

BREVE ANÁLISIS DE ALGUNOS PRINCIPIOS BÁSICOS
DEL DERECHO PENAL
EN LEGISLACIÓN COMPARADA

Dr. Marco Guerrero Machado
Dra. Zoila Alvarado Moncada



BREVE ANÁLISIS DE ALGUNOS PRINCIPIOS BÁSICOS
DEL DERECHO PENAL
EN LEGISLACIÓN COMPARADA
PRIMERA EDICIÓN



BREVE ANÁLISIS DE ALGUNOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO
PENAL EN LEGISLACIÓN COMPARADA

Autores

Dr. Marco Guerrero Machado
Dra. Zoila Alvarado Moncada

Libro sometido a revisión de pares académicos.



Edición
Diagramación
Diseño
Publicación

Maquetación.

Grupo Compás

Cámara Ecuatoriana del Libro - ISBN-E: 978-9942-760-84-5

Guayaquil - Ecuador

Índice

PRÓLOGO.....	5
1.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	7
ORIGEN. -.....	7
ASPECTOS BÁSICOS DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	10
Recurso entablado. -.....	12
Posición del Ministerio Público. -.....	13
Lo que el Tribunal resolvió. -.....	14
LEYES PENALES EN BLANCO. -.....	16
PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.....	18
EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.	
EXTRATERRITORIALIDAD.....	21
PRINCIPIOS QUE JUSTIFICAN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL FUERA DEL TERRITORIO DEL ESTADO.....	24
Principio real o de defensa:.....	25
Principio de personalidad:.....	26
PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	27
APLICACIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	36
Caso narcotráfico de drogas. -.....	36
Garantías judiciales violadas:.....	38
1.-Derecho a ser oída con las debidas garantías.-.....	38
2.- Derecho a que se presuma la inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.....	39
2. b.- Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.....	40
2. c.- Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.....	41
2. g.- Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.....	43
Garantías afectadas legítimamente:.....	44
2. f.- Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.....	44
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.....	46
2.- Caso Muller. -.....	46
a) Señale qué medidas debe adoptar el Estado para garantizar la actividad artística del sr. Muller.....	48
b) Señale si la prisión preventiva decretada por el juez cumple con el art. 9 N° 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.....	49
c) Señale si la restricción a los derechos de que ha sido objeto el sr. Muller es legítima a la luz del art. 19 N° 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.....	51
Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.....	52
La flexibilización en el Derecho Penal: ¿tendencias del moderno Derecho Penal?”.....	54
Algunas consideraciones que el autor de este artículo realiza.....	54

PRÓLOGO

Los autores en su texto presentan la recopilación sistémica de información establecido en el principio de la legalidad, como uno de los factores que se establecen durante la investigación se indica que en virtud del principio de legalidad que todos los poderes públicos se encuentran sujetos a la Ley. En el principio de legalidad encuentran los poderes públicos al mismo tiempo un principio de legitimidad, en cuanto su actuación queda apoyada en un Derecho democráticamente consentido, y un principio de limitación formal o jurídica.

En el texto podemos identificar un análisis profundo de artículos relacionados con la temática al igual que la presentación de diversos títulos los cuales colaboran con el entendimiento y desarrollo de una lectura programática, abordando los temas de interés para estudiantes y académicos de relevancia.

La estructura del texto permite establecer dos estancias de la investigación la cual se presenta en la aplicación de garantías constitucionales y el estudio de casos como el narcotráfico de drogas mientras que el principio de la legalidad se denota como un primer capítulo introductorio al desarrollo de un proceso investigativo con gran aporte a la comunidad universitaria.



1.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD

ORIGEN. -

El principio de legalidad tiene su origen en el siglo XVIII, y parte como una reacción contra la injusticia, el abuso del poder y la inseguridad jurídica. ¹

Su verdadero enunciado está en el libro de los delitos y de las Penas de Cesar de Bonesana, marqués de Beccaria. En el capítulo "III Consecuencias" expresa que:

".....sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y que esta autoridad no puede residir más que en el legislador que representa aun toda la sociedad agrupada por un contrato social....." ²

El principio de legalidad penal, fue expresado por Anselmo Von Feuerbach con el aforismo latino *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*, lo que significa que no hay delito, no hay pena, sin ley previa.

La doctrina lo ha definido como aquel por el cual no hay delito ni es posible la imposición de una pena sino cuando exista una ley que incrimina el hecho respectivo, estableciendo además, la clase de castigo a que se encuentra sometido. ³

¹ Apuntes jurídicos. Principio de legalidad penal <https://jorgemachicado.blogspot.cl>

² Beccaria, Cesare, De los delitos y de las Penas, Bogotá, Colombia: Temis, 3ra, 2005, página 74

³ S. Politoff, J. Matus, M. Ramírez: Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, página. 94; y E. Cury obra citada, página 165.

Como veremos a continuación, dicho principio es reconocido tanto en la Constitución como en las leyes y demás reglamentos internacionales.

Así en la Constitución de Ecuador dice que:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Así mismo, la Constitución chilena Art. 19, N°3, inc. 7 y 8 expone:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

Por otro lado, el Código Orgánico Integral Penal, trata este principio en el siguiente articulado:

Artículo 5.- Principios procesales.-

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla

De igual manera, el Código Penal chileno, lo consagra en su Art. 18, cuando expresa:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla, de oficio o a petición de parte. En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.”

La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, enuncia en su Art. 9:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, señala en su Art.15:

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave

que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni la condena de una persona por actos o comisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional”

Algunos autores enfatizan la importancia que este principio tenga el carácter de precepto constitucional. Puesto que, si sólo estuviera consagrado en la ley, podría generarse su posterior modificación o derogación, ya sea en forma total o parcial, expresa o tácita. ⁴

ASPECTOS BÁSICOS DERIVADOS DEL PRINCIPIO

DE LEGALIDAD

El principio antes descrito, debe ser considerado en tres aspectos básicos, a saber:

Ley previa (Lex Praevia). - La ley que establece el delito y la pena, debe haber estado establecida con anterioridad a los hechos que sanciona. Esto se vincula con el principio de irretroactividad de la ley penal el cual se aplica de forma general siendo la retroactividad la excepción cuando resulte más beneficiosa para el reo.

Ley escrita: (Lex Scripta): Exigencia de una ley. No puede imponerse una sanción en base a las costumbres o a los principios generales del derecho.

⁴ Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2008, núm. 10-r2. <http://criminet.ugr.es>

El juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar penas.

La ley debe haber sido dictada de acuerdo al procedimiento para la creación de leyes establecido por la Constitución Política de Chile. Esto se consagra en los artículos 19 N° 3 incisos finales donde se establece que solo por ley se podrá tipificar un hecho como delito y en el artículo 1 del Código Penal el cual señala que son delitos todas acciones u omisiones penadas por la ley, así como también el Código Orgánico Integral Penal en su artículo uno, donde su finalidad (entre otras), está la de tipificar las infracciones penales.

Ley estricta: (Lex Stricta): Es decir, el principio de legalidad prohíbe al juez penal aplicar la analogía a casos que no estén expresamente contemplados.

El precepto normativo no debe contener vaguedades al establecer y describir la conducta que se ha de tipificar como delito y la pena a imponer. Para ello, la ley debe ser clara y precisa en la descripción del supuesto de hecho y la pena a imponerse. De aquí se desprende el principio de taxatividad.

Este principio, ha pasado a ser universalmente admitido, sin embargo, en algunos casos ha sido aplicado de una forma diferente, dando incluso contrarias interpretaciones.

Brevemente resumiremos la siguiente sentencia chilena del caso sobre infracción de deberes militares del Art. 299 del Código de Justicia Militar.⁵

⁵ Sentencia de fecha nueve de noviembre de dos mil seis. Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional de Chile Rol N° 468-2006

Recurso entablado. -

Se interpone un requerimiento por inaplicabilidad del artículo 299, N° 3°, del Código de Justicia Militar, por contravenir el artículo 19, N° 3°, inciso final, de la Constitución Política, el cual establece: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella". Señala que la intención del Constituyente fue eliminar las denominadas leyes penales en blanco o abiertas y consagrar el principio de tipicidad, esto es, que toda ley que establezca penas describa las conductas que se sancionan en forma precisa, clara y patente. Analiza luego el artículo 299, N° 3°, del Código de Justicia Militar: "Será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados o con la pérdida del estado militar, el militar: 3° El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares." Manifiesta que la expresión deberes militares es demasiado amplia y no se basta a sí misma, motivo por el cual viola el ordenamiento constitucional. Agrega que ella no está definida ni descrita en el Código de Justicia Militar. Por otra parte, hace presente, en relación con la acción de inaplicabilidad, que no se trata de entrar a discutir a través de ella si se cumplió o no con deberes militares. Por su naturaleza, ésta sólo se dirige a demostrar en abstracto que el artículo 299, N° 3° del Código de Justicia Militar contraviene el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental.

Afirma que el artículo 299 número 3° del Código de Justicia Militar 3 constituye un ejemplo de leyes penales abiertas, pues dispone que incurre en delito de desobediencia el que "deje de cumplir sus deberes militares", pero omitiendo toda especificación respecto de cuáles son los deberes a que se hace referencia. No se encuentra en esa norma descrita completamente la conducta incriminada. Además, hace mención del principio de

legalidad o reserva, expresando que sólo la ley puede crear delitos y establecer sus penas, circunstancia que se vulnera en las leyes penales en blanco.

Posición del Ministerio Público. -

El Ministerio Público Militar por su parte, formuló sus observaciones, solicitando el rechazo de la acción deducida. En tal sentido señala, en primer término, que el artículo 299, N° 3°, del Código de Justicia Militar no es una norma de ley penal en blanco ilícita. En él se encuentra perfectamente establecida la acción prohibida.

Después de varios fundamentos, concluye afirmando que el artículo 299, N° 3°, del Código de Justicia Militar describe lo esencial de la conducta incriminada, dejando al reglamento la descripción específica de los deberes, es decir, precisiones en que el incumplimiento será castigado, pero permitiendo, sin lugar a dudas, a los ciudadanos, captar los presupuestos de punibilidad de las acciones u omisiones sancionadas penalmente, cumpliendo con la exigencia de tipicidad establecida en el artículo 19, N° 3°, inciso final, de la Constitución Política de la República.

Indica, que la Constitución no prohibió la existencia de leyes penales en blanco. De acuerdo a su artículo 19, N° 3°, inciso final, no es necesario que la conducta incriminada esté completa y precisamente descrita en la ley, sino que la conducta ilícita debe ser creada por ley, pero basta que ésta tenga una descripción somera, no completa, del tipo penal.

Según argumenta, en la especie, la conducta punible está expresamente descrita en la norma que se objeta, toda vez que se sanciona al militar que deje de cumplir sus deberes de igual naturaleza, haciendo clara referencia a que se trata de aquellos

no constitutivos de meras faltas a la disciplina, ya que estos últimos tienen sanción y tipificación especial; como tampoco de los otros incumplimientos de deberes descritos en preceptos específicos del Código de Justicia Militar, entre los cuales se encuentran los delitos de desobediencia, sustracción indebida al servicio, abandono de servicio, abandono de destino y abandono del puesto de centinela.

Lo que el Tribunal resolvió. -

El Tribunal, haciendo un extenso análisis del caso, resuelve rechazar el requerimiento de inaplicabilidad, entre otros, por los siguientes aspectos:

Que el texto definitivo del artículo 19, N° 3, inciso final, de la Constitución Política, subsistente hasta la actualidad, ha producido variadas interpretaciones sobre su alcance, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, prevaleciendo aquella que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro orden jurídico.

Que, según lo expuesto, la confrontación abstracta entre la disposición constitucional que establece la legalidad de la ley penal en el artículo 19, N° 3, inciso final, del Código Político, con las denominadas leyes penales en blanco, depende de la ubicación que éstas tengan en las diversas clasificaciones que la doctrina les atribuye según las condiciones mínimas que aquellas debieran cumplir y que la jurisprudencia ha incorporado en sus resoluciones. Bajo tal criterio, están permitidas por nuestro ordenamiento constitucional las llamadas leyes penales en blanco impropias o de reenvío, o sea, aquellas cuya remisión para la descripción de la conducta punible se encuentra en otra ley o en norma originada en la instancia legislativa, penal o no. Están permitidas, también, aquellas cuyo destino de remisión se

encuentra establecido expresamente en la ley, aun cuando sea una norma no originada en la instancia legislativa, y en la que se describa el núcleo central de la conducta punible.

Que al disponer “Será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados o con pérdida de su estado militar, el militar: 3º El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares”, la norma bajo tratamiento jurisdiccional ha sido mencionada como perteneciente al espectro de las leyes penales en blanco, tanto por la jurisprudencia como por alguna doctrina.

Que, sin perjuicio las observaciones expuestas y siguiendo el grueso de lo razonado precedentemente, puede afirmarse que la conducta descrita por el número 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del “núcleo central” de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en que los “deberes militares” no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, cuyo es el caso del requirente, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de “disciplinadas” que el artículo 101, inciso tercero, de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas.}

Que, consecuentemente, el artículo 299, numeral tercero, del Código de Justicia Militar contiene el núcleo básico de la conducta punible descrita y la certeza respecto de su conocimiento está asegurada para quienes afecta.

ANALISIS BREVE.

Como vemos, el punto central del problema serían las leyes penales en blanco, que como ya vimos anteriormente, se trata de la *lex stricta*.

Ahora bien, entendamos primeramente que son leyes penales en blanco.

LEYES PENALES EN BLANCO. -

Etcheberry señala, citando a Binding, que “son aquellas leyes incompletas, que se limitan a fijar una determinada sanción, dejando a otra norma jurídica la misión de completarla con la determinación del precepto, o sea, la descripción específica de la conducta punible”.

Así mismo, el profesor Garrido, citando una definición del jurista español Luzón Peña, dice que “ley en blanco es aquella en que su supuesto de hecho o al menos parte de su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido de otra norma extrapenal a la que se remite”.⁶

Es decir, serían aquellas leyes del ámbito penal que no describen plenamente la conducta punible, siendo socorridas en la descripción de la conducta por otras normas.

Ahora bien, dentro de estas leyes penales en blanco hay una clasificación las cuales son:

Propias. - cuando está perfeccionada por disposiciones infra legales como reglamentos, ordenanzas o cualquier otra fuente emanada de alguna autoridad administrativa (según jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile, acepta este tipo de ley siempre y cuando se den ciertas cualidades tanto en la norma legal como en la norma administrativa auxiliar).

⁶ Las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. <http://www.ubo.cl>

Impropias. - cuando a la norma que se hace referencia es de rango legal (siguiendo el mismo lineamiento del T.C, no habría problema de inconstitucionalidad por cuanto al tener como norma complementaria a otra de rango legal se satisface la exigencia constitucional).

Abiertas. - que no tiene norma complementaria alguna, ni siquiera preceptos infra legales, sino que la determinación o complementación queda entregada al mismo juez del fondo. (existe cierto consenso que éstas son derechamente inconstitucionales, dado que la descripción de la conducta penalmente reprochable ni siquiera existe en la norma infra legal, toda vez que será el juez quien la determine o pormenore la conducta típica).

Ahora bien, los requisitos que se exigen para que una ley penal en blanco no infrinja el principio de tipicidad, son:

- 1.- Que la norma legal cuente con el núcleo central de la conducta punible.
- 2.- Que en el mismo texto legal efectúe una remisión expresa a la norma de destino.
- 3.- Que el precepto infra legal complementario tenga cierta calidad que satisfaga la exigencia de constitucionalidad.⁷

En el caso analizado, recordemos que la conducta descrita por el número 3 del artículo 299 “deberes militares” no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos, estableciendo ello, una descripción acertada de la conducta punible.

Por otra parte, la remisión para describir la conducta punible se encuentra establecida en el propio cuerpo legal Código de Justicia Militar, al disponer el inciso primero de su artículo 431: "El Presidente de la República dictará en cada Institución los

⁷ Las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. <http://www.ubo.cl>

reglamentos correspondientes sobre los deberes militares, las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar.”

Si bien es cierto, las leyes penales en blanco están prohibidas en la Constitución, no es menos cierto que resulta un mal necesario. Finalmente me quedo con las palabras de Carbonell al expresar: "Hoy cabe decir que desgraciada pero necesariamente, hemos de conformarnos con que la ley contemple el núcleo esencial de la conducta; con que, en definitiva se la ley, la voluntad general, la que disponga que conductas están permitidas y que conductas están prohibidas; las cuestiones de detalle, han de quedar para normas de rango inferior." ⁸

Así mismo, existe varias jurisprudencias que han declarado la inconstitucionalidad, entre ellas podemos nombrar la siguiente:

Artículo 116 del Código Tributario Chile:

Con fecha 26 de marzo de 2007[28], el Tribunal Constitucional, haciendo uso de su facultad, por primera vez en la historia de Chile, declaró la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, que permitía delegar facultades jurisdiccionales por un simple acto administrativo [29], lo que se estimó vulneraba el principio de legalidad de la jurisdicción establecido en los artículos 19 N° 3 y 76 de la Carta Fundamental.⁹

PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

El principio territorial de aplicación de la ley penal, quedó plasmado en los ordenamientos nacionales a partir de la revolución francesa.

⁸ Carbonell Mateu. El poder punitivo. pag. 124

⁹ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los años 2006 y 2012.
<http://www.scielo.cl/>

Dicho principio constituye una base general en materia de jurisdicción del Estado -sin embargo, hay una excepción a esta regla general, cual es el caso de la extraterritorialidad- (la cual se verá más adelante).

Por su parte, la jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado. Esta es entendida como la facultad o potestad de juzgar, es decir, de ejercer sobre determinadas personas y en relación a determinados hechos uno de los poderes del Estado, sometiéndolas, en el caso del Derecho Penal, al ius puniendi que la ley le atribuye.¹⁰

En Chile, el principio de territorialidad está establecido en el art. 5 del Código Penal:

“La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código”.

Este principio cuenta por tanto con dos aspectos:

- 1.- Es donde se extiende la soberanía del estado del que emana.
- 2.- Se dirige a todos los ciudadanos que se encuentran en un lugar determinado.

2.1 LUGAR DONDE SE COMETE EL DELITO

Para determinar la aplicación territorial de la Ley penal, es importante definir previamente, el lugar de la comisión del delito.

¹⁰ Principio de Jurisdicción Internacional: ¿Lex Lata o Lex Desiderata? <http://www.scielo.cl>

El artículo 157 del Código Orgánico de Tribunales de Chile dispone que será competente para conocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio.

El problema puede suscitarse en determinar el lugar en el que se ha cometido el delito. La ley, sin embargo, no contiene parámetros para determinar cuándo un delito ha sido cometido en Chile.

Existen distintas posiciones doctrinales, donde pueden ser considerados como lugares de comisión del delito, a saber:

Teoría de la actividad: El delito se entenderá cometido donde se comenzó a ejecutar el mismo.

Según esta teoría será competente el Estado donde se ejecutó la acción, vale decir, el lugar físico donde está presente la persona al llevar a cabo la conducta delictiva.¹¹

A manera de ejemplo, podemos citar algún delito que es realizado en Ecuador cuyo resultado se produce en Chile. Según esta teoría, el delito se entendería cometido en Ecuador y los competentes para el juzgamiento de dicho hecho, serían sus tribunales de justicia.

Teoría del resultado: Según esta teoría, el delito se entiende cometido donde produce sus efectos, es decir donde se produce la infracción.

En el mismo ejemplo anterior, habría que entender que el delito se cometió en Chile, pues si bien la infracción se realizó en

¹¹ CÁRDENAS, Claudia. "El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos". Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14.
http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_2_6.pdf

Ecuador, no fue sino en Chile donde se produjeron los resultados lesivos.

Teoría de la ubicuidad: Se entiende cometido tanto en el lugar donde se desarrolla la actividad como en el lugar donde se produce el resultado.

Para esta teoría no tiene mayor relevancia el lugar donde se hubiere realizado la acción ni donde se produzca el resultado puesto que plantea que para que un Estado ejerza su jurisdicción respecto de un hecho, bastará que en su territorio se haya producido la acción o el resultado de la misma.

Doctrinariamente, esta es la teoría más aceptada (al igual que España), puesto que, por un lado, evita la existencia de lagunas de punición, y por otro lado, se adapta de mejor manera a los principios de soberanía nacional.

EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD. EXTRATERRITORIALIDAD

El tratadista chileno Luis Cousiño Mac Iver dice en relación a la aplicación de la ley penal en el espacio: “al respecto, gobiernan dos principios antagónicos, igualmente válidos, el de la territorialidad y el de la extraterritorialidad de la ley penal; sin embargo, el primero como hipótesis dominante, rige en el carácter de regla general, mientras que el segundo, se comporta en calidad de excepción” ¹²

¹² Luis Cousiño Mac Iver, Opus Cit., Pág. 163.

En principio de la extraterritorialidad se funda en la pretensión de cada estado de poder juzgar hechos delictivos que se cometen en el extranjero.

Las situaciones en que excepcionalmente la ley penal chilena puede tener aplicación extraterritorial, están previstas en los siguientes artículos.

Art. 6 Código Penal de Chile: "Los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley"

Es decir, sólo bajo ciertos y determinados supuestos, se autoriza la persecución penal respecto de chilenos o extranjeros que cometieron un delito fuera del territorio de la República.

Materialización de esto último es lo que dispone el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales de Chile:

Art. 6° Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican:

1° Los cometidos por un agente diplomático o consular de la República, en el ejercicio de sus funciones;

2° La malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República y el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, cuando sea cometido por un chileno o por una persona que tenga residencia habitual en Chile;

3° Los que van contra la soberanía o contra la seguridad exterior del Estado, perpetrados ya sea por chilenos naturales, ya por naturalizados, y los contemplados en el Párrafo 14 del Título VI del Libro II del Código Penal, cuando ellos pusieren en peligro la salud de habitantes de la República;

4° Los cometidos, por chilenos o extranjeros, a bordo de un buque chileno en alta mar, o a bordo de un buque chileno de guerra surto en aguas de otra potencia;

5° La falsificación del sello del Estado, de moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades o de establecimientos públicos, cometida por chilenos o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República;

6° Los cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró;

7° La piratería;

8° Los comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias;

9° Los sancionados por el Título I del Decreto N° 5.839, de 30 de septiembre de 1948, que fijó el texto definitivo de la Ley de Defensa Permanente de la Democracia, cometidos por chilenos o por extranjeros al servicio de la República;

10. Los sancionados en los artículos 366 quinquies, 367 y 367 bis N° 1, del Código Penal, cuando pusieren en peligro o lesionaren la indemnidad o la libertad sexual de algún chileno o fueren cometidos por un chileno o por una persona que tuviere residencia habitual en Chile; y el contemplado en el artículo 374 bis, inciso primero, del mismo cuerpo legal, cuando el material

pornográfico objeto de la conducta hubiere sido elaborado utilizando chilenos menores de dieciocho años, y

11. Los sancionados en el artículo 62 del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, cuando afectaren los mercados chilenos.

PRINCIPIOS QUE JUSTIFICAN LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL FUERA DEL TERRITORIO DEL ESTADO

Según Cousiño Mac Iver, “en general, son tres los postulados que determinan la aplicación de la ley penal, ellos son:

- 1) El principio real o de defensa, en virtud del cual la jurisdicción nacional se extiende, en defensa de ciertos derechos vitales del estado para juzgar delitos realizados fuera de sus fronteras, si los efectos han de producirse dentro del territorio;
- 2) El principio de la personalidad que sostiene que, para determinados efectos, la ley debe seguir a los nacionales que se hallen en el extranjero, y
- 3) El principio universal, que proclama la necesidad de que cada Estado juzgue y castigue a los delincuentes que se han hecho reos de delitos que hieren bienes jurídicos comunes a todos los países, como son: los de piratería, trata de blancas, etc.”¹³

Analicemos brevemente estos principios.

¹³ Cousiño Mac Iver. Opus Cit. Pág. 167, 168

Principio real o de defensa:

Implica juzgamiento en Chile de hechos cometidos en el extranjero cuando estos comprometan los intereses de la nación sin importar la nacionalidad de los autores.

Aquí no interesa la nacionalidad de los delincuentes, ni la del lugar en que se cometió el hecho, puesto que están comprometidos intereses que el Estado considera de vital importancia.

Ejemplo de ello es lo establecido en los N° 1, 2 y 5, del Art. 6 Código Orgánico de Tribunales, y artículo 3 N° 2 del Código de Justicia Militar:

Art. 6 COT:

1° Los cometidos por un agente diplomático o consular de la República, en el ejercicio de sus funciones;

2° La malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República y el cohecho a funcionarios públicos extranjeros, cuando sea cometido por un chileno o por una persona que tenga residencia habitual en Chile;

5° La falsificación del sello del Estado, de moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades o de establecimientos públicos, cometida por chilenos o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República.

Art. 3 CJM:

Los Tribunales Militares de la República tienen jurisdicción sobre los chilenos y extranjeros, para juzgar todos los asuntos de la jurisdicción militar que sobrevengan en el territorio nacional. Igualmente tienen jurisdicción para conocer de los mismos asuntos que sobrevengan fuera del territorio nacional, en los casos siguientes:

2° Cuando se trate de delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones del servicio.

Principio de personalidad:

Algunos tratadistas le llaman también al principio de la personalidad, como de la nacionalidad. Se considera como un resabio de tiempos pretéritos, en que cada Estado, pretendía, en base a lus Sanguini, que las leyes de un país debían seguir a sus súbditos dondequiera que ellos se trasladaren, al igual que la sombra acompaña a su cuerpo. ¹⁴

Un claro ejemplo se establece en el Art. 6 COT, N° 6:

“6° Los cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró”

Principio de universal:

Comprometen intereses de la comunidad universal en su integridad, usualmente vinculada a violaciones más extremas y flagrantes de los derechos humanos, los que priman por sobre cualquier soberanía.

Sin importar el lugar de comisión ni la nacionalidad del autor, la ley chilena es aplicable para juzgar hechos que afecten ciertos

¹⁴ Leyes ossibus inhaerent). (46) 46) Luis Cousiño Mac Iver. Opus Cit. Pág. 180.

bienes jurídicos considerados de máxima relevancia, internacionalmente protegidos y que son patrimonio de todos los Estados.

Es el caso de lo que ocurre con la piratería en el artículo 6 N° 7 del COT y con el resto de los delitos incluidos en los tratados internacionales firmados por Chile según el N° 8 del mismo artículo.

Un ejemplo también podría ser lo ocurrido en diciembre de 1998, donde el magistrado del Juzgado Central de Instrucción n° 5, Baltasar Garzón, dictó auto de procesamiento por los delitos de genocidio, terrorismo y torturas contra el ex-presidente de Chile, Augusto Pinochet, poco tiempo después de solicitar su extradición a las autoridades inglesas, lugar donde Pinochet se encontraba por motivos médicos.¹⁵

PRINCIPIO DE IGUALDAD

Básicamente, abordaremos el tema en el sentido de igualdad ante la ley en forma someramente general, por cuanto el tema en sí, al igual que los anteriores, se rigen a estándares más amplios y profundos.

La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. “No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la

¹⁵ Extraterritorialidad de la Ley Penal y Jurisdicción previa. <http://uclm.es>

distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición ...”¹⁶

La Constitución Política de Chile en su artículo 1 señala que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Así lo señala también el catálogo de derechos que consagra el artículo 19 de la Constitución, en su número 2 y 3:

“La Constitución asegura a todas las personas:

2.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”

3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos...”

En el ámbito internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el art. 1.1 respecto de los derechos convencionales:

"1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”;

El Art. 24 dispone: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

¹⁶ Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, tomo 4°, pág. <http://derecho.udp.cl> Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿saliendo de la pura tautología?

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone en su art. 2:

"1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social";

Art. 26: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Como se ve, tanto la legislación nacional como la internacional tienen a este principio como uno de los pilares fundamentales en la organización de cada estado, siendo un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico.

La Corte Suprema de Chile también se ha pronunciado sobre este tema, resolviendo que "El principio de igualdad ante la ley (...) se traduce en el amparo de bienes jurídicos y valores humanos de carácter político social, e impide establecer estatutos legales diferentes, atendiendo a razones de raza, condición social, estirpe, fortuna, religión, ideologías u otros atributos estrictamente particulares; pero no es obstáculo para que el legislador pueda contemplar circunstancias especiales que afecten a ciertos sectores o grupos de personas y darles

tratamientos de los que gozan otros, siempre que las reglas obliguen a todos los que están en la misma situación o condición, porque es característica de la norma jurídica su generalidad, aunque relativa, en cuanto debe tener vigencia sobre todos los gobernados o, por lo menos, respecto de todos los que se hallen en las circunstancias contempladas por el legislador al establecer la regla de derecho"¹⁷

En determinadas jurisprudencias también lo establecen, como en sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso (Chile), la cual precisa:

"Que, por lo que toca a la igualdad ante la ley, es útil dejar en claro que ella requiere una aplicación a todos los habitantes de la república de manera uniforme y sin discriminaciones injustas o arbitrarias en cuanto a su interpretación, valoración y alcance de sus efectos jurídicos e impide establecer estatutos legales diferentes, atendiendo a razones de raza, condición social, estirpe, fortuna, religión, ideología u otros atributos estrictamente particulares"¹⁸

Así mismo existen otras sentencias que se pueden consultar:

Sentencia de 08-09-1986. Materia: Igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Facultad al Director del Servicio Electoral para cancelar una inscripción, sin considerar un justo y racional procedimiento al afectado. Fallos del Tribunal Constitucional.

Sentencia de 27-12-1990. Materia: Igualdad ante la ley. Diferencias arbitrarias. Rechazo de requerimiento.¹⁹

¹⁷ <http://www.senado.cl>

¹⁸ Nogueira. H. Igualdad ante la Ley la no discriminación y acciones positivas. www.u-cursos.cl

¹⁹ www.camara.cl

Ahora bien, la regla general es que todos los habitantes de la nación, son susceptibles de persecución penal por los delitos que cometan en el país.

Sin embargo, también es cierto que existen ciertos casos en que algunas personas no son susceptibles de persecución penal y que, por tanto, se entienden excluidos del régimen ordinario de responsabilidad penal, atendidas a causales establecidas en la ley o en el derecho internacional.

Un claro ejemplo, es lo establecido en el artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales:

“El cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y la torcida administración de justicia y, en general, toda prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes imponen a los jueces, los deja sujetos al castigo que corresponda según la naturaleza o gravedad del delito, con arreglo a lo establecido en el Código Penal.

Esta disposición no es aplicable a los miembros de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de la justicia”

Es decir, conforme a este artículo, los miembros de la Corte Suprema no reciben castigo penal en cuanto a la falta de observancia a las leyes que reglan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de justicia.

Ciertamente aparece una extraña excepción al principio de igualdad que resultaría incoherente e incompatible con lo dispuesto en la Constitución, cabría tal vez preguntarse si constituye o no una excepción racionalmente fundada de trato diferenciado.

Pasaremos ahora, a una sentencia resumida en base al principio de la igualdad.

Sentencia de fecha catorce de agosto de dos mil siete.

“Se formula acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 261 N° 2, 262 y 264 del Código Penal.

A fojas 21, en el considerando número 4, esta Magistratura declaró lo siguiente: “Que la requirente alega vulnerados los numerales 2º; 3º, e inciso octavo; y N° 26, del artículo 19 de la Constitución Política. Respecto de la igualdad ante la ley, de la igualdad ante la justicia y de la prohibición de afectar los derechos en su esencia el libelo se limita a transcribir los preceptos constitucionales, sin señalar en forma precisa la cuestión de constitucionalidad ni el vicio o vicios que se aducen, ni el modo en que se habrían producido, por lo que, en este sentido, no se cumplen los requisitos del artículo 39 transcrito en el considerando anterior. En lo que respecta al principio de legalidad, contenido en el

inciso octavo del numeral tercero del artículo 19 de la Carta Fundamental, se contemplan algunas especificaciones, pero que más bien se refieren al alcance que debe darse a las voces “las otras autoridades”, contenidas en el artículo 264 del Código Penal, cuestión que se presenta como un problema de interpretación del precepto legal aplicable y no relativo a su constitucionalidad; por lo que, respecto de esta norma ius fundamental, tampoco puede estimarse que se encuentran cumplidos los requisitos para admitirla a tramitación;”

Posteriormente la requirente subsana defectos del requerimiento”; sin embargo, en dicha presentación no aporta fundamento o argumentación alguna adicional a los planteados en el requerimiento, en relación a las cuestiones de constitucionalidad referidas a la igualdad ante la justicia y a la prohibición de afectar los derechos en su esencia, de suerte tal

que se mantiene inalterable la omisión de señalar en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y los vicios que se aducen, ni el modo en que se habrían producido;

Que el artículo 264 de Código Penal, que se estima infringido, contiene dos figuras delictivas, sin embargo, no especifica cuál de los dos preceptos solicita que se inaplique, lo que es bastante para decidir que es inadmisibles el requerimiento de inaplicabilidad deducido”.²⁰

Ciertamente, de lo poco que se puede ver en el fallo, la requirente no explica o no fundamenta la inconstitucionalidad del principio de igualdad, razón por lo que el Tribunal lo declara inadmisibles. Sin embargo, existen casos en que el Tribunal Constitucional ha ejercido su facultad de declarar Inconstitucional un precepto, como, por ejemplo:

Artículo 171 del Código Sanitario Chile.

El artículo 171, inciso primero del Código Sanitario [30], contenía una manifestación de lo que doctrinariamente se ha denominado "solve et repete", por cuanto hacía obligatorio el pago de la multa administrativa, impuesta por el Servicio Nacional de Salud, para poder reclamar de la misma ante la justicia ordinaria. El tribunal, luego de abrir el proceso de oficio, declaró inconstitucional el aludido precepto fundado en que vulneraba el derecho de acceso a la justicia, derecho que, de conformidad a su jurisprudencia, se incluye entre las garantías de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos que reconoce el numeral 3º del artículo 19 de la Constitución [31].²¹

Ahora, hablando en un contexto general puedo decir que el desafío verdadero sería consagrar un mayor nivel de igualdad

²⁰ Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Rol N° 824-2007.

²¹ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los años 2006 y 2012.

<http://www.scielo.cl>

entre las personas y que este sea real, solo así se podría erradicar la discriminación en los diferentes ámbitos, garantizando con ello el respeto a sus derechos fundamentales.



APLICACIÓN DE GARANTIAS CONSTITUCIONALES **A LA LUZ DE LA CONVENCION AMERICANA DE** **LOS DERECHOS HUMANOS.**

Caso narcotráfico de drogas. -

Durante 1988 el gobierno impulso desde el Ministerio Público (organismo encargado de la persecución penal de los delitos cometidos dentro de la jurisdicción del Estado), la investigación de una red de narcotráfico. Los antecedentes recopilados por la policía y el Ministerio Público indicaban que el centro de actividades de esta banda se encontraba en una zona de la periferia de la capital.

El 19 de marzo de 1999, la policía recibió información de un agente encubierto, quien le indico que en la intersección de las calles Callao con Miraflores aparentemente se estaba incinerando drogas. De igual forma indicó que los narcotraficantes conducían un Jeep. De inmediato los oficiales concurren al lugar y a las 03:20 de la madrugada del día 20 de marzo de 1999 detuvieron a R.S.G, y a otras 15 personas que se encontraban en el lugar. En el portamaletas del automóvil se encontraron bencina y 5 kilos de clorhidrato de cocaína.

En el día de su detención, el señor R.S.G, rindió declaración ante oficiales de la policía y en presencia de tres fiscales del Ministerio Público. En este interrogatorio no estuvo presente un abogado defensor. A las 18:00 horas del día 20 de marzo de 1999 y después de 15 horas de permanente interrogatorio por los oficiales de la policía y los fiscales, el señor R.S.G, confeso su participación como encubridor del delito de narcotráfico. R.S.G, fue dejado en libertad, bajo supervisión de la policía.

Las autoridades del Ministerio del Interior y Justicia del país comunicaron a los medios, a través de una conferencia de prensa, su satisfacción por haber desarticulado la red de narcotráfico más importante del país, liderada, según su propia confesión, por R.S.G.

En el juicio oral, celebrada el 30 de marzo de 2002, la fiscalía utilizó la confesión obtenida el 20 de marzo de 1999 como prueba de la participación de R.S.G. en el delito investigado.

Aduciendo razones de seguridad, se permitió la declaración de "dos testigos sin rostro" y se prohibió el acceso al público del juicio.

PREGUNTAS:

¿Cuales garantías judiciales, contempladas en el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), se ven afectadas en este caso? Enumérelas

Las garantías que fueron afectadas son:

1. Derecho a ser oída, con las debidas garantías.
2. Derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.
 2. b.- Derecho de comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.
 2. c.- Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 2. d.- Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.
 2. e.- Derecho de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado.

2. f.- Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

2. g.- Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

¿Que garantías judiciales afectadas fueron efectivamente violadas? ¿Que garantías fueron afectadas legítimamente? Fundamentos a la luz de la CADH.

Garantías judiciales violadas:

1.-Derecho a ser oída con las debidas garantías.-

Derecho a ser oído es sinónimo de tutela judicial efectiva, y significa que toda persona tiene derecho a acceder a un tribunal para que este puede pronunciarse. Por ello, toda forma de obstaculizar el acceso a la justicia, así como aquellas limitaciones que impidan la posibilidad real de los jueces de ejercer sus funciones y dictar una sentencia útil, resulta contraria al derecho a ser oído.

Al respecto hay jurisprudencia que señala: "las autoridades militares de Nicaragua, obstaculizaron o no colaboraron de manera adecuada con las investigaciones..." Corte IDH, caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, del 29-1-97, párrs. 64 y 76.

Recordemos que el caso en mención, el Ministerio Público actuó de manera deficiente al no asegurar de manera eficaz el debido proceso con los detenidos, puesto que se violaron no sólo ésta, sino algunas garantías más.

Así mismo, se debe recordar que se detuvo al señor R.S.G y a otras 15 personas que se encontraban en el lugar, de los cuales solo a uno lo interrogaron, mientras que a los otros 15 no, vulnerando así lo señalado en este artículo.

2.- Derecho a que se presuma la inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

La Corte IDH ha señalado que en la presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada.

La presunción de inocencia exige que se pruebe fuera de toda duda razonable la culpabilidad del acusado, quien debe gozar en todo momento del beneficio de la duda, y debe ser tratado como si fuera inocente hasta el momento en que sea declarado culpable de los hechos que se le imputan, por sentencia judicial firme.

En el caso práctico, este derecho obligaba a todas las autoridades públicas a garantizar que los detenidos sean tratados como inocentes hasta que no haya sentencia de por medio, y no dar a conocer por medios de comunicación (como aquí se hizo), información incluso errónea, puesto que el señor R.S.G, confesó su participación como encubridor del delito de narcotráfico, y no como líder, según lo manifestaron las autoridades del Ministerio del Interior y Justicia.

Es decir, que nadie, ni la policía, ni los medios de comunicación, pueden señalar a alguien como culpable hasta que una sentencia lo declare como tal, a fin de respetar su derecho al honor e imagen.

Por otra parte, esta garantía en el Derecho Internacional se la puede encontrar en la Declaración de los Derechos del Hombre

y del Ciudadano, artículo 9 “todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable”; la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11: “ Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

2. b.- Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada.

Según el caso práctico, se trataba de un aparente delito flagrante; sin embargo, en ninguna parte hace mención de que se les comunicara a los involucrados el motivo de su detención, dando a entender que no se les dijo nada, acto grave toda vez que alguno de los presentes bien no pudo haber sido partícipe del hecho ilícito.

La Corte IDH ha dicho en forma reiterada: "el artículo 8.2.b de la Convención Americana ordena a las autoridades judiciales competentes a notificar al inculpado la acusación formulada en su contra, sus razones y los delitos o faltas por los cuales se le pretende atribuir responsabilidad, en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración. Sin esta garantía se vería conculcado el derecho de aquel a preparar debidamente su defensa". Corte IDH, caso Tibi vs. Ecuador, del 7-9-04, párr. 187.

2. c.- Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.

Se puede decir que los medios adecuados para la preparación de la defensa, son por ejemplo, el conocimiento completo de los cargos, derecho a contar con abogado defensor, etc; y según el caso en mención, a los detenidos no se les comunicó el motivo de su detención, así como tampoco se les permitió contar con abogado defensor durante el interrogatorio respectivo, impidiendo de esta manera el derecho de los imputados a preparar correctamente su defensa.

Así, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha señalado que la posibilidad de que los abogados defensores se comuniquen en forma absolutamente confidencial con sus clientes, y que los pueda asesorar y representar de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte, constituye un verdadero medio para la preparación de la defensa. (Human Rights Committee, General Comment N° 13, párr. 9)

2. d.- Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

Este inciso consagra el derecho de toda persona a elegir si desea defenderse personalmente, o si prefiere contar con un

abogado defensor, y, a este último caso escogerlo sin restricciones

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido en más de una oportunidad cuando ha dicho: "a toda persona arrestada, detenida o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación". Corte IDH, caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, párr. 139; Corte IDH, caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, párr. 166.

Recordemos que el caso en mención, hace referencia a que el día de la detención el señor R.S.G, rindió declaración ante oficiales de policía y en presencia de tres fiscales del Ministerio Público, no estando presente ningún abogado defensor, violando así el derecho de éste a contar con un profesional del derecho.

2. e.- Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

Cuando una persona no ha optado por defenderse por sí mismo, no ha optado por nombrar defensor, el Estado debe proporcionarle al acusado un defensor que lo asista, cosa que no ocurrió en el caso mencionado precedentemente.

El ámbito de aplicación del derecho a contar con un abogado defensor se extiende a todo tipo de proceso, y a todas sus etapas, desde el momento de la detención hasta el final del proceso y sus instancias de revisión.

Aquí también se violentó este derecho, ya que los detenidos no contaron con abogados proporcionados por el Estado.

2. g.- Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

Según nuestro caso práctico, el señor R.S.G, fue detenido y después de 15 horas de permanente interrogatorio, confesó su participación como encubridor en el delito de narcotráfico.

De lo expresado se puede pensar que dicho imputado fue impulsado a confesar, ya que, durante tantas horas de continuo interrogatorio, y sin la presencia de un defensor, bien pudo ser el detenido víctima de un constante hostigamiento.

La confesión del acusado, obtenida compulsivamente, obligándolo a declarar contra sí mismo, es una prueba ilegal, y no puede ser utilizada por el Estado para condenar o proseguir un proceso penal en contra de una persona.

El derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable es reiterado por la Convención Americana en el Art. 8.3, al establecer que "la confesión del inculpado solamente es valida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza".

Garantías afectadas legítimamente:

2. f.- Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

La Corte IDH, se pronunció al considerar que el uso de testigos protegidos entra en conflicto con el artículo 8.2 letra f) de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal” toda vez que “la reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada” (párrafo 242).

No obstante lo anterior, la Corte no considera que la existencia de un testigo cuya identidad esté reservada constituya una violación per se de la Convención Americana, ya que se trata de una medida que podría ser legítima para asegurar los derechos a la vida y la integridad, la libertad y la seguridad personales de quienes declaran en el proceso penal (párrafo 243).

Con todo, para que dicha excepción sea legítima a la luz de la propia Convención se deben cumplir un conjunto de condiciones específicas. Dentro de ellas la Corte señala, siguiendo en este punto la jurisprudencia también desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos, que se debe analizar si: (1) “las medidas de reserva de identidad de testigos se adoptaron sujetas a control judicial, fundándose en los principios de

necesidad y proporcionalidad, tomando en cuenta que se trata de una medida excepcional y verificando la existencia de una situación de riesgo para el testigo” (párrafo 245); (2) En caso que haya sido decretada la reserva si “... el Estado aseguró que la afectación al derecho de defensa de los imputados que se derivó de la utilización de la medida de reserva de identidad de testigos estuvo suficientemente contrarrestada por medidas de contrapeso” (párrafo 246); y, (3) aún en casos en que se hayan adoptado medidas de contrapeso que “la condena no puede estar fundada únicamente o en grado decisivo en declaraciones realizadas por testigos de identidad reservada” (párrafo 247). (Diario el Mercurio. La protección de testigos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso de Norín y otros vs. Chile).

En la actualidad, la legislación procesal penal regula de manera explícita la posibilidad de contar con testigos protegidos en tres leyes especiales: los de la Ley N° 18.314 (conductas terroristas); en la Ley N° 19.913 (sobre lavado de activos) y la Ley N° 20.000 (sobre drogas). Según esta perspectiva, la declaración de dos testigos sin rostro en el juicio oral de fecha 30 de marzo del 2002, estaría plenamente justificada, mas aún tomando en cuenta que el ilícito se trata de una red de narcotraficantes y con dicha medida se estaría asegurando la vida e integridad de los testigos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Recordemos que en nuestro caso, se prohibió el acceso del público al juicio oral.

Ahora, bien es cierto la publicidad constituye una garantía de la transparencia de todas las decisiones estatales, en tanto permite el control social, y fomenta la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Sin embargo, también posibilitaría anticipados enjuiciamientos que ofenderían a la persona sujeta a proceso y perjudicarían la buena imagen de la justicia.

Por otro lado, el Art. 14°.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que, en efecto, "la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia".

Si en nuestro caso, así sucedió, tal situación estaría legalmente justificada.

2.- Caso Muller.-

El señor Muller es un pintor latinoamericano muy conocido. Ha ganado varios premios y muchos de sus trabajos se encuentran en exhibición en diversos museos de la región. En 1992, tres de las pinturas del sr. Muller -tituladas "Tres noches, tres retratos"- empezaron a exhibirse en un museo con ocasión del natalicio de

la ciudad en que se realizaba la exposición. El día de la inauguración oficial, el fiscal público de dicha ciudad denunció a los tribunales que, al parecer, las pinturas del sr. Muller infringían el artículo 204 del Código Penal nacional, que prohíbe las publicaciones obscenas y dispone que toda publicación de ese tipo debe ser destruida. La razón invocada por el fiscal fue la existencia de una denuncia formal de un individuo que había concurrido a la exposición con su hija menor, la que había reaccionado muy violentamente ante los tres cuadros que se exhibían, y la información recibida de que otro visitante había presuntamente tomado uno de los cuadros y lo había tirado al suelo y pisoteado. El juez del crimen, junto con abrir un expediente del caso, se constituyó en la exposición y procedió a remover y confiscar los cuadros en cuestión. Durante el juicio, el Fiscal aportó pruebas de expertos psicólogos para demostrar el efecto negativo que los cuadros podían tener en menores de edad. El juez ordenó que el Sr. Muller estuviera en prisión preventiva durante los 60 días de la investigación, atendido que sus actos era una clara demostración que constituía un peligro para la sociedad. El Tribunal no ordenó la destrucción de los cuadros, sino que instruyó al Museo de Arte e Historia de la ciudad que los recibiera en depósito y custodia, para que pudieran ser vistos sólo por unos pocos especialistas que, a juicio del curador del Museo, fueran capaces de tener respecto de ellos un interés puramente artístico o cultural. Las siguientes preguntas son respondidas en base a la legislación ecuatoriana.

a) Señale qué medidas debe adoptar el Estado para garantizar la actividad artística del sr. Muller.

El estado ecuatoriano, en su Constitución Política, Art. 3, N°2, expresa que es su deber primordial, garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Así mismo, en su artículo 22 y 23, expresan que las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, accediendo y participando del espacio público como intercambio cultural.

Por otro lado, si nos remontamos a lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, este hace mención en varios artículos, a que toda persona tiene derechos y libertades; al derecho a la libertad de opinión y de expresión manifestada en todas sus formas; así como también, que toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten (Arts. 2, 19, 27 Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948).

Por su parte el Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, expresa que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Basándonos en ese enfoque, vemos pues, que existen instrumentos nacionales e internacionales de protección a los derechos humanos, que garantizan y obligan a los Estados a

respetar y hacer respetar el ejercicio del derecho, en este caso a la cultura.

Para lograr su objetivo, el estado debe implementar políticas destinadas a realizar tareas de defensa y promoción de la libertad de expresión, en este caso del arte.

Fomentar la diversidad de las expresiones culturales, por medio de programas educativos y de sensibilización.

Así también, adoptar medidas necesarias para el desarrollo y talento de la creatividad.

Promover la generación de una nueva forma artística.

Crear vínculos entre cultura y desarrollo, instaurando una nueva forma de cooperación cultural internacional.

Impulsar proyectos de cooperación, convenios internacionales para fortalecer los procesos formativos de todos los artistas.

Proteger el derecho a la libre expresión de acuerdo a la Constitución, las leyes y tratados internacionales.

En definitiva, es deber del estado, proteger el derecho a la libre expresión de acuerdo a la Constitución, las leyes y tratados internacionales, promoviendo y estimulando la cultura, mediante la creación, la formación artística y la investigación científica, garantizando de este modo el ejercicio de los derechos culturales de los individuos y las colectividades, en condiciones de equidad e igualdad.

b) Señale si la prisión preventiva decretada por el juez cumple con el art. 9 N° 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Para el caso concreto, dicha prisión preventiva no cumpliría con lo presupuestado en el Art. 9 N°3, del Pacto de Derechos Civiles

y Políticos, puesto que, según dicho artículo, la prisión preventiva de las personas no debe ser la regla general.

Por su parte, el Art. 534, del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, establece que, para poder dictar la prisión preventiva, se debe cumplir ciertos requisitos:

- 1.-Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito.
- 2.- Elementos de convicción claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito.
- 3.- Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes, y es necesaria la prisión preventiva para asegurar la presencia del imputado en el juicio o en el cumplimiento de la pena.
- 4.- Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

Así las cosas (previo a decretar prisión preventiva), dicho acto debe primero estar tipificado como delito, además agotar las demás posibilidades de establecer otras medidas para la implementación de tales objetivos.

Ahora bien, bien es cierto que esta libertad pueda estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier momento de las diligencias procesales (Art.9 N°3, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), no es menos cierto que existen otras medidas cautelares que tengan ese fin, como, por ejemplo: prohibición de ausentarse del país; obligación de presentarse periódicamente ante el juzgador, etc. (Art. 522 Código Orgánico Integral Penal). Por tanto, la prisión preventiva decretada en contra del Sr. Muller, está totalmente desproporcionada, ya que dicha medida cautelar solo debe ser aplicada cuando sea estrictamente necesaria, cuando no exista ninguna otra forma de garantizar que el imputado cumpla con lo previamente señalado.

c) Señale si la restricción a los derechos de que ha sido objeto el sr. Muller es legítima a la luz del art. 19 N° 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Art. 19, N° 3, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos:

“El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública”.

En el caso en particular, la restricción del derecho a la libertad de expresión manifestada con una exposición de cuadros del Sr. Muller, no sería legítima de acuerdo con el artículo señalado, por cuanto:

1.-Debe estar restringida legalmente, esto es, debe estar previamente fijada en una ley.

2.- Dicha restricción debe ser necesaria para responder un objetivo: asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud, o la moral pública.

Sin embargo, no se puede invocar dicho orden público, como medio para suprimir un derecho garantizado por tratados internacionales (como lo es el de la libre expresión). Así lo dice el Art. 29 de la mencionada convención:

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.

Es decir, la perspectiva del bien común y el orden público no pueden desembocar en la supresión de un derecho. Es indispensable buscar un equilibrio entre la libertad artística y los distintos intereses que entran en conflicto, escogiendo aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.

Desde mi punto de vista, este “delito” que cometió el Sr. Muller, no reviste cierta gravedad, de acuerdo con el bien jurídico lesionado, toda vez que dicho acto no constituye un peligro para la sociedad. Además, no se puede prohibir una exposición de arte con el pretexto de proteger un supuesto interés de terceros al no ser directamente ofendido por el contenido de dicha obra. Por otra parte, las restricciones deben justificarse en base a objetivos colectivos. Recordemos en el caso mencionado que, una menor de edad había reaccionado muy violentamente ante los cuadros que se exhibían, pero se puede pensar que tiene una inmadurez para apreciar cierto tipo de pinturas, o por otra parte que con dicho arte se estaría aportando a la educación sexual de los menores.

En este caso, la restricción no es proporcional al interés que la justifica.

En conclusión, las personas son libres de manifestar su inconformidad, pero sin impedir que el artista ejerza su derecho a la libre expresión y que el resto del público aprecie la obra.



La flexibilización en el Derecho Penal: ¿tendencias del moderno Derecho Penal?”

Algunas consideraciones que el autor de este artículo realiza.

Edgar Colina Ramírez, con este artículo, intenta demostrar que la modernización del Derecho Penal es una necesidad inminente en las sociedades postmodernas.

Manifiesta que la modernización del Derecho penal no se ha establecido en base a criterios homogéneos, sino que se establecen en base a diversos ámbitos que se solapan en gran medida.

El derecho penal hoy día se enfrenta a nuevas expectativas debido a los vertiginosos cambios que vive la sociedad como consecuencia de la globalización.

En el ámbito de la sociedad global, se le ha dotado de nuevas funciones al Derecho penal, por lo que éste se ha convertido en un instrumento flexible de armonización con los problemas globales; un claro ejemplo lo constituye el Estatuto de Roma, en el que se implementa la Corte Penal Internacional.

Con esto quiere decir que el Derecho penal no solo va tener una importancia en el ámbito nacional, sino que también va a ser un medio para combatir el crimen global, por ejemplo, en el terrorismo, delitos ecológicos, tráfico de drogas, delincuencia organizada, delitos informáticos, entre otros.

A diferencia de la escuela de Frankfurt, donde se sostiene que la noción de un bien jurídico colectivo no es más que la suma de los bienes jurídicos individuales, este autor lo disiente sosteniendo que si una de las funciones que desarrolla el derecho penal consiste en garantizar las condiciones en las que las personas se pueden desarrollar en sociedad, las reflexiones en torno al bien jurídico deben desarrollarse precisamente en

relación con la sociedad en su conjunto y no simplemente con la perspectiva individual.

En consecuencia, dice que no existe a través de la creación de delitos de peligro abstracto una ampliación del Derecho penal, puesto que únicamente se incrementan las posibilidades de menoscabo de estos, pues es precisamente en la seguridad donde se deben establecer criterios de valoración para su utilización.

La vocación del moderno derecho penal es preservar las condiciones de libertad para la sociedad en su conjunto, es decir sus contenidos hacen posible su propio mantenimiento, por lo que si lo que se pretende es que a través del Derecho penal se protejan bienes jurídicos, esta protección deberá ser efectiva, por lo que no se puede renunciar a penalizar conductas generadoras de peligros.

El moderno derecho penal no significa flexibilización, en el sentido de relajación de estructuras dogmáticas tradicionales con el objetivo de utilizarlo para solucionar los problemas de la sociedad moderna.

La función del derecho penal no solo se concentra en la lesión efectiva de bienes jurídicos, sino que también se le atribuye una función preventiva, la cual no se puede reducir únicamente a evitar futuras lesiones a través de una prevención general.

Aporte que merece el artículo analizado.

El autor en este artículo topa algunas consideraciones acerca de la modernización del Derecho penal, para ello hace un discernimiento sobre la sociedad moderna o sociedad de riesgo, lo analiza desde la perspectiva de diferentes autores y al final toma su conclusión.

Observando el artículo en mención, es indiscutible que el Derecho penal, se debe adecuar a las nuevas realidades sociales, puesto que actualmente nos enfrentamos a nuevas formas de criminalidad, delitos informáticos, por ejemplo, donde el Derecho penal debe actuar ofreciendo respuestas a los problemas que surgen con esta transformación social.

Con ello, estaríamos hablando entonces de un proceso de reconfiguración del modelo de legislación penal, adquiriendo la categoría de moderno derecho penal.

Sin embargo, para algunos estudiosos como Hassemer, la modernización amenaza con producir un efecto contrario a un mejor control de la actuación penal. Según la concepción de los profesores de Frankfurt: Winfried Hassemer, Wolfgang Naucke y Peter-Alexis Albrecht, se podría hablar en la ciencia del Derecho penal de un Derecho penal clásico y de un Derecho penal moderno. Según estos profesores, el concepto de Derecho penal «clásico» se asocia al modelo de ordenamiento jurídico desarrollado en el curso de los siglos XVIII y XIX que se apoyó en la filosofía de la ilustración y del idealismo alemán. Por el contrario, el Derecho penal «moderno» habría roto con las tradiciones del Derecho penal «clásico», orientado a la garantía de la libertad del ciudadano. El nuevo Derecho penal se desarrollaría como un medio de manejo social y como un instrumento de pedagogía social. Se habría producido un cambio de orientación: del paradigma de la justicia penal hacia el paradigma de la prevención. Se afirma, en suma, que el Derecho penal no sería más para el legislador ultima ratio, sino, en medida creciente, prima ratio.

Así pues, nos encontramos entonces frente a dos posturas, la del antiguo (o clásico), derecho penal o la del nuevo derecho penal. Definir cuál de los dos sea mejor en una sociedad, es un poco complejo, ya que es un tema muy extenso y de ardua

investigación, por cuanto no se trata simplemente de definir cuál de los dos sistemas sea el mejor, sino de profundizar y estudiar en cada caso los pros y contras de cada uno de ellos, para luego arribar a una conclusión, la cual serviría simplemente de aporte u opinión a un cambiante Derecho Penal.

A manera de conclusión y desde un punto de vista general, puedo decir que efectivamente es necesaria la intervención del Derecho Penal a fin de proteger la sociedad ante los nuevos riesgos, sirviendo éste como un instrumento de control social, eficaz y coherente.

Por otra parte, la finalidad preventiva del Derecho penal no puede reducirse al efecto colateral de evitar futuras lesiones a través del mensaje a la generalidad que se deriva de la imposición de una sanción penal a quien ha lesionado un bien. La finalidad preventiva del Derecho penal precisa que el Derecho penal intervenga ya antes de la lesión de bienes fundamentales de la sociedad, cuando su intervención posterior haría que el efecto del daño tenga consecuencias irreparables para la sociedad.

- Raúl Pariona Arana. Derecho penal moderno sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. <http://perso.unifr.ch/>
2.- La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático)

Autor: Luis Gracia Martín

Planteamientos o aspectos centrales que el autor formula respecto al Derecho Penal.

El proceso de modernización del Derecho penal ha generado en la doctrina penal dos discursos ideológicos y político-criminales opuestos y enfrentados, a los cuales ha denominado

respectivamente "de modernización" y de "resistencia a la modernización" del Derecho Penal.

En Alemania domina el discurso de la Escuela de Frankfurt, resistente a la modernización del Derecho Penal.

Para el discurso de resistencia, lo que haría realmente moderno al nuevo Derecho Penal sería su ruptura masiva con las garantías penales, de cuño liberal, del Estado de Derecho. Además, el Derecho Penal moderno habría sustituido el modelo del tipo de lesión o peligro concreto de bienes jurídicos individuales por otro en que predominaría el peligro abstracto, e incluso el presunto.

Por su parte, Gracia Martín expresa que hay un amplio acuerdo en describir al Derecho moderno como un fenómeno cuantitativo que se desarrolla en la parte especial, no encontrándose límites viéndose como un proceso de expansión del Derecho Penal.

La doctrina incluye en el actual Derecho penal moderno una pluralidad de nuevos tipos penales.

Se distinguen en él, seis ámbitos concretos:

- 1.- El Derecho Penal del riesgo;
- 2.- El Derecho Penal Económico y del ambiente;
- 3.- El Derecho penal de la empresa;
- 4.- El Derecho penal de la Unión Europea;
- 5.- El Derecho penal de la globalización;
- 6.- El Derecho penal del enemigo.

El discurso de modernización sólo plantea una adecuación del Derecho penal a las nuevas realidades sociales y al Estado social, pero contra lo afirmado por el discurso de resistencia, sin desviarse para nada ni flexibilizar los principios y garantías del Estado de Derecho, sino que los profundiza para realizarlos en toda su plenitud.

La diferencia de éste con el Derecho penal liberal radica en la criminalización formal de la criminalidad material de las clases sociales poderosas, que ha sido ignorada o tolerada casi en su totalidad e incluso favorecida por el Derecho penal liberal. Por ello, la tarea fundamental del discurso de modernización consiste

en formular los enunciados y en determinar los objetos que permitan incluir a toda la criminalidad material de las clases sociales poderosas en el discurso político-criminal, pero todo esto de un modo estrictamente conforme con las garantías del Estado de Derecho.

Los nuevos fenómenos y conflictos provocados por la evolución social no pueden ser afrontados ni resueltos por el Estado Liberal y además han propiciado el brote de condiciones con potencial para una realización de la libertad, la igualdad y la justicia substanciales que solo puede llevar a cabo un nuevo Estado de carácter social y democrático.

Aporte que merece el artículo analizado.³³

Este artículo hace mención a dos postulados.

Por un lado, uno que dice relación al discurso de resistencia a la modernización del Derecho Penal (apoyado por el discurso de la escuela de Frankfurt), y por otro el de la modernización.

Para el autor, el de resistencia está anclado a un Estado liberal de Derecho, mientras que el de modernización aspira a un Estado social y democrático de Derecho.

La tesis de Gracia, consiste en construir un concepto de Derecho penal moderno en sentido material. En esa construcción no comparte los criterios de la crítica a la modernización, pues según estos el Derecho penal actual sería moderno debido a que supone una ruptura con principios liberales, propios del Estado de Derecho.

Sin embargo, considera que los postulados y principios que orientan la modernización del Derecho penal son perfectamente conformes con el Estado de Derecho. Eso sí, siempre que se entienda que las garantías de éste no son las postuladas desde el discurso penal de la ilustración, pues ellas contemplan ambivalencias y exclusiones, son selectivas y represivas sólo

respecto de las clases sociales desfavorecidas, razón por la cual no son sostenibles en un Estado de Derecho.

De allí que, según Gracia, afirmar que la vigencia del Derecho penal moderno implica una vulneración o flexibilización de las garantías del Estado de Derecho es “confundir la velocidad con el movimiento”

Como el de Gracia, existen varios postulados referentes al tema, unos que se inclinan por un Derecho Penal moderno, y otros que consideran a éste un atentado a las garantías fundamentales, las cuales habría que estudiarlas una a una.

Precisar en estos momentos cuál de los dos es el mejor, sería difícil, ya que simplemente se ha visto la opinión de un autor, y en base a eso no se puede dar una conclusión acertada.

Para muchos, estamos en presencia de dos modelos de Estado, antagónicos entre sí y del resultado de esta disputa dependerá que un modelo de sociedad humanista se imponga en el planeta para garantizar la supervivencia digna de nuestra especie.



BIBLIOGRAFÍA

Gracia Martín. La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático)

El debate sobre la modernización del Derecho Penal.
file://home/chronos

Estado Social Vs Estado Liberal www.aporrea.org

Pablo Milanese. El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima. <https://www.unifr.ch>

Origen y característica del estado social y democrático.
<http://www.monografias.com>

Colina Ramírez Edgar “La flexibilización en el Derecho Penal: ¿tendencias del moderno Derecho Penal?

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

-Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

THEA, Federico G. Garantías Judiciales. file:///home/chronos

Diario El Mercurio. <http://www.elmercurio.com>

Constitución Política de Chile

Constitución Política de Ecuador

Código Penal Chileno

Código Orgánico Integral Penal

Código Orgánico de Tribunales de Chile

Convención Americana de Derechos Humanos www.oas.org

Debate sobre la modernización del derecho penal.
file:///home/chronos

Pacto de Derechos Civiles y Políticos

El Derecho Penal moderno--- Revista de Estudios de la Justicia – N°
21 – Año 2014. file:///home/chronos

El principio constitucional de igualdad y la discusión constitucional acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo en Chile. Ángela Vivanco Martínez <http://derecho.udp.cl>

Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿saliendo de la pura tautología? <http://derecho.udp.cl>

Fallos del Tribunal Constitucional www.camara.cl/

Beccaria, Cesare, De los delitos y de las Penas, Bogotá, Colombia: Temis, 3ra, 2005.

Las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. www.ubo.cl

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los años 2006 y 2012. <http://www.scielo.cl>

Cárdenas, Claudia. “El lugar de comisión de los denominados ciberdelitos”. Polít. crim., N° 6, 2008, A2-6, pp. 1-14. www.politicacriminal.cl

Extraterritorialidad de la Ley Penal y Jurisdicción previa. [hpp/uclm.es](http://uclm.es)

Linares Quintana, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado. <http://derecho.udp.cl>

Jurisprudencia del TC en materia de igualdad ante la ley. ¿saliendo de la pura tautología? [ttp://www.senado.cl](http://www.senado.cl)

Nogueira. H. Igualdad ante la Ley la no discriminación y acciones positivas. www.ucursos.cl

Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. <file:///home/chronos>

Revista penal. <http://www.uhu.es>

www.camara.cl

<http://www.scielo.cl>

<http://www.politicacriminal.cl>

<http://bibliotecadigital.indh.cl>

Zoila Alvarado Moncada, Doctora en Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil, obtuvo el título de tercer nivel de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador de la Universidad de Guayaquil. Posteriormente, obtuvo los Títulos de Cuarto Nivel en calidad de Magister en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional; y, Magister en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Guayaquil. Se desempeñó como Fiscal de lo Penal del Guayas, Jueza Cuarta de Garantías Penales y Presidenta del Décimo Tribunal de Garantía Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas actualmente es docente y Directora Titular de la carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil.

Dr. Marco Guerrero Machado, nació el 29 de noviembre de 1964 en Riobamba Provincia de Chimborazo, estudió Derecho en la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil, graduándose de abogado en el año de 1989. Ejerce la profesión tanto en Ecuador como en Chile, y próximamente en Argentina. Posee un Diplomado realizado en la Universidad La República, de Chile. Recibió el título de Doctor en Derecho en el año 2012, otorgado por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Dentro de sus actividades laborales, además del ejercicio de la profesión ha desempeñado cargos públicos varios, entre ellos representante legal de la Empresa de Ferrocarriles del Estado de Chile (VI Región); Abogado Externo de la Corporación del Cobre (CODELCO –CHILE). Abogado del Consulado General del Ecuador en Santiago-Chile. Actualmente se desempeña como profesor en la Universidad de Guayaquil-Ecuador.

