conflicto armado no han perdido su poder político y económico, y siguen prevaliéndose de éste para realizar actos delictivos. Frente a este sector, el aumento de penas no surte efectos disuasivos, ya que tienen certeza de que su poder e influencias los librarán de la imposición de la pena.

Además, dentro de la propia transformación de la justicia, estos sectores han logrado infiltrar elementos afines a sus intereses, tanto en la policía como en el Ministerio Público. Esto les permite el control de los aparatos de investigación del Estado. Las investigaciones de los aparatos de seguridad del Estado siguen siendo en el mejor de los casos, deficientes, si no abiertamente sesgadas para favorecer los intereses de estos grupos de poder.

Por todo ello podemos afirmar que en Guatemala se han dado modificaciones que tienden a hacer más severo el sistema penal, en aras de una mayor eficacia disuasiva sobre los delincuentes. Pero que están naturalmente avocadas al fracaso por no ser adecuadas, pues no inciden en los verdaderos factores que impiden la persecución penal de la delincuencia organizada y los poderosos. No se trabaja en mejorar los aparatos de persecución penal, lo cual es un presupuesto indispensable para poder mejorar la eficacia del sistema penal.

En el ámbito procesal penal, también se han efectuado reformas que atentan contra principios fundamentales básicos como el de presunción de inocencia. A través del Decreto 32-96 se modificó el artículo 264 del Código Procesal Penal para introducir la prisión preventiva obligatoria en los delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro, en todas sus formas, sabotaje y hurto agravado⁵. También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en la Ley de Narcoactividad y los delincuentes reincidentes y habituales.

Esta reforma procesal constituye un claro retroceso hacia un sistema inquisitivo de derecho procesal penal, que no presenta ninguna mejora en la persecución penal y únicamente ha transformado a la prisión preventiva en una suerte de pena anticipada.

En conclusión se puede afirmar que el legislador ha seguido una política criminal de carácter autoritario, que desprecia la dignidad del ser humano, que es de carácter ilegítimo y que tiene poca eficacia real en cuanto a la disminución de delitos. Pero que extiende el ámbito de control social de una manera desmedida y elimina los límites de un derecho pena democrático.

Notas

1. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., pág. 217.

2. De acuerdo a una investigación realizada por el PNUD, el número de muertes violentas de 1994 a 1996 se ha incrementado en un 21%, en tanto que el número de plagios ha tenido un incremento del 33 por ciento. RAÚL ZEPEDA, “Violencia e Inseguridad Ciudadana en Guatemala” Guatemala, PNUD, 1997, mimeo. citado por Manolo VILA, “Los nudos gordianos de la seguridad en Guatemala” en *Pulso Temático, Revista del Instituto de Estudios Políticos, Económicos y Sociales*. Es importante en todo caso destacar que el incremento reportado en los crímenes no necesariamente refleja un mayor nivel de criminalidad, por cuanto que la cifra negra anterior a 1994 pudo haber sido muy elevada, basada en situaciones tales como falta de confianza en el sistema, menor transparencia de la información o un sesgo de datos por parte de los operadores de justicia.

3. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, op. cit., p. 219.

4. De hecho durante el conflicto armado interno se cometieron muchísimos más delitos que los que se han dado en los últimos años. Sin embargo, debemos tener en cuenta que los delitos, sobre todo de secuestro de los últimos tiempos, han venido a afectar de manera creciente a un estrato de la población que antes no había padecido este tipo de violencia: la clase media alta y alta. En cierto sentido, el poder económico y político de este sector ha disparado la sensación de inseguridad ciudadana, y volcado la actitud de los medios de comunicación hacia los secuestros y actos delictivos. Esto demuestra en gran medida el carácter altamente discriminatorio de nues-

tro derecho penal, que cuando observó actos de genocidio, desapariciones forzadas masivas y la comisión de otros graves crímenes de lesa humanidad contra la población pobre, mantuvo un silencio absoluto y un apoyo incondicional. Ahora que las víctimas pertenecen a los sectores más altos de la sociedad, el sistema penal reacciona en defensa de los poderosos con un mayor incremento de penas.

5. La Corte de Constitucionalidad declaró posteriormente en sentencia del 28 de enero de 2000 la inconstitucionalidad de la prisión preventiva obligatoria del delito de hurto agravado.

Italia*

Dr. Donato Castronuovo

Universidad de Módena y Reggio Emilia

I. Primera parte: Derecho penal sustancial

1. *Introducción.* Una visión sincrónica de las reformas penales, que han tenido lugar en el corto periodo que va entre los años 1997 y 2000 hace visibles algunas tendencias generales que permiten trazar (al menos en parte) un cuadro diacrónico. La tendencia general más importante que se puede observar en estos últimos años de reformas penales se puede reconducir a una declarada aspiración a la eficiencia profesada explícita y tecnocráticamente por los gobiernos y los grupos parlamentarios en las discusiones sobre la introducción de nuevas leyes. Esta aspiración a la eficiencia de la Justicia penal se ha traducido sobre todo en una tendencia deflacionista del conjunto normativo penal y penal procesal: procedimientos especiales, justicia penal negociada, premialidad, transferencia de competencias penales al Juez de paz, despenalizaciones, transformación de infracciones penales en administrativas, cláusulas de no punibilidad, etc. Todas estas novedades han tenido como consecuencia que el verdadero peso de cualquier cuestión penal se haya situado como nunca antes sobre el proceso, haciendo cada vez más real la célebre imagen que presenta al proceso penal como el "socio tirano" del Derecho penal¹.

2. *La reforma del sistema penal.* La "cuestión" de la reforma penal (en su vertiente sustancial) en Italia se sigue caracterizando principalmente por la supervivencia del "viejo" código Rocco, que sigue en vigor desde 1931 a pesar de las modificaciones legislativas provisionales —aunque numerosas e importantes— que lo han afectado, de las muchas intervenciones del tribunal constitucional (Corte costituzionale) y de los numerosos proyectos de reforma que nunca han entrado en vigor². A pesar

de lo que la longevidad del código parece mostrar, en los últimos tiempos la atención global de la doctrina y de la "política" hacia una "recodificación global" no parece haber disminuido³. Por otra parte, la discusión sobre la reforma se ha vuelto a poner de candente actualidad tras los trabajos de la "Comisión ministerial para la reforma del CP" presidida por el Prof. GROSSO. Esta comisión, creada en octubre de 1998, tras publicar en 1999 un documento en el que se contenían las líneas maestras que iba a seguir la reforma⁴, ha presentado recientemente el texto articulado definitivo de un Anteproyecto de ley (al que acompaña una exposición de motivos) que se limita a la parte general del CP⁵. En estos momentos, sin embargo, no es posible prever la suerte que correrá este interesante anteproyecto. La planteada reforma orgánica del sistema penal italiano, que durante toda la época republicana se ha caracterizado por una progresiva pérdida de centralidad del código penal⁶, no podrá pasar por alto la "ineludible dialéctica entre código penal y leyes especiales"⁷, que en los últimos años han sufrido una imparable expansión. La breve exposición que sigue, por lo tanto, sólo da cuenta de reformas parciales pero significativas, que en muchos casos son verdaderas reformas sectoriales.

3. *La despenalización.* Mediante la ley 205/1999, el Parlamento, tras un *iter* largo y atormentado delegó en el gobierno la redacción de diversos decretos legislativos encaminados a lograr la eficiencia y la deflación del sistema penal italiano. Entre las numerosas normas que de esta delegación se derivan, cabe destacar el decreto legislativo n.º 507/1999 de despenalización de las "infracciones penales menores", que ha convertido en infracción administrativa algunos tipos penales contenidos en leyes especiales (alimentos, navegación, tráfico, infracciones financieras, cheques bancarios), junto algunos otros contenidos que se encontraban en el propio Código penal. Estas reformas han sido acogidas favorablemente porque se esperaban desde hacía mucho tiempo, y no se les puede negar el mérito de la racionalización que han aportado. Ello no impide sin embargo que en torno a ellas se planteen una serie de cuestiones. Un primer interrogante surge en relación a la *efectividad* del sistema de las infracciones despenalizadas (cuya aplicación ya no vendrá atribuida al Juez penal sino a las autoridades administrativas); también cabe plantearse hasta qué punto esta reforma ha tenido una naturaleza *real*, es decir, si en parte no ha sido más bien *simbólica*, ya que tratándose de sectores que esencialmente se encuentran en la legislación complementaria, resulta que el hecho de haber reducido el número de tipos penales no significa que necesariamente se haya reducido el número de conductas penalmen-

te relevantes: es inevitable que muchos comportamientos aparentemente despenalizados continúen siendo delictivos porque entran dentro de la descripción de tipos penales más "generales" de tipo residual, que precisamente por su "generalidad" requieren una necesaria integración normativa. Por último, levanta también serias dudas la "estabilidad" normativa que cabe esperar de esta reforma, ya que muchas de las materias reguladas en el Derecho penal complementario actualmente se ven sometidas a actualizaciones continuas, muy a menudo por la acentuada europeización de algunas de ellas⁸.

4. *Responsabilidad de las personas jurídicas.* Una de las reformas que mayor significado dogmático y político-criminal han tenido es la de la responsabilidad de las personas jurídicas, para la que el Parlamento (art. 11 ley n.º 300/2000) ha previsto principios y criterios guía, delegando en el Gobierno la promulgación de un decreto legislativo en esta materia. A pesar de que en esta norma la responsabilidad de los entes colectivos venga expresamente calificada de "administrativa" (y por ello lleve aparejada sanciones pecuniarias e interdictivas), la verdadera trascendencia de la normativa que se promulgará en breve queda evidente si se considera que frente a esta prudencia (o quizá hipocresía) terminológica, se trata en realidad de una forma de responsabilidad que presupone la comisión de un delito y que viene declarada por un juez en el ámbito de un proceso penal. También en el título VII (arts. 123-133) del mencionado proyecto Grosso se prevé una forma de responsabilidad de las personas jurídicas "derivada de la comisión de un delito", y colocada en un ambiente penal. La diferencia radica en que mientras la responsabilidad prevista en art. 11 de la ley 300/2000 se limita a una determinada lista (aunque bastante larga) de delitos expresamente "nombrados", la responsabilidad prevista en el proyecto Grosso se caracteriza por que se encuentra en la Parte General del Código, y por lo tanto sería de aplicación general.

5. *Pedofilia.* Para completar la reforma de la normativa sobre violencia sexual acometida anteriormente (ley 66/1996, que sustituía la vieja y discutida regulación introduciendo los arts. 609 bis y ss. del CP), se han introducido (por medio de la ley 269/1998, adhiriéndose a ciertos instrumentos internacionales) una serie de "normas contra la explotación de la prostitución, la pornografía y el turismo sexual en perjuicio de menores como nuevas formas de esclavitud", en los artículos 600 bis y ss. CP⁹.

6. *Prevaricación (Abuso di officio)*¹⁰. Pocos años después de la reforma de los delitos contra la Administración pública (1990), el legislador ha re-

formulado el delito de *abuso di officio*. Efectivamente, la modificación anterior no había logrado evitar ni nuevas críticas ni las viejas críticas que la doctrina hacía a esta norma residual "de cierre" del estatuto penal de la Administración Pública, que se había centrado especialmente sobre el principio de taxatividad y sobre una generosa utilización de este delito¹¹.

7. *Medio ambiente.* En materia de protección penal del medio ambiente merece destacar al menos las nuevas normativas (que representan la adopción de directivas europeas) en materia de residuos (decreto legislativo 22/1997) y en materia de contaminación de aguas (decreto legislativo 152/1999)¹².

8. *Mercado financiero.* El conjunto de la materia de la protección penal del mercado financiero se ha "rediseñado" de forma global a través del decreto legislativo 58/1998¹³, también en este caso como consecuencia de la adopción de importantes directivas europeas (93/6/CEE, 93/22/CEE). Destacan especialmente la introducción y/o reformulación de delitos en materia de abuso en la intermediación financiera (art. 166), administración desleal de patrimonios mobiliarios (art. 167), protección de las funciones de control de la CONSOB¹⁴ y de la "Banca d'Italia" (arts. 171 y 174), abuso de información privilegiada (art. 180) y manipulación del mercado mobiliario (art. 181).

9. *Delitos tributarios.* A pesar de las modificaciones aportadas en 1991 a la ley 516 de 1982, las razones de la "crisis" del sistema penal tributario no habían encontrado una solución aceptable: no le siguió ni la reducción de las formas más graves de evasión fiscal, ni (siempre con relación a la tantas veces mencionada eficiencia) una apreciable reducción del número de procesos (a menudo por hechos de poca importancia fiscal). Recientemente, el decreto legislativo 74/2000 ha introducido una reforma radical, que pretende una racionalización del sistema punitivo, limitando la respuesta penal a pocos tipos delictivos de particular gravedad caracterizados por ser relevantemente lesivos de los intereses de la Hacienda Pública y, en el plano subjetivo, por su necesaria finalidad de evasión (elemento subjetivo del tipo)¹⁵.

10. *Sistema sancionador.* Se puede apreciar una importante reforma en materia de sanciones penales en las modificaciones aportadas por la llamada ley *Simeone* (ley 165/1998) a la regulación de las "medidas alternativas a la privación de libertad" (que ya había entrado en el sistema penal italiano con la reforma de sistema penitenciario de 1975 y posteriormente modificadas por la ley *Gozzini* de 1986). Con esta ley se pretende facilitar la concesión de medidas alternativas a la privación de libertad a personas económicamente

débiles (para evitar que sólo gocen de ellas las personas que han cometido delitos de “cuello blanco”), y se amplían sus requisitos de aplicabilidad (precisamente porque cada vez se es más consciente de la inutilidad de la encarcelación de sujetos que no revelan peligrosidad alguna en caso de delitos que no suscitan una particular alarma social), de manera que además se consigue disminuir la población carcelaria¹⁶.

11. *Competencia penal del Juez de Paz*¹⁷. Con el decreto legislativo 274/2000, asignando al juez de paz competencias penales se ha elaborado un “segundo sistema penal” que afecta a una serie bastante amplia y heterogénea de tipos penales, a los que por otra parte corresponden penas no privativas de libertad. Se valorizan las penas pecuniarias y las alternativas a la encarcelación, se prevén además causas de no punibilidad totalmente nuevas, y a todo ello se le acompaña la prohibición de conceder la suspensión condicional de la pena.

Dr. Daniele Negri
Universidad de Ferrara

II. Segunda parte: Derecho procesal penal

1. *Introducción*. Quizá nunca como en estos últimos cinco años había sufrido el procedimiento penal italiano transformaciones tan amplias, numerosas y frecuentes¹⁸. El modelo acusatorio del proceso penal introducido con el nuevo código de 1988 ha entrado enseguida en crisis a manos de la jurisprudencia, especialmente la constitucional, que con intervenciones “manipulativas” ha permitido recuperar la validez casi indiscriminada para el juicio oral de las declaraciones recogidas por los órganos inquirentes en la “fase preliminar”¹⁹; las reformas inmediatamente posteriores a la entrada en vigor del código consolidaron en un primer momento la obra de los jueces (1992), para después intentar invertir la tendencia al desequilibrio existente entre las partes procesales favorable al Ministerio Fiscal, fortaleciendo los derechos de la defensa en dos sectores neurálgicos: la prueba y la libertad provisional (1995–1997)²⁰.

2. *Eficiencia del sistema judicial y garantías del “juicio justo”*. La finalidad de dotar de eficiencia a la Justicia se ha presentado como la auténtica meta de las innovaciones normativas que se han llevado a cabo en los últimos años (1997–2001); sin embargo, durante este tiempo el tema de las garantías no ha dejado de actuar como contrapeso, hasta verse reflejado en la reforma del art. 111 de la Constitución (ley constitucional n.º 2 de 23 de noviembre de 1999)²¹, que ha acogido los princi-

pios del “juicio justo”. Del catálogo de las “nuevas” garantías sobresale, por su importancia y por su capacidad de incidir sobre la fisonomía del sistema, el principio contradictorio. De su reconocimiento deriva entre otras cosas la regla según la que “la culpabilidad del imputado no se puede probar sobre declaraciones vertidas por quien por decisión propia se ha sustraído siempre al interrogatorio del imputado o de su defensor” (art. 111.4.º, segunda parte). Esta afirmación se sitúa en abierta polémica con la sentencia constitucional n.º 361 de 1998, que tras las limitaciones introducidas por la ley n.º 267 del 1997, en realidad reestableció el uso con fines probatorios de las declaraciones del imputado contra otra persona, realizadas ante el fiscal durante las investigaciones preliminares del mismo o de otro procedimiento, cuando en el juicio oral se negase a someterse al interrogatorio de la defensa de la persona a la que ha acusado (este fenómeno había alcanzado dimensiones preocupantes en los procesos caracterizados por la presencia de los llamados “arrepentidos”: v. *infra* § 6).

Las demás garantías reconducibles al “derecho a un juicio justo”, ahora presentes en la constitución italiana gracias a la revisión del art. 111, son las siguientes: la igualdad de las partes ante un juez tercero e imparcial; la razonable duración del procedimiento, cuya violación ha comportado innumerables condenas del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y severas advertencias del Consejo de Ministros del Consejo de Europa (v. *infra* § 7)²²; el derecho a conocer la acusación de forma reservada y en el menor tiempo posible; la concesión del tiempo y de las condiciones necesarias para la preparación de la defensa; el derecho a la prueba, que se afirma en términos absolutos, pero que se debe entender razonablemente limitado por el criterio de su relevancia; y la asistencia de intérprete para los imputados de lengua materna extranjera.

3. *La reforma del “juez único de primera instancia”*. Recibe el nombre sintético de “juez único” una compleja y accidentada reforma²³ con la que se ha suprimido legalmente la figura del “pretore” (órgano judicial unipersonal competente en delitos castigados con pena inferior a cuatro años) y ha transferido tanto los jueces como las competencias al “Tribunale”. Para multiplicar la capacidad de asumir procedimientos, y para lograr la meta global de conseguir mayor eficiencia y celeridad en la Administración de la Justicia, los tribunales ya no juzgan sólo de forma colegiada según la tradición, sino que ahora actúan también como órgano unipersonal al que se le ha atribuido el conocimiento de los delitos castigados con un máximo de diez años de privación de libertad.

4. *Competencias penales del Juez de paz.* Apenas aprobada la reforma del “juez único”, que ha determinado la supresión del “pretore”, junto al “Tribunale” y a la “Corte d’assise” se ha creado una tercera figura de juez con competencias penales, pero esta vez honorario: el juez de paz (ley de delegación n.º 468 de 1999²⁴ aprobada por el decreto legislativo n.º 274 del 2000²⁵, que entrará en vigor a principios del 2002). En torno a este órgano jurisdiccional se ha construido un modelo de justicia penal completamente distinto del tradicional, tanto en lo que se refiere al procedimiento como al sistema sancionador de las infracciones penales que entran en sus competencias (sobre ello v. *supra*, primera parte). Siguiendo las tendencias sugeridas por los estudios más avanzados de la criminología, la reforma atribuye notable importancia a la mediación penal, a la posición de la víctima del delito y a las funciones de conciliación del juez. En cuanto a las competencias por razón de la materia, las infracciones penales atribuidas al juez de paz constituyen en su mayoría una expresión típica de conflictos entre sujetos privados individuales, susceptibles de ser tratadas mediante mecanismos de reparación e indemnización del daño causado a derechos individuales (agresiones físicas sin consecuencias, lesiones personales leves, hurtos punibles sólo previa querrela, injurias, daños simples, y muchas otras faltas). El procedimiento ante el juez de paz viene constituido por un rito “sobrio”, desprovisto entre otras cosas de la audiencia preliminar y de la posibilidad de restricción anticipada de las libertades personales. Además, prevé la exclusión de la procedibilidad en los casos de especial levedad del hecho así como la extinción de la infracción penal en caso de reparación por parte del reo.

5. *Las investigaciones defensivas.* En consideración al peso que han asumido las indagaciones de la fase preliminares en relación al juicio oral posterior, la ley n.º 397 del 2000²⁶, resultado de una batalla combatida y vencida por los abogados penalistas, ha atribuido al defensor y a sus auxiliares (investigador privado y consultor técnico) poderes de investigación que se corresponden con los de la acusación pública ya desde el inicio del procedimiento. Con la finalidad de fortalecer la posición del abogado, se ha introducido además el delito de declaraciones falsas al abogado defensor.

6. *Valoración y formación de la prueba.* Desde los inicios del nuevo código procesal penal (1988), el problema del valor probatorio de las declaraciones contra terceros vertidas por imputados en el mismo o distinto procedimiento (arts. 210, 503 y 513 CPP) se ha situado en el centro importantes discusiones entre operadores de la

justicia: lo que ocurría es que llegados al juicio oral, estos imputados se abstendían de responder sustrayéndose así al interrogatorio de la defensa de la persona que habían acusado, y de este modo obligaban a la lectura de las declaraciones que el imputado vertió ante el Ministerio Fiscal en fases antecedentes de proceso, muy a menudo a cambio de una reducción de la pena generosamente proporcionada por el consenso “benévolo” de la acusación al sistema “premio”. Tras muchos problemas de este tipo se ha llegado a la revisión del art. 111 de la constitución (V. *supra* segunda parte, § 2) y a la aprobación de la ley n.º 63 del 2001²⁷, que desarrolla en la legislación ordinaria el principio constitucional del principio de contradicción en la formación de la prueba. La reforma sigue dos líneas: reestablecer la distinción neta entre actos indagatorios y pruebas, y reducir el alcance del derecho al silencio reconocido al coimputado por el mismo delito, sin violar la garantía ofrecida por el principio *nemo tenetur se detegere*. La incompatibilidad absoluta con la posición de testigo se circunscribe únicamente a los casos de participación del imputado en el mismo delito, y decae cuando la sentencia que pone fin al proceso es irrevocable. En cualquier otro caso, si a lo largo de las indagaciones realizadas en la fase preliminar el imputado decide realizar declaraciones sobre la responsabilidad de otra persona, pierde el derecho al silencio y queda obligado declarar conforme a la verdad —siempre con asistencia de su abogado defensor— acerca del hecho sobre el que ha versado su declaración precedente en el procedimiento que se desarrolla contra el otro coimputado.

7. *Otras reformas legislativas.* Es necesario mencionar también la ley n.º 45 del 2000, que modifica las condiciones de protección y tratamiento sancionador de los “colaboradores de Justicia” o “arrepentidos”²⁸, haciéndolas más rigurosas, y la ley 11 de 1998, con la que se amplían las posibilidades de la participación a distancia en el proceso penal (la llamada videoconferencia)²⁹; las leyes n.º 67 y 134 del 2001, que respectivamente pretenden fortalecer las instituciones de la defensa de oficio y de la asunción de los costes de la defensa por parte del Estado para las personas con renta baja³⁰. Y en último lugar la ley 89 del 2001, que introduce un procedimiento jurisdiccional ante la “Corte d’Appello” (segunda instancia), que se puede incoar para obtener una indemnización por los daños sufridos por no haber sido respetados los plazos razonables de duración del procedimiento: esta novedad hace pensar en que más que dar una vía de expresión al nuevo art. 111 (v. *supra* segunda parte, § 2) de la constitución, se ha pretendido impedir la posibilidad de acudir a Estrasburgo en

los numerosos casos de denegación de Justicia que se dan por este motivo³¹.

Notas

*. Coordinado por el Prof. Luigi Foffani, Universidad de Modena y Reggio Emilia. Traducción de Mario José Pifarré de Moner, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

1. La imagen es de PADOVANI, "La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma", en *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 436.

2. Para un cuadro histórico de las modificaciones aportadas al CP vigente, y sobre los proyectos de reforma habidos desde 1945, cfr. VASSALI, "Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio repubblicano", en AA.VV., "Prospettive di riforma del c.p. e valori costituzionali", Milano, 1996, 5 y ss.; INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, en AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2000, 31 y ss.

3. La actividad doctrinal sobre la "cuestión de la reforma" (del CP) es verdaderamente abundante. Por citar sólo algunas de las aportaciones más recientes, cfr. DOLANI, *Codice penale*, en MARINUCCI, *Dolani, Studi di diritto penale*, Milano, 1991, 1 y ss.; PALAZZO, "Certeza del diritto e codificazione penale", en *Pol. dir.*, 1993, 372 y ss.; FIANDACA, MUSCO, "Perdita di legittimazione del diritto penale?", en *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 23 y ss.; PALIERO, "L'autunno del patriarca. Rinno- vamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?", *id.*, 1220 y ss.; MUTOLO, "Il diritto penale nel tempo della 'ricodifi- cazione'. Progetti e nuovi codici penali in Francia, Italia, Spag- na, Inghilterra", *id.*, 1995, 758 y ss.; PADOVANI, "Spunti polemici e digressioni sparse sulla codificazione penale", en CANESTRARI (coord.), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 95 y ss.

4. El texto se halla disponible en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 600 y ss.

5. Desde septiembre del 2000 el texto articulado y la expo- sición de motivos se hallan disponibles en Internet: www.giustizia.it/studierapporti/riformacp.

6. Se trata por lo tanto de la situación contraria a la es- pañola, donde la casi totalidad de normas penales se encuentran dentro del código penal. La clara opción "cód- gocéntrica" del sistema penal español —en contraposición con la hipertrofia que caracteriza a las leyes especiales italianas y de otros países de Europa— se ha visto reafirmada en el nue- vo código penal de 1995. Sobre la cuestión cfr. FOFFANI, PIFARRÉ DE MONER, "La legislazione penale speciale in Spagna", en AA.VV. (a cura di DONINI), *La riforma della legislazione pena- le complementare*, Padova, 2000, 190 y ss.

7. Esta exigencia la señala (de manera crítica) con especial fuerza argumentativo DONINI, "La riforma della legislazione pe- nale complementare: il suo significato 'costituyente' per la refor- ma del codice", en AA.VV. (Donini coord.), *op. cit.*, 3 y ss. V., además, FIANDACA, "In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare", en *Dir. pen. e proc.*, 2001, 137 y ss.

8. Para unas consideraciones sobre la cuestión cfr. CAS- TRONUOVO, "Depenalizzazione e modelli di riforma penale: il 'paradigma' del sistema di illeciti in materia di alimenti", en *Indice penale*, 2001, 295 y ss., 318 y ss.

9. Por todos, AA. VV. (Cadorin coord.), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pe- dofilia*, Padova, 1999, 423 y ss.

10. El delito de "abuso d'ufficio" tiene en realidad un al- cance mucho más amplio que el delito español de prevari-

ción. El art. 324 del CP italiano, en su versión actual, casti- ga al "funcionario público o encargado de un servicio pú- blico que en el desarrollo de sus funciones o servicio, vio- lando una ley o reglamento, o bien omitiendo abstenerse en presencia de un interés propio o de un pariente cercano o en los demás casos previstos, se procura a sí mismo o a otros una ventaja patrimonial injusta, o provoca o otros un daño injusto.

11. Cfr. PAGUARO, "La nuova riforma dell'abuso di ufficio", en *Diritto penale e processo*, 1997, 1394 y ss.; STORTONI, en AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2000, 133 y ss. Para una comparación con la normativa es- pañola cfr. MANES, "L'abuso d'ufficio nel nuovo codice penale spagnolo", en *Diritto penale e processo*, 1998, 1441 y ss.

12. En este punto no es necesario extenderse más allá por- que ya fue tratado recientemente en esta misma sección por FOFFANI, "Delitti contra el medio ambiente, Italia", en *Revista penal* n.º 4, 151- 155.

13. Para una exposición actualizada de la materia cfr. SE- MINARA, en PEDRAZZI/ALESSANDRI/FOFFANI/SEMINARA/ SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2.ª ed. actualizada, Bologna, 2000, 513 y ss.

14. Equivalente a la Comisión nacional de mercado de va- lores en España.

15. Cfr. SPAGNOLO, en PEDRAZZI/ALESSANDRI/FOFFANI/SEMINARA/ SPAGNOLO, *Manuale*, *cit.*, 715 y ss.

16. FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, rist. 2000, Bologna, *Appendice*, p. 839 y ss.

17. El análisis de las cuestiones procesales lo realiza a con- tinuación D. NEGRI (*infra*, Segunda parte).

18. Las causas y efectos de este fenómeno los analiza in NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998.

19. Se trata de la una fase de instrucción que en Italia con- duce el Ministerio Fiscal.

20. Para un análisis de la jurisprudencia de la Corte constitu- zionale y de la Corte di cassazione, así como de la legislación en el periodo 1992- 1997, cfr. MUTOLO- ORLANDI (coord.), *Gui- da al sistema penale degli anni Novanta. Normativa, giuris- prudenza, dottrina*, Padova, 1998.

21. Esta revisión constitucional la comentan de modo orgá- nico MARZADURI, sub art. 1 L. cost. 23/11/1999, n.º 2, en *Legis- lazione penale*, 2000 (4.º fascículo) y GREVI, *Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, Milano, 2000.

22. La única monografía sobre este tema es la de AUMONET- TO, *La "durata ragionevole" del processo penale*, Torino, 1997. Entre los documentos más recientes, véase la decisión n.º (00) 49 de 3 de mayo 2000 adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, publicada en *Diritto penale e processo*, 2000, p. 786 y ss.

23. Un breve comentario a la ley de delegación se en- cuentra en *Diritto penale e processo*, 1997, p. 1060 y ss. bajo el título *Istituzione del giudice unico di primo grado*, y com- prende los siguientes escritos: CARM, *L'organigramma della giustizia viene semplificato*; NICOSIA, *Efficienza giudiziaria: ri- forma e lineamenti. La historia cronologica de la reforma des- de sus orígenes la realiza VIRGUO, Il giudice unico nel settore penale. Dalla istituzione alla riforma*, Napoli, 2000.

24. Cfr. las contribuciones (recogidas bajo el título *Nuova disciplina per il giudice di pace e delega al governo in materia di competenza penale*) de SPANGHER, "Introduzione"; GENOVE- SE, "Le modifiche alla l. n. 374 del 1991"; NAPOLEONI, "La com- petenza penale"; SPANGHER, "Il procedimento davanti al giu- dice di pace e la riforma dell'art. 593 c.p.p.", publicados en

Diritto penale e processo, 2000, p. 141 y ss. Es necesario recordar que el juez de paz ya existía en materia civil desde 1991.

25. Entre los primeros comentarios, v. MARZADURI, "Le disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace", en CONSO-GREVI, *Compendio*, cit., p. 25 y ss.; además de las siguientes obras colectivas: AA.VV., *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2000; SCALFATI (coord.), *Il giudice di pace*, Padova, 2001.

26. Cfr. CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive nel processo penale*, Torino, 2001; BRICCHETTI-RANAZZO, *Le indagini della difesa*, Milano, 2001

27. El único comentario completo publicado hasta la fecha aparece en la revista *Guida al diritto*, 2001 (fascículo 13), p. 8 y ss.

28. V. in *Guida al diritto*, 2001 (fascículo 11), p. 8 y ss.

29. Cfr. AA.VV., *Le nuove leggi penali*, cit.

30. La ley sobre la defensa de oficio se analiza de modo sumario en *Guida al diritto*, 2001 (fascículo 12), p. 12 y ss.

31. Cfr. *Guida al diritto*, 2001 (fascículo 14), p. 14 y ss.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán

*Catedrático de Derecho Penal y Criminología
Universidad Politécnica de Nicaragua (UPOLI)*

I. Reforma de la Justicia

La reforma de la Justicia viene ocupando, aunque con lentitud, un plano importante dentro de los temas políticos e institucionales de Nicaragua. La razón de ello es evidente, el país no había enfrentado, con la profundidad requerida, el tratamiento debido a la cuestión de la Justicia, la cual ha evolucionado muy lentamente en el último siglo. Como expresa el profesor cubano Ramón DE LA CRUZ OCHOA, la desigualdad entre desarrollo económico y político, incluso institucional con la organización de la Justicia ha contribuido al agotamiento y deterioro de las estructuras y procedimientos judiciales, y a la llamada "crisis" de la que tanto se ha venido hablando en la postrimería del siglo XX.

Esta crisis de la Justicia se manifiesta en un proceso mundial de cambios y transformaciones de los sistemas políticos, el colapso de los regímenes socialistas, el nacimiento de un nuevo orden político (de carácter «unipolar»), la economía y las finanzas ocupan una importancia singular, con el fenómeno de la globalización. Esto obligó que el tema de la Justicia, no podía analizarse en forma aislada de este proceso mundial y dejó de ser considerada sólo factor de desarrollo, para ser planteada como aspectos centrales de la misma política destinada a impulsar el desarrollo. Así, la Justicia, que en su inicio se postulaba como un requisito esencial de la tutela de los Derechos humanos, co-

mienza a verse en estrecha relación con el desarrollo económico, como un presupuesto para garantizar la presencia de actores económicos y empresariales y promover las inversiones privadas. Así la importancia de la justicia pasa del plano «local» al plano «global»

II. La naturaleza de la Reforma de la Justicia

En el contexto de este proceso complejo de reforma de la Justicia, no debe sorprender que las reformas económicas, estructurales que se vienen llevando a cabo en muchos países en desarrollo impulsan a los gobiernos a abordar la reforma de la Justicia como complemento necesario a la reforma económica y no como en lo que en realidad debía ser un camino para el mejoramiento del Estado de Derecho y de la democracia y de mayor respeto para los derechos humanos, como expresa Ramón DE LA CRUZ OCHOA.

III. La Reforma de la Justicia Penal

La Justicia penal es uno de los componentes con mayor desarrollo en el proceso de Reforma de la Justicia en Nicaragua. No hay duda, como expresa el profesor costarricense Alfredo CHIRINO, que esta materia genera una gran sensibilidad en el conglomerado social, no sólo por las consecuencias que tiene la persecución jurídico penal en las personas, sino porque es la parte del funcionamiento del sistema de justicia que genera más noticia y atención por parte de los medios de comunicación. Casi podríamos decir, advierte CHIRINO, que los cambios en la legislación civil no tendrían la repercusión social que tendría la transformación parcial o total de la legislación penal. Precisamente esta gran "visibilidad" social de la reforma penal es la que la hace la punta de lanza de casi todos los cambios en la estructura de la justicia, termina diciendo el profesor centroamericano.

La reforma de la justicia penal nicaragüense entra tarde con relación al resto de los países de la región. Esto ha permitido al país tener en cuenta, en algunos casos, las lecciones y experiencia de otros países, y evitar los desaciertos cometidos en éstos. Este proceso no ha sido pacífico ni ordenado.

a) Legislación policial

La Ley 288/1996, Ley de la Policía Nacional, de 31 de julio, organiza y estructura una nueva policía. Esta, dice la ley, es un cuerpo armado de na-

turalidad civil, profesional, apolítico, apartidista no deliberante y se regirá en estricto apego a la Constitución Política de la república a la que debe respeto y obediencia. La misión de la nueva institución policial, conforme al mandato legal, es proteger la vida, la integridad, la seguridad de las personas y el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos. Es responsable de la "prevención y persecución del delito, la preservación del orden público y social interno, velar por el respeto y preservación de los bienes propiedad del Estado y de los particulares, brindar el auxilio necesario al Poder Judicial y a otras instituciones que lo requieran conforme a la Ley".

b) Justicia Penal Especializada del Adolescentes

La Ley 287/1998, de 12 de mayo, crea el Código de la Niñez y la Adolescencia. Con la promulgación de este Código se implementa en Nicaragua la nueva Justicia Penal de Adolescentes Especializada (Libro Tercero) que transforma radicalmente el derecho penal tutelador o proteccionista, fundamentado en un sistema de arbitrariedad e impunidad, por una nueva filosofía basada en la responsabilidad del adolescente, pero con garantías.

Este Libro Tercero plantea un nuevo modelo de justicia penal de adolescentes de "responsabilidad con garantías", cuyas características serían las siguientes: Un mayor acercamiento a la justicia penal de adultos, en lo que se refiere a derechos y garantías individuales; refuerzo de la posición legal de los adolescentes con mayor responsabilidad; la atribución de responsabilidad penal (atenuada) de los actos delictivos que realicen; limitar al mínimo indispensable la intervención de la justicia penal; una amplia gama de medidas como respuesta jurídica al delito, basada en principios educativos y la reducción de sanciones privativas de libertad; reconocimiento de los derechos e intereses de la víctima como parte en el proceso penal y una mayor atención de la víctima, bajo la concepción de la necesidad de reparación de la víctima de la sociedad y conservar para los adolescentes los principios educativos que en "teoría" han presidido las legislaciones en esta materia (atención prioritaria a las necesidades personales, familiares y sociales del adolescente).

c) Proyecto de Código Penal de 1999

El 1 de diciembre de 1999, fue dictaminado, por la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional,

favorablemente el Proyecto de Código Penal y depositado el 15 de diciembre de 1999 en la Primera Secretaría de la Asamblea Nacional. El 3 de mayo del 2000 el Proyecto fue aprobado en lo general. Actualmente se discute en el Plenario de la Asamblea Nacional en lo particular. Este Proyecto articula y desarrolla los principios y normas constitucionales y de forma especial las exigencias propias de un Estado Social de Derecho (Art. 130 Constitución Política), como orientación más avanzada de las Constituciones políticas de final del siglo XX, y adecua y armoniza de forma correcta las modernas tendencias y orientaciones político criminal. Así el Proyecto se fundamenta en dos aspectos. Por una parte, es expresión de necesidades y particularidades de la sociedad nicaragüense y, por otra, se basa en la tendencia ampliadora de protección penal de importantes bienes jurídicos para las personas y la sociedad.

d) Proyecto de Código Procesal Penal

El Código de Instrucción Criminal, de 29 de marzo de 1879 (vigente), está fundamentado en la ideología del Juicio Inquisitivo de la Europa feudal de 1500. La investigación es secreta; el proceso es burocrático, despersonalizado, discriminatorio, no garantista, escrito e ineficiente. La mayoría de las pruebas para acusar o absolver a una persona se producen en la etapa secreta (en la etapa instructiva); las víctimas o acusados prácticamente no ven nunca al juez; la figura del juez constitucional es suplantada por la figura del secretario; el procurador penal es un agente pasivo y un simple dictaminador de las pruebas que recolecta el juez inquisitivo.

Existe actualmente en la Asamblea Nacional un Proyecto de Código Procesal Penal. Este Proyecto presentado por la Corte Suprema de Justicia (elaborado por un centro académico estadounidense), establece un modelo acusatorio puro, el juicio oral, un sistema de alternativa a la justicia (mediación, bargaining, regateo de la justicia o, como dice el profesor argentino ZAFFARONI, más pudorosamente llamado «negociación»); la víctima depende del ejercicio de la acción del Fiscal; establece mayores facultades a la policía nacional para la «lucha» contra la criminalidad como la interceptación de comunicaciones escritas, telefónicas, telegráficas, electrónicas u otras formas de telecomunicaciones. También (y en detrimento de los derechos fundamentales de la persona) faculta a la policía a «emitir» orden de detención, efectuar requisita personal, inspección e investigación corporal, registro de vehículo, naves y aeronaves sin el consentimiento de la persona, todo realizado

con base al concepto de «sospecha grave», y sin orden judicial. Este modelo procesal, producto del poder mundial («unipolar») de la globalización, contiene elementos ideológicos autoritarios que provienen del siglo XVIII y a veces del siglo XIX. Un modelo de justicia por otro, del juez inquisitivo al Fiscal (o Policía) inquisitivo. En este caso, lamentablemente, el país no ha debatido qué modelo de justicia penal procesal desea conforme a sus necesidades e intereses.

e) Ministerio Público

La Ley 346/2000, de 11 de octubre, Ley Orgánica del Ministerio Público, crea el Ministerio Público. Esta institución nace (formalmente) como una institución independiente, con autonomía orgánica, funcional y administrativa, que tiene a su cargo la función acusadora y la representación de los intereses de la sociedad y de la víctima del delito en el proceso penal, a través del Fiscal General de la República, subordinado a la Constitución Política de la República y a las leyes.

Entre las atribuciones relevantes que la ley le confiere se encuentran: Promover de oficio o a instancia de parte la investigación y persecución de delitos de acción pública; remitir a la Policía Nacional las denuncias recibidas para que practique la investigación respectiva con las instrucciones jurídicas que estime pertinente; recibir las investigaciones de la Policía Nacional y determinar bajo su responsabilidad el ejercicio de la acción penal; ejercer la acción penal en los delitos de acción pública; ejercer la acción penal por delitos reservados exclusivamente a la querrela privada, cuando los ofendidos sean personas incapaces o con problemas de discapacidad, siempre que carezcan de representante legal; ejercer la acción civil en los casos previstos por la ley.

Panamá

Dr. Carlos Enrique Muñoz Pope
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Panamá

I. Introducción

Las reformas penales aprobadas en los últimos años en Panamá, como lo veremos a continuación, adolecen de muchos defectos y ponen de relieve la falta o inexistencia de una auténtica política criminal de Estado.

Se ha reformado el Código Penal de forma coyuntural sin coordinación entre las diversas leyes que afectan una determinada materia, lo que pone de manifiesto la actuación de sectores que impulsan reformas que se dirigen a beneficiar los intereses de tales grupos u organizaciones.

Como veremos a continuación, las principales reformas a la legislación penal aparecen aprobadas por medios de las leyes 26/2000, 37/2000 y 41/2000, aunque también en las leyes 46/1999 y 3/2000 se aprobaron modificaciones al Código Penal.

II. La reforma introducida por la Ley 26/2000

Esta Ley introdujo modificaciones al Código Penal, al Código Judicial y otras disposiciones que no podemos detallar, por obvias razones de espacio.

En lo que respecta al Código Penal, introdujo una innecesaria modificación al homicidio agravado, pues el nuevo numeral 9 que ahora se introdujo aumentó las agravantes que justifican considerar como homicidio agravado y no como homicidio simple, la muerte de la persona secuestrada.

Los autores del proyecto, los legisladores y el Ejecutivo olvidaron que no se necesitaba esa nueva agravante, pues si tal muerte se producía el delito de homicidio era siempre agravado por tratarse de una muerte causada en conexión con un delito anterior que se consagra en el numeral 5 del art. 132 o por razón de haber cometido un delito, para lograr su ocultación, ventaja o impunidad a que se refiere el numeral 6 del art. 132.

Con esta reforma se observa que no siempre los que intervienen en la misma saben lo que hacen o conocen, con propiedad, el Derecho penal vigente en el país en un momento determinado.

Por otra parte, esta Ley también introdujo un nuevo artículo para el homicidio culposo (cuando lo causen por medio de vehículos a motor), se modificó el tipo de lesiones gravísimas del art. 137, se adicionaron nuevos numerales al hurto agravado del art. 184 (cuando se trate de productos de mar o de insumos a bordo de embarcaciones, productos hidrobiológicos que se encuentren en el sitio natural de producción y cuando se comete en un centro educativo o religioso reconocido por el Estado), se modificó el delito de secuestro, que tiene pena de 5 a 12 años de prisión y se crearon doce agravantes para el secuestro, con penas de 7 a 15 años de prisión y se modificó el delito del art. 189 (llevar correspondencia o mensajes en casos de secuestro siempre que no se haya intervenido en el delito como cómplice primario, cómplice secundario o instigador) que tenía pena de 20 a 50 días multa por una nueva de 2 a 4 años de prisión.

IV. La reforma introducida por la Ley 37/2000

Por medio de esta Ley, que consta de sólo dos artículos, se introdujo el requisito de la existencia de un perjuicio para que estemos en presencia de un delito de falsedad en grado de consumación.

El artículo 1 de esta ley, que adiciona un nuevo artículo al Código Penal, el 272- A, dispone que "En los casos de que tratan los artículos 265, 266, 267 y 270, será necesario que se acredite el perjuicio causado".

La reforma, no obstante, es totalmente inadecuada y deja sin punibilidad toda una amplia gama de conductas de falsedad de documentos públicos, que tiene pena de prisión que oscila entre 2 y 5 años, falsedad de documentos privados, que tiene pena que oscila entre 6 meses y 2 años de prisión, y de falsedad de certificados médicos que se castiga con pena pecuniaria o prisión en su modalidad agravada.

Evidentemente como se pretendió proteger a algún delincuente allegado a alguna autoridad que tenía la posibilidad de proponer la reforma de las falsedades sin tener los conocimientos técnicos para producir la reforma en forma integral, se dejó por fuera la falsedad ideológica (hacer incluir un hecho falso en un documento auténtico), que no está supeditada a la comprobación del perjuicio para que el delito quede configurado.

Se olvidaron, afortunadamente, los que propusieron la reforma, de que el delito consumado no se perfecciona si no hay o no se acredita el perjuicio causado, pero no por ello el sujeto queda exente de punibilidad, pues la figura de la tentativa podrá ser aplicada supletoriamente ante la inexistencia de la consumación.

Es realmente monstruoso e inaceptable que se haya reformado el Código Penal en el sentido antes expuesto, pues el sujeto que falsifica una Escritura Pública debe ser penalizado por tal proceder con absoluta independencia de que haya producido o no algún perjuicio con su actuar, pues la fe pública que representa la afirmación o contenido incluido en la Escritura Pública en cuestión queda afectada y disminuida frente a la totalidad de la comunidad, que llega a dudar de la veracidad de todas las escrituras o documentos públicos.

V. La reforma introducida por la Ley 41/2000

Por medio de esta Ley se reformaron los artículos 170 y 190 del Código Penal, que tratan de los delitos de revelación de secretos y estafa, respectivamente, para introducir una agravante al delito de revelación, cuando la misma se comete por servidor público que tiene acceso a la información

por razón de sus funciones, y una mayor penalidad en la estafa simple y en la estafa agravada, se derogaron la mayoría de delitos relacionados con el lavado de dineros provenientes del tráfico de drogas y se crearon nuevos tipos penales para incriminar el blanqueo de capitales.

Con la reforma a la estafa, la pena de la figura básica se aumenta de 6 meses a 2 años de prisión y 50 a 200 días- multa a una nueva pena de 1 a 4 años de prisión e igual cantidad de días multa, pero ahora se introduce, adicionalmente, una pena mayor en la agravante del párrafo final del citado artículo, que aumenta la misma de 5 a 10 años de prisión, cuando la lesión patrimonial que se produce excede los cien mil balboas 6/1999 o la comete un apoderado, gerente o administrador en ejercicio de sus funciones o se comete en detrimento de la administración pública o de un establecimiento de beneficencia, sin que en estos casos interese la cuantía del objeto material del ilícito. En la agravante mencionada, se introduce, por primera vez, al gerente que abusando de sus funciones se procura para sí o para un tercero un beneficio sin importar el monto o la cuantía del objeto material del delito.

Con ello se quiere legislar para el futuro, pues la experiencia de los últimos años, en los que se han acusado a Presidentes, gerentes o administradores de entidades bancarias por estafas de cincuenta o cien millones de dólares, como responsables de delitos que no justifican la prisión preventiva o que tienen penas que no excederán jamás de 3 años de prisión, no puede repetirse. Sin duda la reforma está bien intencionada, pero se deben adoptar otras modificaciones en el sistema de control o supervisión de bancos, entidades crediticias o sociedades anónimas que ofrezcan en forma pública sus acciones a los particulares, para que haya más control contable sobre las mismas.

Sin duda las normas que se refieren a la incorporación de los nuevos delitos de blanqueo de capitales, ahora previstos en los artículos 389, 390, 391, 392 y 393 del Código Penal, constituyen los aspectos más importantes de esta Ley. Sobre todo porque la desafortunada técnica legislativa usada en la misma derogó los delitos antes previstos en los artículos 263-A, 263-B, 263-CH, 263-E y 263-G del Código Penal, que ahora desaparecieron del texto punitivo panameño, pues los nuevos que se crearon en esta Ley no se podrán aplicar retroactivamente a los sujetos acusados de cometer los que ahora se han derogado y los nuevos que se incorporan a Código Penal no se podrán aplicar a los sujetos que cometieron tales conductas al amparo de la legislación anterior, hoy día ya derogada.

Una desafortunada técnica legislativa, al amparo de las presiones del GAFI y de los Estados Unidos, que incorporó como delito el blanqueo de ca-

pitales no sólo de dineros y valores provenientes del tráfico de drogas sino también provenientes del tráfico de armas, secuestro de personas, estas agravadas, tráfico de personas, extorsión, peculado (malversación), terrorismo, corrupción de servidores públicos (cohecho) y robo o hurto internacional de vehículos.

VI. Las reformas introducidas en otras leyes no penales

Por medio de las leyes 46/1999 y 3/200 se dictaron normas especiales que se refieren a la actividad apícola y a las infecciones de transmisión sexual, el virus de inmunodeficiencia humana y el SIDA, respectivamente.

En la Ley 46/1999 se introdujo un nuevo artículo al Código Penal, de forma que ahora el art. 252- A dispone que "La pena a que se refiere el artículo anterior será de 2 a 5 años de prisión, si el delito se comete por persona enferma o portadora de alguna infección de transmisión sexual de la inmunodeficiencia humana y que, sabiendo su condición, transmita una de estas infecciones a una persona sana, de forma intencional". No cabe duda, sin embargo, que la referencia al artículo anterior es inexplicable, pues se trata de un nuevo delito al que bien se le pudo dar una mejor redacción.

Por lo que respecta a la Ley 46/1999, se introdujo una nueva agravante al hurto del art. 184, pues el nuevo numeral 9 permite la agravación de la pena cuando el hurto recae sobre "productos agropecuarios o apiarios, que se encuentren en el sitio natural de producción", al tiempo que se introdujo una agravante en el delito de daños, que tiene pena de 10 a 50 días- multa en la figura básica, lo que permite castigar como forma agravada con pena de 6 meses a 2 de años de prisión y de 50 a 100 días- multa si el mismo se comete "a los apiarios, equipos o instalaciones utilizados en la apicultura".

VI. A modo de conclusión

Luego de la exposición anterior, es evidente que en Panamá no hay una política criminal definida ni nada parecido a ello.

Cada vez que se reforma el Código Penal se hace de forma coyuntural y en forma defectuosa, produciéndose reformas mal elaboradas e insustanciales en algunos casos. Ello evidencia un desconocimiento de la ley penal y esta forma de legislar es peligrosa, pues pone de manifiesto que no se sabe lo que se está haciendo.

Basta ya de reformas coyunturales, oportunistas y sin sentido. El país necesita un nuevo Código Pe-

nal y los especialistas debemos asumir la tarea de la reforma integral del ordenamiento penal y procesal penal, que no hemos abordado en esta ocasión, pero que ha sido objeto de nuestra atención en los últimos tiempos.

Polonia

Dra. Barbara Kunicka- Michalska

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

1. Desde hace 12 años en Polonia se realizan reformas en la legislación polaca, relacionadas con el cambio de régimen político, económico y social, que tuvo lugar en 1989 y también con la necesidad de adaptar las soluciones jurídicas polacas a las soluciones aceptadas en la Unión Europea. Las reformas abarcan toda la legislación polaca, es decir, todas las ramas del derecho. Las reformas de la legislación penal y procesal penal constituyen una parte esencial del "movimiento legislativo reformador".

2. El año 1997 tuvo una importancia esencial para las reformas, ya que entonces se aprobó la nueva Constitución de la República de Polonia. La nueva Constitución, al establecer que Polonia es un estado democrático de derecho (el art. 2 de la Constitución), basándose en el principio del respeto de la dignidad humana, impone reglas importantes para el Derecho Penal. Esas reglas fueron introducidas para fortalecer las garantías penales desarrolladas en la legislación penal.

3. En 1997 fueron aprobados también tres nuevos códigos en materia de Derecho Penal, es decir, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código de Ejecución Penal. Los tres entraron en vigor el día 1 de septiembre de 1998. Al mismo tiempo fueron derogados los Códigos anteriores de 1969.

Los tres Códigos mencionados introdujeron cambios profundos e importantes en el derecho penal subjuntivo, en el enjuiciamiento criminal y en el proceso de ejecución de las penas, conformes con el concepto del Estado de Derecho y con las normas internacionales relacionadas con la protección de Derechos humanos.

4. Con el nuevo Código Penal de 1997 se adoptó una nueva axiología de la penalidad, basada en concepto del Estado de Derecho. El derecho penal anterior, cuya vigencia fue prolongada en la Polonia comunista, era el derecho de un país totalitario. Una de las principales ideas del nuevo Código Penal parte de la base de que la gravedad del castigo debe corresponder al principio de su *ultima*

ratio, porque el derecho penal debe considerarse solamente un medio auxiliar en la prevención de los delitos. Entonces, la idea que sirvió a los autores del nuevo Código Penal fue el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal. Otra idea básica del nuevo Código es la protección de la dignidad humana, al mismo tiempo de la víctima y del autor del delito, así como de los bienes que sirven para el desarrollo del ser humano y su convivencia con otra gente en paz. En el nuevo Código Penal se rechazó un concepto, básico en el Código anterior, según el cual la efectividad de la lucha contra la delincuencia dependía, sobre todo, de la severidad de la pena.

El Código Penal polaco de 1997 cuenta con 363 artículos. En Polonia no existe un Código Penal Militar especial y las normas sobre los delitos militares se encuentran en el Código Penal, formando su parte militar. En total el Código Penal polaco consta de tres partes: la General, la Especial y la Militar. La Parte General abarca 116 artículos, divididos en quince Capítulos. Comprende las normas dedicadas a los principios de la responsabilidad criminal y todas las cuestiones relacionadas con esta responsabilidad, las penas, las medidas penales, las medidas relacionadas con el sometimiento del reo a la prueba, las medidas de seguridad, las reglas para la aplicación de las penas y de medidas y a otras cuestiones que exigen las reglas generales. La Parte Especial contiene las normas dedicadas a los delitos en especie (y a sus penas). Se divide en veintidós Capítulos que comienzan por las normas sobre los delitos contra la paz y la humanidad, sobre los crímenes de guerra, y terminan con las normas sobre los delitos contra la circulación de la moneda y otros valores. La Parte Militar del Código Penal contiene 47 artículos. Comprende normas generales concernientes a los militares y normas sobre los delitos en especie (y sus penas) relacionados con el servicio militar.

5. El Código de Procedimiento Penal de 1997 se compone de 15 Secciones divididas en 75 Capítulos con 682 artículos. En las citadas 15 Secciones fueron agrupadas las normas: preliminares, relativas al tribunal, relativas a las partes, al acusador, al defensor, al plenipotenciario, a los representantes sociales, a los actos procesales, a las pruebas, a las medidas de represión, al procedimiento preparatorio (la investigación), al procedimiento ante el tribunal de primera instancia, al procedimiento de recurso, a los procedimientos especiales, a los recursos extraordinarios, al procedimiento cuando las sentencias ya son firmes, al procedimiento relacionado con asuntos penales en las relaciones internacionales, a los costos del proceso y al procedimiento penal en los casos sometidos a la propiedad de los tribunales militares.

6. El Código Penal Ejecutivo de 1997 comprende 259 artículos repartidos en cuatro partes: la General, la Especial, la Militar y la Final. La Parte General comprende las normas generales relacionadas con la vigencia del Código, los órganos del procedimiento ejecutivo, las normas concernientes al condenado (sus derechos y obligaciones), las normas relativas al procedimiento ejecutivo, a la supervisión penitenciaria, a la cancelación de la condena y a la participación de la sociedad en la ejecución de las sentencias, así como a la ayuda social en la reeducación de los condenados. La Parte Especial concierne a la ejecución de las distintas penas (se dedica una atención singular a la ejecución de las penas de privación de la libertad), a las medidas penales, a las medidas que consisten en someter al autor del delito a una prueba y a las medidas de seguridad, al arresto provisional, así como a las costas procesales. La Parte Militar comprende las normas ejecutivas concernientes a los militares y en la Parte Final se explican las formulaciones empleadas en la legislación y se ofrecen las normas transitorias y finales.

7. Los tres Códigos mencionados sufrieron varias modificaciones parciales en los años 1998-2000.

8. El 10 de septiembre de 1999 se aprobó el Código Penal Fiscal, que entró en vigor el 17 de octubre de 1999. Al mismo tiempo fue derogada la Ley penal fiscal del 26 de octubre de 1971 (con las enmiendas posteriores), que estuvo en vigor durante 27 años. El nuevo Código Penal Fiscal cuenta con 191 artículos y se compone de tres Secciones. La primera concierne a los delitos y las contravenciones fiscales (112 artículos) y se refiere al derecho penal fiscal subjuntivo. Contiene una Parte General y otra Especial. La Parte General se parece a la Parte General del Código Penal con las modificaciones características para el derecho penal fiscal. La Parte Especial se refiere a los actos punibles en especie (y sus penas). La Sección II del Código Penal Fiscal contiene normas procesales que se refieren al procedimiento en los casos de delitos y de contravenciones fiscales. La Sección III se refiere al procedimiento ejecutivo en las mismas causas. El nuevo Código Penal Fiscal, aunque muy reciente, ya sufrió algunos cambios parciales. El Código Penal Fiscal constituye una parte esencial de las reformas del Derecho Penal.

9. Todavía no han terminado los trabajos sobre el nuevo Código de Contravenciones (subjuntivo y procesal), aunque se desarrollan ya desde hace mucho tiempo. Se espera su conclusión en el año 2001, ya que según la norma constitucional, en octubre se abolirán los órganos administrativos procesales, llamados "colegios para las contravenciones" (que hasta ahora resuelven las causas re-

lacionadas con las contravenciones) y todas sus causas serán transferidas a los tribunales. El proyecto del nuevo Código de Contravenciones (muy amplio) ya está preparado. Hasta ahora siguen en vigencia el Código de Contravenciones del año 1971 y el Código de Procedimiento en las Causas sobre las Contravenciones de 1971 r. (ambos con enmiendas parciales posteriores).

10. Por lo que atañe al tratamiento jurídico penal del menor, en Polonia rige la Ley de 26 de octubre de 1982 (con las enmiendas posteriores) "sobre el procedimiento en las causas de menores", del que se habló en la *Revista Penal*, n.º 5 (enero 2000), pág. 187-188. En el otoño de 2000 tuvo lugar una reforma importante de la citada Ley.

11. Junto a los Códigos mencionados hay muchas otras leyes vigentes que comprenden numerosas normas penales y que también sufrieron a menudo modificaciones en los años 1997-2000.

12. En los años 1999-2000 se desarrolló en Polonia un amplio debate sobre una nueva y gran reforma de la legislación penal. La reforma planeada tenía dos causas principales. La primera resultaba de la necesidad de corregir los Códigos para mejorarlos después de dos años de vigencia, es decir, tras un período que hacía posible detectar en la práctica sus defectos. La segunda causa era mucho más compleja, ya que se debía a las críticas formuladas contra la legislación penal de 1997 y, sobre todo, del Código Penal de 1997, como consecuencia del aumento de la delincuencia y, en particular, de los crímenes brutales, registrado en Polonia en el período de la transformación política, económica y social. Los adversarios del Código Penal de 1997 afirmaban que era demasiado benigno para los delincuentes y postulaban la agravación considerable de las penas previstas.

El nuevo Ministro de Justicia –desempeña su cargo desde hace 10 meses– es partidario de una reforma profunda del Código Penal y del aumento de su severidad, es decir, de la agravación considerable de las penas (su elevación). Aunque el nuevo proyecto de la reforma, basado en esta idea, ya está en el Parlamento y los diputados ya trabajan en él, son muchos sus adversarios. Los autores del Código de 1997 y muchos otros expertos en Derecho Penal se oponen al proyecto porque consideran que, la severidad de las penas por sí solo no es una panacea capaz de reducir la delincuencia. Señalan que el índice de delincuencia en Polonia (el número de delitos por cada cien mil habitantes) sigue siendo inferior al que tienen varios países de la Europa Occidental. El debate sigue abierto.

El proyecto de cambios en el Código Penal no es más que una parte de la reforma planeada de la legislación penal. Igualmente, se van a modificar el

Código de Procedimiento Penal y el Código de Ejecución Penal.

Portugal

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Legislação Penal (1997 a 2001)

Introdução

1. Nos últimos quatro anos (de 1997 a 2001) têm sido muitas as alterações legislativas ao Código Penal (CP) e ao Código de Processo Penal (CPP), para além da legislação avulsa que tem sido criada. No presente texto procurarei oferecer uma informação genérica (não exaustiva) sobre o essencial dessas intervenções legislativas, em função dos instrumentos em que incidiram. Não se incluem nesta listagem, por meras razões de economia de espaço, os diplomas relativos ao Direito de Mera Ordenação Social, nem a jurisprudência obrigatória do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça, que são igualmente importantes para a configuração do sistema jurídico penal.

Embora alguns dos diplomas merecessem uma análise crítica, os limites de espaço existentes não permitem mais do que uma breve nota sobre o seu conteúdo. O Leitor interessado poderá realizar uma consulta directa ao *site* da Imprensa Nacional, onde encontrará a versão electrónica dos diplomas, no seguinte endereço: www.incm.pt.

2. Não pode, contudo, deixar de se reflectir sobre o excesso manifesto de intervenção legislativa em matéria penal, sendo certo que, por um lado, a quantidade nem sempre corresponde à qualidade e, por outro, essa intervenção se faz sentir sobre instrumentos básicos (como as codificações) que deveriam ser mais estáveis e menos vulneráveis às flutuações de opinião do poder político e às pressões (de cunho populista) exercidas por via dos *mass media*.

Em parte, este é um problema genético de algumas democracias representativas, em que governos eleitos por 4 anos (sejam de esquerda, do centro ou de direita) procuram intervir o mais possível para deixar a sua marca política, perante a incerteza quanto ao sentido de voto nas próximas eleições. E, não raras vezes, "governam legislando", isto é, usando mediaticamente o poder legislativo como se fosse uma parte do exercício do poder executivo, revelando, ademais, uma crença quase ingénuo no poder transformador das suas decisões legislativas. Neste contexto, acaba por

ser extremamente difícil desenvolver projectos de Política Criminal que não sejam meras soluções conjunturais. A própria consistência das opções legislativas é posta em causa neste ambiente.

3. Num panorama geral, podemos afirmar que as grandes tendências que se desenham na legislação criminal destes últimos quatro anos são as seguintes:

a) Preocupação em criar regimes especiais de protecção às vítimas, seja no plano da criminalização de condutas, seja no campo dos mecanismos de intervenção processual e de apoio pré e pós processual;

b) Simplificação do Direito Processual Penal, no sentido de alargar o campo de aplicação das formas especiais de processo (em regra mais céleres, mas com uma relativa diminuição de garantias processuais) e de alargar as possibilidades de julgamento na ausência do arguido;

c) Preocupação extrema em combater a morosidade processual, criando diversos regimes especiais que a visam contrariar (notificações simplificadas, prazos para marcação de audiências, obrigatoriedade de proferir decisões logo que seja finda a instrução e o julgamento);

d) Reforço da capacidade de intervenção autónoma das polícias na investigação criminal;

e) Especial preocupação com a grande criminalidade, organizada, violenta e de carácter transnacional.

Vejamos então algumas das intervenções legislativas que tiveram lugar entre 1997 e 2001.

I. Alterações à “Constituição Penal”

A Constituição Portuguesa foi aprovada em 1976 e, entre outros aspectos, deve ser sublinhado o tratamento importante que dá aos direitos fundamentais e, nesse contexto, as diversas disposições relativas a matéria penal que contém (v.g. arts. 18.º, 19.º, 21.º a 35.º, 46.º, 117.º, 130.º, 134.º, al. f), 161.º, f), 165.º, n.º 1, als. c) e d), 271.º, 282.º, n.º 3).

A revisão constitucional de 1997 (Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro) alterou diversas normas da “constituição penal”. Dessas alterações pode destacar-se a reformulação do regime de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional (art. 20.º), onde se consagrou a protecção por via do segredo de justiça, o direito a obter uma decisão judicial em prazo razoável e mediante um processo equitativo e a consagração da figura da “acção popular”. Foram reformulados o regime da privação da liberdade por detenção precária ou para identificação de suspeito (art. 27.º) e o regime constitucional da prisão

preventiva (art. 28.º). Alargou-se o princípio da intransmissibilidade das penas, que passou a ser formulado como uma proibição de transmissibilidade da responsabilidade penal (art. 30.º, n.º 3). No art. 32.º (garantias de processo criminal) foram feitas diversas alterações, nomeadamente no sentido de permitir o julgamento na ausência do arguido, a participação do ofendido no processo penal (direito que já constava em termos amplos do CPP), sendo ainda consagrada a extensão das garantias de audiência e defesa aos processos sancionatórios em geral. O art. 33.º, que regula a expulsão, extradição e direito de asilo, foi reformulado, consagrando nomeadamente a proibição de expulsão de cidadãos nacionais e a proibição de extradição por motivos políticos ou por crimes a que corresponda no Estado requiriente pena de morte ou outra que implique uma lesão irreversível da integridade física.

Neste momento (abril de 2001), preparam-se novas alterações ao regime constitucional da extradição, de forma a viabilizar a adesão de Portugal ao Tribunal Penal Internacional. Sobre a matéria tem-se verificado uma divergência significativa de posições na opinião pública nacional.

II. Alterações ao Código Penal

O Código Penal vigente em Portugal é de 1982 (Dec.-Lei n.º 400/82, de 3 de setembro) e teve até ao ano 2000 cinco alterações, sendo as últimas as seguintes:

A Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, alterou diversas normas do Código Penal, nomeadamente o regime de aplicação da lei portuguesa no espaço, o regime da pena relativamente indeterminada e muitos tipos incriminadores em especial.

A Lei n.º 7/2000, de 27 de maio, transformou em crime público os maus tratos e infracções de regras de segurança relativamente a cônjuge, menor, pessoas particularmente indefesas e trabalhadores (art. 152.º do CP).

III. Legislação penal avulsa

A Lei n.º 22/97, de 27 de junho, veio estabelecer o regime de uso e porte de arma.

O Dec.-Lei n.º 316/97, de 9 de novembro, veio alterar o regime jurídico do cheque sem provisão (contido no Dec.-Lei 454/91, de 28 de Dezembro).

O Dec.-Lei n.º 385/97, de 24 de dezembro, veio dispor sobre a organização das condições práticas de aplicação e execução da pena de trabalho a favor da comunidade.

A Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, aprovou o novo regime de protecção de dados pessoais.

A Portaria n.º 189/98, de 21 de março, veio estabelecer as medidas a adoptar nos estabelecimentos oficiais de saúde que possuam obstetrícia com vista à efectivação da interrupção da gravidez nos casos previstos no art. 142.º do CP.

A Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro, prevê diversos crimes relacionados com a imprensa e contém igualmente regras especiais sobre autoria e participação nestes ilícitos.

A Lei n.º 141/99, de 28 de agosto, veio fixar o conceito legal de morte ("cessação irreversível das funções do tronco cerebral") e o seu processo de verificação.

Em 1999 foi reformulado o Direito Penal de Menores: a Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, veio criar um regime de protecção de crianças e jovens em perigo, e a Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, veio aprovar a "lei tutelar educativa".

A Lei n.º 29/99, de 12 de maio, veio decretar o perdão genérico e a amnistia de pequenas infracções.

A Lei n.º 129/99, de 20 de agosto, veio regular o adiantamento pelo Estado da indemnização devida às vítimas de violência conjugal.

O Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de julho, veio regular a dissecação de cadáveres e extracção de peças, tecidos ou órgãos para fins de ensino e investigação científica.

O Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro, aprovou o novo Código dos Valores Mobiliários, que prevê os crimes de abuso de informação, manipulação do mercado e regime de averiguações preliminares.

A Lei n.º 30/2000, de 29 de novembro, veio definir o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. Entre outros aspectos, este diploma descriminalizou o consumo de drogas, transformando-o num ilícito de mera ordenação social.

A Lei n.º 323/2000, de 19 de dezembro, criou a rede pública de casas de apoio às vítimas de violência.

O Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de janeiro, veio alterar o regime de entrada, permanência, saída e expulsão de cidadãos estrangeiros de território nacional (contido no Dec.-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto).

IV. Alterações ao Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal em vigor em Portugal é de 1987 (Dec.-Lei n.º 77/87, de 17 de feverei-

ro) e teve até ao ano 2001 dez alterações, sendo as últimas as seguintes:

A Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, alterou o CPP em muitos aspectos, entre os quais se destaca o alargamento (e simplificação) do campo de aplicação das formas especiais de processo (sumário e sumaríssimo) e a criação de uma nova forma especial de processo designada por "processo abreviado".

A Lei n.º 7/2000, de 27 de maio, alterou os artigos relativos à suspensão provisória do processo (arts 281.º e 282.º do CPP), adaptando-os às alterações que foram introduzidas ao crime de maus tratos e infracção de regras de segurança (art. 152.º do CP).

O Decreto-Lei n.º 320-C/2000, de 15 de dezembro, veio alterar o CPP estabelecendo diversas medidas de simplificação e combate à morosidade processual, com destaque para um regime simplificado de notificações por via postal simples e um conjunto de regras que obrigam os juizes na fase de instrução e nos processos especiais (sumário e abreviado) a ditar de imediato a sentença para a acta, respectivamente no fim do debate instrutório e no final do julgamento.

V. Legislação processual penal avulsa

A Lei n.º 60/98, de 27 de agosto, aprovou o Estatuto do Ministério Público.

A Lei n.º 36/98, de 24 de julho, aprovou a Lei da Saúde Mental, através da qual se regulou o internamento compulsivo e voluntário de pessoas com doenças mentais.

A Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro, aprovou a lei de imprensa, contendo disposições relativas ao procedimento por crimes de imprensa.

A Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro, aprovou a lei de organização e funcionamento dos tribunais judiciais, incluindo regras de distribuição de competências em matéria penal. O diploma foi depois regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 186-A/99, de 31 de maio.

A Lei n.º 90/99, de 10 de julho, altera a legislação (Lei n.º 36/94, de 29 de setembro) sobre medidas de combate à corrupção e à criminalidade económica e financeira.

A Lei n.º 93/99, de 14 de julho, veio regular a aplicação de medidas de protecção a testemunhas em processo penal.

A Lei n.º 122/99, de 20 de agosto, veio regular o regime da medida de coacção de vigilância electrónica, prevista no art. 201.º do CPP.

A Lei n.º 144/99, de 31 de agosto, aprovou a lei de cooperação judiciária em matéria penal.

O Decreto-Lei n.º 295/99, de 3 de agosto, regulamentou a base de dados da Procuradoria-Geral da

República sobre extradições activas e passivas e o Decreto-Lei n.º 293/99, de 3 de agosto, regulamentou as bases de dados da mesma entidade relativas a pedidos de transferência de pessoas condenadas.

A Lei n.º 21/2000, de 10 de agosto, veio organizar em novos termos a investigação criminal.

O Decreto-Lei n.º 184/2000, de 10 de agosto, aprovou o novo regime das marcações de audiências de julgamento.

O Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 9 de novembro, aprovou a nova Lei orgânica da Polícia Judiciária.

República Dominicana

Prof. Ana Cecilia Morún.

Universidad Autónoma de Santo Domingo

En nuestro País en el año 1808 fue adoptada en su versión haitiana la legislación procesal penal del código de instrucción criminal napoleónico, luego adoptamos las modificaciones de 1816 y de 1832; luego en el año 1845 la República Dominicana adoptó los códigos franceses de la Restauración de 1832 en su idioma original. Este hecho ha ocasionado una serie de dificultades e inconvenientes en el ejercicio de nuestra vida jurídica. Esto es, que República Dominicana ha tomado prestada una legislación de un pueblo diferente, con costumbres, idioma y hábitos distintos; que no se ajusta a nuestra realidad social, cultural y política, presentando dificultades en su aplicación.

El sistema procesal penal vigente es el mixto clásico o inquisitivo reformado; los cambios que nuestro sistema jurídico penal y procesal ha tenido son realizados por el legislador dominicano, y sin embargo no han sido realmente originales, sino que son consecuencias de las modificaciones que a lo largo de todos estos años han ocurrido en la legislación francesa, manteniéndose intactas las lagunas y deficiencias en nuestra legislación, producto de las grandes diferencias que siempre han existido entre Francia y República Dominicana. En tal sentido, nuestro sistema jurídico ha presentado deficiencias, pero no obstante esta situación, nuestra comunidad desde hace varios años mantiene una actitud de preocupación a los fines de que se inicien cambios para caminar el trayecto hacia el desarrollo y progreso de nuestro sistema jurídico, y con el impulso de éste organizar la sociedad que nos permita una mejor y más justa convivencia.

Las reformas que hemos logrado en nuestra legislación penal y procesal penal entre los años de 1997 a 2000 son producto del consenso general de

nuestra sociedad. Involucrándose de lleno las instituciones gubernamentales, las instancias judiciales, la sociedad civil en general, los grupos profesionales, culturales, los partidos políticos, en fin, que en honor a la verdad debemos admitir que realmente la comunidad ha participado, ha opinado y propuesto reformas y cambios, con el objetivo de que se desarrollen nuestras instituciones jurídicas. A continuación mencionaremos las reformas que República Dominicana ha obtenido, a saber:

1. Ley n.º 24-97: Publicada en la Gaceta Oficial n.º 9945 de fecha 28 de enero de 1997. En la cual se introducen modificaciones al Código Penal, al Código de Procedimiento Criminal y al Código para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Esta ley surge por la imperiosa necesidad y el clamor casi generalizado de toda la sociedad de frenar de manera contundente la violencia a la que se ha sometido por años a la mujer, a los niños y niñas y adolescentes, producto, entre otros factores, de la actitud machista, y la falta de educación que existe en nuestro país. Esta ley hace modificaciones al código penal, al código de procedimiento criminal y al código para la Protección de niños, niñas y adolescentes, en cuanto a las agresiones sexuales, en cuanto a los atentados contra la personalidad y la dignidad de la persona, en cuanto a los atentados a la filiación, al abandono y maltrato de niños, niñas y adolescentes, al secuestro, traslado y ocultamiento de niños, niñas y adolescentes, atentados al ejercicio de la autoridad del Padre y la Madre, abandono de familia.

2. Ley n.º 341-98: En la cual se modifica el actual sistema sobre libertad provisional bajo fianza, establecido en la Ley n.º 5439 de año 1915, con sus modificaciones. Surge por la necesidad de frenar serias dificultades provocadas por la lentitud a que se sometían los expedientes por ante la jurisdicción de instrucción preparatoria y su conocimiento del fondo por ante los tribunales, ocasionando acumulación de los procesos y por ende una gran cantidad de presos preventivos en el País. Por la aplicación de esta ley el juez de instrucción tiene la prerrogativa de otorgar o no la libertad provisional bajo fianza a un procesado, situación ésta que agiliza los procesos, ya que si el juez instructor tiene la responsabilidad de investigar y determinar si un procesado tiene indicios o no de culpabilidad para enviarlo a juicio o no, debe tener la posibilidad de otorgar libertad provisional bajo fianza, con garantías, ya que entre sus prerrogativas está la de suspender o no la prisión al prevenido, y esta acción no conlleva garantías.

3. Ley n.º 342-98: Publicada por la Gaceta Oficial n.º 9995 de fecha 14 de agosto de 1998. Esta ley modifica varios artículos del Código de Procedimiento

Criminal. Esta ley tiene la finalidad de organizar el funcionamiento y operatividad de las cámaras de calificación que son las encargadas de conocer los recursos interpuestos en contra de las decisiones emitidas por los juzgados de instrucción. Ya que en la legislación modificada y vigente hasta agosto de 1998, en muchos casos existían dudas sobre la garantía de las decisiones y no existían límites en los plazos para que las cámaras de calificación sean formadas, y estas dilaciones eran violatorias a los derechos de los procesados contribuyendo al aumento de los presos preventivos.

4. Ley n.º 46-99 : Publicada por la Gaceta Oficial n.º 10015 de fecha 31 de mayo de 1999. Esta Ley modifica el art. 7 del Código Penal Dominicano y el art. 106 de la ley n.º 224 del año 1984. Trata sobre las penas aflictivas o infamantes, y las clasifica en: 1.º la de reclusión mayor; 2.º la detención, y 3.º la reclusión menor. Y en todas las partes de nuestro código penal o leyes especiales señalen la pena de "trabajos públicos" debe leerse reclusión mayor por haber sido suprimida la de trabajos públicos, y donde se lea "reclusión" debe leerse como reclusión menor. ●