



Revista

ISSN 2007-4700

Real

MÉXICO

Septiembre 2015 - febrero 2016

Número 9



Revista

Penal MÉXICO

Número 9 •
septiembre de 2015-febrero de 2016
México
ISSN 2007 4700



Cátedra de Derechos Humanos
Manuel de Lardizábal



Universidad
de Huelva



INACIPE



Víctor Garrido
Soga
19 x 27 cms

Revista indizada en la base de datos de CLASE y directorio Latindex, clase.unam.mx y www.latindex.org



REVISTA PENAL MÉXICO, año 5, núm. 9, es una publicación semestral editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe) a través de la Dirección de Publicaciones, Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C.P. 14000, México, D.F., Tel. 5487 1571, página *web*: www.inacipe.gob.mx, *e-mail*: publicaciones@inacipe.gob.mx, y la Universidad de Huelva. Dr. Cantero Cuadrado, 6. 21071 Huelva, España. Editores responsables: Juan Carlos Ferré Olivé y Rafael Estrada Michel. Reserva de Derechos al Título Exclusivo núm. 04-2012-042012493900-102; ISSN: 2007-4700. Certificado de Licitud de Título y Contenido: 15411. Impreso y encuadernado por Ediciones Corunda, S.A. de C.V., Tlaxcala 19, Col. San Francisco, Del. Magdalena Contreras, C.P. 10810, México D.F. El tiraje consta de 800 ejemplares más sobrantes para reposición.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura de los editores de esta publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación, sin previa autorización del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Revista

Penal MÉXICO

DIRECTORIO DEL INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES

ARELY GÓMEZ GONZÁLEZ
*Procuradora General de la República
y Presidenta de la H. Junta de Gobierno del Inacipe*

JOSÉ ALBERTO RODRÍGUEZ CALDERÓN
*Subprocurador Jurídico y de Asuntos Internacionales de la PGR
y Secretario Técnico de la H. Junta de Gobierno del Inacipe*

RAFAEL ESTRADA MICHEL
*Director General
del Instituto Nacional de Ciencias Penales*

ELISA SPECKMAN GUERRA
Secretaria General Académica

JORGE MARTÍNEZ IGLESIAS
Secretario General de Extensión

ALFONSO JESÚS MOSTALAC CECILIA
Director de Publicaciones

Número 8 •
marzo-agosto de 2015
México
ISSN 2007 4700

DIRECTORIO DE LA REVISTA PENAL MÉXICO

CODIRECTORES

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ
Universidad de Huelva

RAFAEL ESTRADA MICHEL
Director General del Inacipe

COMITÉ CIENTÍFICO

KAI AMBOS
Universidad Georg August de Gotinga

LUIS ARROYO ZAPATERO
Universidad de Castilla-La Mancha

ANDRÉS BAYTELMAN
Baytelman Legal. Fraud, Forensics and Compliance

ARELY GÓMEZ GONZÁLEZ
Procuraduría General de la República

IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE
Universidad de Salamanca

DAVID CIENFUEGOS SALGADO
*Secretaría General de Gobierno
del Estado de Guerrero*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
Suprema Corte de Justicia de la Nación

LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO
Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM

ENRIQUE DÍAZ-ARANDA
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

JAVIER DONDÉ MATUTE
Instituto Nacional de Ciencias Penales

PABLO GALAIN PALERMO
*Instituto Max Planck para el Derecho Penal
Extranjero e Internacional*

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
Academia Mexicana de Ciencias Penales

JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO
*Ilustre y Nacional Colegio de Abogados
de México, A.C.*

OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL
Academia Mexicana de Ciencias Penales

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Universidad Pablo de Olavide

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO
Academia Mexicana de Ciencias Penales

LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ
Comisión Nacional de los Derechos Humanos

CLAUS ROXIN
Universidad de Múnich

ULRICH SIEBER
*Instituto Max Planck para el Derecho Penal
Extranjero e Internacional*

MANUEL VIDAURRI ARÉCHIGA
Universidad de La Salle Bajío

JESÚS ZAMORA PIERCE
Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.

CONSEJO DE REDACCIÓN

VICTORIA ADATO GREEN
Academia Mexicana de Ciencias Penales

ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ
Instituto Nacional de Ciencias Penales

RODOLFO FÉLIX CÁRDENAS
Academia Mexicana de Ciencias Penales

GUSTAVO FONDEVILA
Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C.

LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA
Centro para el Desarrollo de la Justicia Internacional, A.C.

MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ
Academia Mexicana de Ciencias Penales

RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ
Poder Judicial de la Federación

MARÍA ELOÍSA QUINTERO
Instituto Nacional de Ciencias Penales

MIGUEL SARRE IGUÍNIZ
Instituto Tecnológico Autónomo de México

MIGUEL BUSTOS RUBIO
Universidad de Salamanca

VICTOR MANUEL MACÍAS CARO
Universidad Pablo de Olavide

DOCTRINA

Kai Ambos	<i>Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso.</i>	1
Julio Díaz-Maroto y Villarejo	<i>La responsabilidad penal del menor en el Derecho español</i>	19
Javier Gómez Lanz y Antonio Obregón García	<i>Otra propuesta de teoría del delito</i>	37
Jorge Alexandre González Hurtado	<i>La seguridad en los sistemas de información como un bien jurídico de carácter autónomo. Perspectiva europea y española.</i>	59
Santiago Granado Pachón	<i>Disfunciones procesales y garantías constitucionales en el sistema ideado por la LO. 5/2000, de 5 de enero, de responsabilidad penal del menor.</i>	77
Ciro Grandi	<i>El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal</i>	91
Alejandro Ochoa Figueroa	<i>El delito medioambiental en México; una barrera punitiva demasiado tardía.</i>	115
David Pavón Herradón	<i>Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena. Elementos retributivos en el Ordenamiento jurídico-penal español.</i>	131
Félix María Pedreira González	<i>La desproporción en el ámbito del tráfico de drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas</i>	159
Gerhard Werle y Boris Burghardt	<i>Sobre la complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas. El caso Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana.</i>	181
Manuel Jorge Carreón Perea	<i>La importancia de la comprensión de los Derechos Humanos para el Proceso Penal Acusatorio: aproximaciones conceptuales.</i>	195

Contenido

Francisco Vázquez Gómez Bisogno
*El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil.
Su naturaleza jurídico-constitucional a la luz de la teoría
de los órdenes jurídicos.* 211

NOTICIAS

Kai Ambos y Ezequiel Malarino
*Cooperación científica jurídico-penal entre Alemania y América Latina
de igual a igual: El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal
Penal (CEDPAL) de la Universidad de Gotinga. A su vez, un homenaje
a Claus Roxin.* 239



Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso¹(*)

Kai Ambos

Universidad de Gotinga

RESUMEN: La ciencia jurídico penal alemana se encuentra ante una encrucijada: o se abre a la internacionalización y europeización o se mantiene anclada en un “provincianismo presuntuoso” [“selbstbewusster Provinzialität”].² Con Joachim Vogel falleció prematuramente uno de los representantes más influyentes de una nueva generación de profesores alemanes de Derecho penal, la cual abogó desde muy temprano por dicha apertura, precisamente con miras hacia una verdadera ciencia jurídico penal internacionalizada y europeizada. Vogel cuestionó³ con razón las tendencias dominantes en Alemania, “caracterizadas por la sobre-estimación, obstinación y negación en contra de las corrientes internacionales y europeas”.⁴ Asimismo, reclamó la apertura metodológica y sustancial de esta disciplina, al igual que la democratización del discurso jurídico penal. En esta corta contribución en su memoria serán recordadas las ideas más importantes de Joachim en relación con este debate; también se intentará fortalecerlas y ampliarlas parcialmente. Para esto procederé en tres pasos: en primer lugar serán presentados algunos hallazgos, posteriormente se señalarán sus razones y finalmente se propondrán algunos cambios que se consideran necesarios.

PALABRAS CLAVE: Ciencia jurídico penal, dogmática alemana y extranjera, Derecho penal comparado, criminología empírica, política criminal, Derecho penal internacional, europeización, internacionalización.

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

* Todas estas son con seguridad reflexiones controvertidas y en parte también provocadoras, pero estoy seguro de que encontrarían en buena medida la aprobación de Joachim. Lamentablemente, él ya no las puede defender con el poder de convicción que le era propio.

¹ Traducción del alemán por GUSTAVO EMILIO COTE BARCO, LL.M. y doctorando de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Nota del traductor: las citas textuales en alemán han sido traducidas al español y su versión original se encuentra entre corchetes; por el contrario, las citas textuales en inglés no han sido traducidas debido a razones de espacio. Versión original publicada en la obra homenaje al profesor JOACHIM VOGEL: “Die Verfassung moderner Strafrechtspflege” (TIEDEMANN/SIEBER/SATZGER/BURCHARD/BRODOWSKY [eds.], Nomos, 2015) con el título “Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität”. El adjetivo “selbstbewusst” puede ser traducido al español de una manera más literal como “autoconsciente” o “seguro de sí mismo”. Sin embargo, la expresión “presuntuoso” refleja mejor la actitud negativa que en ocasiones se asume en Alemania frente a corrientes e influencias extranjeras, lo cual es justamente lo que el autor quiere cuestionar.

² FLETCHER, George, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung”, en ESER, Albin, HASSEMER, Winfried y BURKHARDT, Björn (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick, München, C.H. Beck, 2000, p. 235 (239). De forma similar, DONINI, Massimo. *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform: Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, pp. 3, 5 (“provincianismo nacionalista” [“nationalistischer Provinzialismus”]) haciendo referencia entre otros a Alemania.

³ VOGEL, Joachim, „Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum“, *Juristenzeitung* (JZ) [en línea], 1, 2012, p. 25.

⁴ [“Überschätzungs-, Beharrungs- und Verweigerungstendenzen gegenüber internationalen und europäischen Impulsen”.]

Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo

ABSTRACT: *German criminal law theory stands at a crossroads: either the field opens itself up to internationalisation and Europeanisation, or it continues to persist in its “confident provincialism”.¹ Joachim Vogel’s untimely death has deprived us of probably the most influential representative of a new generation of German criminal law theorists, who was one of the first to argue in favour of this move towards greater openness – towards a truly internationalised and Europeanised criminal law theory. Vogel rightly lamented the “tendencies of overestimation, resistance to change, and denial towards international and European ideas”² prevalent in Germany and demanded that our field open itself up both in terms of its methodology and content, further calling for greater democracy in criminal law discourse. In this small contribution dedicated to his memory, Joachim’s key thoughts on this debate will be recalled, essentially confirmed and then (in part) developed further. In doing so, I will proceed in three stages: first, several findings will be presented. Then the reasons underlying these findings will be explained, and finally the article will conclude with a call for the necessary changes.*

KEY WORDS: *Criminal law theory, German and foreign theory, comparative criminal law, criminology, criminal law policy, international criminal law, Europeanisation, internationalisation.*

SUMARIO: *A. Hallazgos; B. Razones; C. Cambios.*

A. Hallazgos

Cualquier observador experimentado puede constatar fácilmente que la ciencia jurídico-penal alemana ha perdido en las últimas décadas relevancia a nivel internacional prácticamente en todos los niveles.⁵ Si bien aún conserva su influencia sobre varios Estados pertenecientes a la tradición europea continental,⁶ se trata por lo general de sistemas con una estructura similar a la alemana, caracterizados también por un modelo discursivo

aristócrata y poco democrático, justamente en el sentido expuesto por Donini cuando se refiere a la “aristocracia penal” en lugar de “democracia penal”.⁷ Estos sistemas ostentan, dicho enfáticamente, un discurso teórico a veces incluso autoritario, que poco se esfuerza por ser comprensible, dado que está convencido de la corrección científica (y en ocasiones de la superioridad cultural)⁸ de sus posiciones dogmáticas; esto ciertamente al margen de su falta de legitimación democrática y

⁵ En general sobre la pérdida de influencia de la ciencia jurídico penal alemana en Europa, ver LEPSIUS, Oliver, “Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht”, en HILGENDORF, Eric/SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (eds.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2015, p. 87. Más optimista sobre la importancia en términos generales de la dogmática jurídica alemana JARBORG, Nils, “Legal dogmatics and the Concept of Science”, en FREUND, Georg/MURMANN, Uwe/BLOY, Rene/PERRON, Walter (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*, Berlín, Duncker & Humblot, 2013, p. 54 („German legal dogmatics“ [...] still plays the dominating rule“ en Europa). Muy europeo y probablemente sólo en relación con el Derecho penal material, HILGENDORF, Eric/SCHULZE-FIELITZ, Helmuth, “Rechtswissenschaft im Prozess der Selbstreflexion”, en HILGENDORF, Eric/SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (eds.), *op. cit.*, p. 2 (“Validez mundial [...] indiscutida” [“Weltgeltung [...] unumstritten”], “exportador exitoso” [“Exportschlagler”]).

⁶ Dicha influencia se da sobre todo con relación al Derecho penal material y comprende desde el punto de vista geográfico Europa continental (en especial Portugal, España, los países de Europa oriental y de los Balcanes), América Latina y parte de Asia (China, Japón, Corea y Turquía).

⁷ DONINI, nota al pie 1, pp. 7 ss., donde enuncian las exigencias de la “aristocracia jurídico penal” [„Strafrechtsaristokratie“] y las analiza críticamente; más adelante se hará referencia nuevamente a esta posición. Ver también DONINI, Massimo, *IL volto attuale dell'illecito penale*. Milán, Giuffrè Editore, 2004, pp. 281 ss. Sobre Donini ver VOGEL, Joachim, “Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* (GA), 2002, p. 517 (534); VOGEL, nota al pie 2, p. 27. De manera similar STUCKENBERG, Carl-Friedrich, „Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre“, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* (GA), 2011, pp. 653 (658) (“distanciamiento apabullante que la discusión jurídico-penal tradicional, en especial la teoría del bien jurídico, tiene de la democracia” [“verstörende Demokratieförne der traditionellen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion, namentlich der Rechtsgutslehre”]).

⁸ Ver SCHÜNEMANN, Bernd, „Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft“, en HILGENDORF y SCHULZE-FIELITZ (eds.), nota al pie 4, p. 241 (“modelo fuera de circulación a pesar de la superioridad cultural” [“Auslaufmodell trotz kultureller Überlegenheit”]).

de un concepto de dogmática que no ha sido definido completamente.⁹ Además, la relación de Alemania con estos sistemas jurídicos se limita a la exportación en una sola dirección de teorías y categorías dogmáticas, sin tomar en consideración las condiciones dadas en dichos lugares y sin que haya, según el caso, ninguna adaptación a dichos contextos. Tal y como expuso Vogel, incluso en su ámbito de influencia original la ciencia jurídico-penal alemana ha estado más interesada “en la exportación del Derecho penal, es decir, en la difusión del pensamiento penal alemán en el extranjero y en gremios europeos e internacionales, que en aprender del Derecho penal extranjero, sea europeo o internacional, y en cierto modo llevar a cabo algún tipo de importación del Derecho...”¹⁰ Más allá de estos ordenamientos jurídicos que mantienen una actitud favorable frente a Alemania, el Derecho penal alemán es ampliamente ignorado en el exterior y a nivel supranacional. Sin embargo, es importante diferenciar entre las diferentes áreas que componen la ciencia general jurídico penal.

En relación con la teoría general o parte general del Derecho penal se puede decir que el concepto de delito, construido de manera deductiva y anclado en un alto nivel de abstracción, así como sus formas particulares (entre otros el concepto final de acción con la consecuente separación entre un concepto psicológico de dolo y la culpabilidad en sentido normativo, la distinción entre justificación y exculpación, así como el concepto de bien jurídico como factor de le-

gitimación del Derecho Penal) son en su mayor parte ignorados. Incluso algunos intentos propios por hacer accesibles en el ámbito del *common law* el desarrollo de la teoría del delito alemana, así como sus fundamentos teóricos, no han cambiado nada en relación con dicha situación.¹¹ La dogmática penal alemana ha tenido éxito a nivel internacional solamente con la teoría del dominio del hecho, propuesta por Claus Roxin, uno de sus principales exponentes. Hasta el momento esta teoría, incluso en su variante de autoría por domino de la organización, no solamente ha sido reconocida en los sistemas influenciados por Alemania,¹² sino también por la Corte Penal Internacional (CPI), donde ha sido aprobada por la Cámara de Apelaciones.¹³

Respecto a la parte especial del Derecho penal, internacionalmente se procede de una manera menos sistemática y con mayor énfasis en la solución de problemas. De hecho, la penalización de formas específicas de comportamiento se realiza de acuerdo con las necesidades político criminales que son percibidas en cada momento. Esto es especialmente claro en el desarrollo del Derecho penal europeo, donde según el art. 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) el Consejo y el Parlamento europeos son competentes para establecer, mediante directivas, “normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y

⁹ Fundamental desde la perspectiva de la ciencia jurídica general, ver ROTTLEUTHNER, Hubert, “Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft“, en HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (eds.), nota al pie 4, pp. 212-215, donde se alude al problema de la falta de diferenciación entre teoría (dogmática) y objeto (Derecho vigente). Sobre “dogmática” ver más adelante notas al pie 42 y 100, así como el texto principal.

¹⁰ [“an einem ‘Strafrechtsexport’ interessiert..., also daran, deutsches Strafrechtsdenken im Ausland bzw. in europäischen und internationalen Gremien zu verbreiten, als daran, vom ausländischen, europäischen oder internationalen Strafrecht zu lernen und gleichsam einen ‘Strafrechtsimport’ zu betreiben...”] VOGEL, nota al pie 2, p. 27. Al respecto de manera crítica, DONINI, nota al pie 1, p. 29. Crítico, por ejemplo, sobre la recepción unilateral del Derecho penal alemán en Japón, YAMANAKA, Keiichi, *Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft*, Berlín, De Gruyter, 2012, p. X. De acuerdo con esto, DUTTGE, Gunnar/ERLER, Johanna/TADAKI, Makoto, “Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) [en línea], Band 127, folleto 1, pp. 225 (226) (“vía en un solo sentido” [“Einbahnstraße”]).

¹¹ Ver AMBOS, Kai, “Toward a Universal System of Crime”, *Cardozo Law Review* [en línea], vol. 28:6, mayo de 2007, pp. 2647-2673 (presentación de los méritos del pensamiento sistemático frente a enfoques casuísticos y del concepto de delito postfinalista y sus fundamentos teóricos).

¹² En este sentido se debe mencionar especialmente la sentencia de la Corte Suprema del Perú en contra del expresidente Alberto Fujimori. Ver Corte Suprema de Justicia (CSJ), Sala Penal Especial, sentencia del 07.04.2009, exp. no. AV 19-2001 (casos Barrios Altos, La Cantuta, Sótanos SIE); confirmada por CSJ, Primera Sala Penal Transitoria, sentencia 30.12.2009, exp. no. AV 19-2001. Para una traducción al inglés de la decisión, ver *American University International Law Review* (Am. U. Int’l L. Rev.) [en línea], 25, 2010, pp. 657 y ss. Para una traducción parcial al alemán ver AMBOS, Kai/HUBER, Florian, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS) [en línea], 11, 2009, pp. 622 y ss., con comentarios de Ambos, Roxin, Schroeder, Jakobs, Herzberg, Caro, García, Meini, Pariona y von der Wilt (ZIS), 2009, pp. 552 ss.

¹³ ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-01/06-3121-Red, Judgment, AC, 1º de diciembre de 2014, párrs. 449, 471, 473; con más detalle AMBOS, Kai, “Article 25. Individual criminal responsibility”, en TRIFFTERER, Otto/AMBOS, Kai (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 3ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2015, Rn. 10, 12-15.

Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo

tengan una dimensión transfronteriza”.¹⁴ Joachim Vogel se refirió con anticipación a esta forma de proceder como “primacía del pensamiento-problema sobre el pensamiento-sistema”.¹⁵ Desde este punto de vista, lo que resulta realmente decisivo es si la codificación de un ámbito específico de criminalidad es considerada necesaria, con lo cual las objeciones de carácter sistemático o teóricas dan un paso atrás.¹⁶ A nivel de tratados internacionales esto corresponde a la obligación de codificar los denominados “treaty crimes”,¹⁷ cuya acogida en Alemania en no pocas ocasiones es rechazada. Probablemente el ejemplo más importante en este sentido es la criminalización de la tortura como tipo penal autónomo,¹⁸ exigencia que se deriva de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y que sin embargo no ha sido cumplido por Alemania. En este país se ha aceptado, desconociendo el significado simbólico que podría tener dicho tipo penal, que la sanción de la tortura mediante los tipos penales de lesiones personales cualificadas es suficiente.¹⁹ Más allá de este ejemplo, en general es posible afirmar que la pérdida

de importancia del Código Penal alemán puede deberse también, tal y como fue señalado por Vogel, a la falta de una reforma fundamental del mismo.²⁰

En el campo procesal el entendimiento instrumental del Derecho Penal difundido a nivel internacional se manifiesta en la ampliación y profundización de medidas coercitivas. Con esto, y especialmente debido al principio de reconocimiento recíproco, en el contexto europeo se ha logrado, por decirlo de alguna manera “por la puerta de atrás”, cierto grado de unificación procedimental. En este sentido se debe mencionar, como precursor y *pars pro toto*, sobre todo la orden de detención y entrega cuyo ámbito de aplicación se extiende a una lista de más de treinta formas de criminalidad,²¹ la cual vale también para los demás instrumentos objeto de reconocimiento recíproco.²² Por lo demás, en el ámbito procesal se puede constatar la implementación del proceso adversarial prácticamente a nivel mundial.²³ Esta tendencia se observa incluso en países representativos de la tradición europea continental como Italia²⁴ o Francia.²⁵ Reliquias del proceso

¹⁴ Ver con más detalle AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht*, 4ª ed., München, C.H. Beck, 2014, pp. 555 y ss.

¹⁵ [“Vorrang des Problem Denkens vor dem Systemdenken”] VOGEL, nota al pie 6, pp. 522 y ss.

¹⁶ También el Ministro Federal de Justicia MAAS, Heiko, “Wann darf der Staat strafen?“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTz) [en línea], folleto 3, 2015, p. 309 (haciendo referencia a Vogel).

¹⁷ Ver AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Vol. II*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 222 y ss. Al respecto también VOGEL, nota al pie 2, p. 26.

¹⁸ Ver artículos 2.1 y 4.1 Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

¹⁹ Ver “Dritter Bericht der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 19 des Übereinkommens vom 10.12.1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe”. Disponible en: http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/CAT/cat_state_report_germany_3_2002_de.pdf (fecha de consulta: 15.04.2015), párrafo 17 (“En el Derecho Penal alemán no hay un tipo penal especial de tortura. Sin embargo, éste no es necesario, ya que todas las formas de comportamiento que según el artículo 4 se deben penalizar están comprendidas por las normas penales ya existentes” [“Im deutschen Strafrecht gibt es zwar keinen Sondertatbestand der Folter. Ein solcher ist aber auch nicht erforderlich, da alle gemäß Artikel 4 zu pönalisierenden Verhaltensweisen über die bereits bestehenden Strafnormen erfasst werden”]) Crítico al respecto Committee Against Torture, Forty-seventh session, 31 de octubre-25 de noviembre de 2011, Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Concluding observations of the CAT, CAT/C/DEU/CO/5, 12.12.2011. Disponible en: http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/CAT/cat_state_report_germany_5_2009_cobs_2011_en.pdf (fecha de consulta: 15.04.2015). Al respecto también VOGEL, nota al pie 2, p. 26.

²⁰ VOGEL, nota al pie 2, pp. 25 y s.

²¹ Consejo de la Unión Europea, 2002/584/JAI: Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, art. 2.2. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-ES/TX/T/?uri=CELEX:32002F0584&from=DE> (fecha de consulta: 10.04.2015).

²² Ver AMBOS, nota al pie 13, pp. 614 y ss., y 634 y ss.

²³ Acertadamente también VOGEL, nota al pie 2, p. 26.

²⁴ Ver AMODIO, Ennio, “La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo“, *Cassatione Penale* (Cass. Pen.), 2003, pp. 141 y ss. Sobre el desarrollo actual TONINI, Paolo, *Manuale di Procedura Penale*, 15ª ed., Milán, Giuffrè, 2014, pp. 24 y ss.

²⁵ A pesar de que a la etapa del juicio del proceso penal francés se le atribuyen incluso rasgos “adversariales” (LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, “Das Unmittelbarkeitsprinzip im französischen Strafverfahrensrecht”, *Juristenzeitung* (JZ) [en línea], 126, 2014, pp. 185 (187)), difícilmente se puede afirmar que su estructura sea realmente adversarial en el sentido angloamericano de un proceso de partes. A lo sumo se puede resaltar el interrogatorio cruzado (contradictorio) de los testigos en el sentido del art. 6.3 (d) de la CEDH en el marco del juicio oral (ver *ibid.*, p. 189). En contra de una lectura adversarial en el sentido mencionado también habla el significado de la etapa de investigación preliminar y el rol que en ésta cumple el juez de instrucción (ver *ibid.*, pp. 185, 193). Con más detalle sobre la etapa de investigación preliminar ver, por ejemplo, DESPORTES, Frédéric/LAZERGES-COUSQUER, Laurence, *Traité de procédure pénale*, 3ª ed., París, Economica, 2013, pp. 21 y ss. Sobre el juicio oral, ver LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne/STUCKENBERG, Carl-Friedrich (eds.), *Was wird aus der Hauptverhandlung?*, Götting, V & R Unipress, Bonn Univ. Press, 2014.



inquisitivo, como por ejemplo el *juge d'instruction* francés,²⁶ no cambian el hecho de que “el proceso penal adversarial o de partes con sus características estructurales, como justicia a través del procedimiento contradictorio (en vez de verdad material), autonomía de las partes (en vez de actividad oficiosa del juez), sistema de tarifa legal en la valoración probatoria (en vez de libre apreciación de las pruebas) y *plea bargaining*, haya sido implementado entre tanto en ordenamientos jurídicos de Europa Oriental, América Latina y del oriente asiático”.²⁷ Ello se aplica también en el proceso ante los tribunales penales internacionales.²⁸ Así, por ejemplo, aunque el proceso ante la CPI puede ser calificado como un proceso mixto inquisitivo-adversarial,²⁹ en la práctica se aplica cada vez más la estructura procesal de “dos casos” en contra del tipo de procedimiento de “un caso” dirigido por el juez.³⁰

En relación con la política criminal se debe afirmar que, al margen del trabajo publicado por Roxin

en 1973³¹ y de la introducción realizada por Zipf en la misma época,³² ésta es tratada por la denominada *ciencia* jurídico-penal sólo marginalmente y con descuido, de hecho incluso casi con vergüenza, ya que para muchos supone acercarse demasiado al trabajo legislativo.³³ Aquí se muestra nuevamente la convicción sobre su propia autonomía, inmanente al discurso jurídico penal aristocrático, así como la supuesta superioridad de la dogmática jurídico-penal frente a la política criminal,³⁴ lo cual ha sido presentado últimamente incluso bajo el ropaje de una (a nivel internacional difícilmente admisible) “dogmática de la política criminal” [“Dogmatik der Kriminalpolitik”].³⁵ La política criminal también ha ganado gran importancia a nivel internacional debido a los desafíos que le presenta la globalización. Precisamente por esta razón la política criminal necesita del acompañamiento crítico-científico,³⁶ lo cual, por supuesto, no se puede equiparar con su “dogmatización” [“Dogmatisierung”]³⁷ y completa

²⁶ Sobre su rol, ver DESPORTES/LAZERGES-COUSQUER, nota al pie 24, pp. 472 y ss.

²⁷ [“das adversatorische Parteiverfahren mit seinen Strukturmerkmalen Gerechtigkeit durch kontradiktorisches Prozedieren (statt materieller Wahrheit), Parteiautonomie (statt staatlich richterliche Fürsorge), detaillierten Beweisregeln (statt freier richterlicher Beweiswürdigung) und plea bargaining inzwischen auch in den klassischen civil law-Rechtsordnungen Osteuropas, Lateinamerikas und Ostasiens durchgesetzt”] AMBOS, Kai, „Besprechung von Sabine Swoboda, Verfahrens- und Beweisstrategien vor den UN-ad hoc Tribunalen“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 161, 2014, p. 427. Según el Prof. Weimin Zuo (Universidad Sichuan, China) el éxito del proceso penal angloamericano se debe a la popularidad de los Estados Unidos de América y de Gran Bretaña como “the most developed rule of law countries”, a una estrategia de exportación efectiva y al “due process component” del procedimiento adversarial (presentación en la “Conference in Honour of Mirjan Damaška”, Cavtat, Croacia, 29-30.5.2015).

²⁸ Al respecto SWOBODA, Sabine, *Verfahrens- und Beweisstrategien vor den UN-ad hoc Tribunalen*, Baden-Baden, Nomos, 2013.

²⁹ Ver AMBOS, nota al pie 13, pp. 367 y ss., 412-413.

³⁰ Sobre este antagonismo, FEENEY, Floyd/HERRMANN, Joachim, *One case - two systems*, Ardsley, Nueva York, Transnational Publishers, 2005. LANGER, Máximo, “The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law”, *American Journal of Comparative Law* (AmJComJ) [en línea], 53, 2005, pp. 835 (843).

³¹ ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., Berlín Walter de Gruyter, 1973. Resumido ROXIN, Claus, *Strafrecht AT*, 3ª ed., Band I, München, C.H. Beck, 1997, pp. 174 y ss.

³² ZIPF, Heinz, *Kriminalpolitik: eine Einführung in die Grundlagen*, Karlsruhe, Müller, 1973; ver también del mismo autor *Kriminalpolitik: ein Lehrbuch*, 2ª ed., Heidelberg, Müller, Jur. Verl., 1980.

³³ De manera crítica VOGEL, nota al pie 2, p. 26; también DONINI, nota al pie 1, pp. 21 y s. (lamentando la falta de política criminal en Italia y a nivel europeo).

³⁴ Similar DONINI, nota al pie 1, p. 9 (“autonomía de la ciencia frente a la política” [“Autonomie der Wissenschaft gegenüber der Politik”]).

³⁵ ROBLES, Ricardo, “Zur Dogmatik der Kriminalpolitik”, en FREUND/MURMANN y otros (eds.), nota al pie 4, pp. 115 y ss. Aquí se califican también las decisiones legislativas sin legitimación (se debe leer: dogmática) como “mero ejercicio de poder” [“bloße Machtausübung”] (p. 116) y se hace referencia a la dogmática como un “esquema conceptual [...] superior” [“überlegenen [...] begrifflichen Schema”], que constituye el “lugar de la meta política criminal” [“der Ort der Meta-Kriminalpolitik”] (p. 117). De esta manera se puede observar la firme creencia de este autor (ciertamente no demostrada) en la capacidad de la dogmática para racionalizar la política criminal. Con esto se ignora, entre otras cosas, que varias figuras dogmáticas también son el producto de “intereses político criminales concretos” [“handfester rechtspolitischer Interessen”] y no simplemente el producto de una “deducción lógica” [“logischer Deduktion”] (KOCH, Arnd, “Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsvergleichung”, en FREUND/MURMANN y otros (eds.), nota al pie 4, pp. 1483, 1496, según el cual esto lo prueba la historia del Derecho).

³⁶ Ver SIEBER, Ulrich, “Strafrechtsvergleichung im Wandel”, en SIEBER, Ulrich/ALBRECHT, Hans-Jörg (eds.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Berlín, Duncker & Humblot, 2006, pp. 90-93, 96-98, 110 (para quien esto constituye una de las razones para la creciente importancia del Derecho comparado, el cual puede en este sentido garantizar “good governance”; también SIEBER, Ulrich, “Grenzen des Strafrechts”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) [en línea], Band 119, 2007, pp. 1 (53); similar ESER, Albin, „Evaluativ-Kompetitive Strafrechtsvergleichung“, en FREUND/MURMANN y otros (eds.), nota al pie 4, pp. 1441, 1455.

³⁷ En el sentido explicado en la nota al pie 34.

Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo

cientificación, desconociendo la dimensión político-valorativa³⁸ que le es propia.³⁹

En todo caso, la política criminal nacional (en Alemania) no siempre acoge lo dispuesto a nivel internacional, como lo muestra el ejemplo ya mencionado de la tortura, incluso cuando a nivel de la Unión Europea el efecto interno del Derecho secundario sólo deja un margen de acción reducido. Es posible pensar que en el caso concreto dicha resistencia tiene sustento; sin embargo, esta actitud es apenas sostenible internacionalmente⁴⁰ cuando su fundamentación se reduce a una remisión general ontologizante a supuestas categorías lógico-objetivas, que hacen de la dogmática jurídico-penal alemana la medida de todas las cosas⁴¹ y de acuerdo con las cuales las teorías extranjeras, sobre todo del Derecho penal angloamericano, son calificadas como “analíticamente impuras” y “premodernas”.⁴² Lo anterior no solamente ignora que en el Derecho

penal angloamericano también existe “dogmática” en el sentido de interpretación y sistematización del Derecho vigente (doctrinal scholarship),^{43,44} sino también el hecho de que los rendimientos de la dogmática tradicional en términos de estructuración y sistematización se pueden producir y de hecho son producidos de otras maneras, por ejemplo, apelando a principios generales en el marco de un discurso teórico y filosófico exigente y riguroso, así como mediante el trabajo minucioso de casos concretos.⁴⁵

En lo que tiene que ver con la jurisprudencia, la cual es especialmente importante para la práctica, se debe decir en primer lugar que ésta se halla sujeta al Derecho alemán (art. 20, apartado 3, y art. 97, apartado 1, Ley Fundamental alemana) y en consecuencia argumentos relacionados con el Derecho penal extranjero (con excepción de las pocas veces en las que se debe aplicar alguna norma de otro ordenamiento

³⁸ Ver VOGEL, Joachim, „Kriminalpolitikwissenschaft und europäische Kriminalpolitik“, en HEGGER, Martin/KELKER, Brigitte/SCHRAMM, Edward (eds.), *Festschrift für Kristian Kühl*, München, C.H. Beck, 2014, pp. 635 y s. (con crítica fundada a la diferencia dominante entre *lex lata* y *lex ferenda* y con dudas fundamentales sobre la posibilidad de una política criminal científica “en el sentido de respuestas verdaderas, válidas, objetivas y vinculantes” [“im Sinne von wahren, gültigen, objektiven oder verbindlichen Antworten”], en lugar de esto abogando por un entendimiento sobrio como respuesta a los desafíos de la criminalidad).

³⁹ Esto necesitaría aclaraciones adicionales que debido a razones de espacio no se pueden realizar aquí. Dicho brevemente se trata (obviamente) de un acompañamiento científico a la política criminal, el cual debe ir más allá de una dogmática puramente técnico-conceptual, aceptar la legitimidad de las decisiones discrecionales tomadas por los funcionarios electos competentes e incluir las ciencias sociales empíricas (ver más adelante nota al pie 107 y texto principal) y el análisis comparado del Derecho (ver nota anterior). Solo entonces la dogmática puede pretender ser una ciencia (sobre “legal dogmatics” como “legal science” en sentido amplio, ver JAREBORG, 4, pp. 49 y ss.) y la política criminal puede permanecer como política legitimada democráticamente (en el sentido de *policy*; al respeto VOGEL, nota al pie 37, pp. 637, 646 y ss.).

⁴⁰ Crítico en este sentido también sobre la falta de capacidad del discurso dogmático tradicional para ser exportado LEPSIUS, nota al pie 4, pp. 86 y s.; similar VON BOGDANDY, Armin, “Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft”, en HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (eds.), nota al pie 4, pp. 141 y s. (necesidad de aclaración de la funcionalidad de conceptos dogmáticos).

⁴¹ Ver en especial HIRSCH, Hans Joachim, “Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?“, en SEEBODE, Manfred (ed.), *Festschrift für Günter Spendel*, Berlin, De Gruyter, 1992, pp. 43 y ss. (con su desacreditada tesis de una dogmática jurídico-penal “total o parcialmente correcta o falsa” [“ganz oder teilweise richtigen oder falschen”], p. 58.). Acertadamente y de manera crítica sobre el punto de vista ontologizante, ROXIN, Claus, “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, en EBERHARD, Barth (ed.), *Festschrift für Richard M. Honig*, Gotinga, Schwartz, 1970, pp. 148 y ss.; ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik*, nota al pie 30, pp. 5 y s.; ROXIN, Claus, *Strafrecht*, nota al pie 30, p. 181, en nota al pie 76, p. 193. También de forma crítica AMBOS, Kai, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2ª ed., Berlin, Dunkler & Humblot, 2004, pp. 57 y s.

⁴² Ver SCHÜNEMANN, Bernd, „Das Schuldprinzip und die Sanktionierung von juristischen Personen und Personenverbänden“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 2015, p. 282 (acogida de “doctrinas analíticamente impuras y premodernas” [“analytisch unsauberer, vormoderner Doktrinen”]). En general, Schünemann se dirige sobre todo al Derecho penal angloamericano. Sin embargo, el escaso desarrollo “dogmático” de éste último y su enfoque deductivo basado en casos (al cual ya se hizo referencia) no deben llevar a subestimar la discusión teórica y filosófica, en ocasiones de alto nivel, que tiene lugar en dicho ámbito, ni a evitar que se tomen en serio las soluciones allí propuestas (en todo el sentido del método funcional del Derecho comparado que se menciona más adelante).

⁴³ HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ, nota al pie 4, p. 6.

⁴⁴ Ver por ejemplo, como principal exponente en los Estados Unidos de la teoría del Derecho como disciplina autónoma (la cual ha sido cuestionada por los “legal realists”), POSNER, Richard, “Legal Scholarship Today”, *Harvard Law Review*, 115, 2001-2002, pp. 1314 (1316): “[...] task of the legal scholar [...] to extract a doctrine from a line of cases or from statutory text and history, restate it, perhaps criticize it or seek to extend it, all the while striving for ‘sensible’ results in light of legal principles and common sense”. También sobre “legal dogmatics” como “rational reconstruction”, MACCORMICK, Neil, “Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 10, 1990, pp. 539 (556 y s.): “task of scholarship [...] to reconstruct” el material jurídico, para hacerlo comprensible [...] “rational reconstruction means the production of clear and systematic statements of legal doctrine [...] great works of legal dogmatics [...] among the highest achievements of human intelligence” (resaltado en el original).

⁴⁵ Desde la perspectiva del Derecho público, ver LEPSIUS, nota al pie 4, p. 86.

jurídico)⁴⁶ a lo sumo pueden tener carácter informativo.⁴⁷ Sin embargo, no es errado afirmar que en la jurisprudencia existe cierta recepción, si bien renuente, de influencias internacionales y europeas. Esto se puede demostrar con varios ejemplos,⁴⁸ de los cuales vale la pena recordar la renuncia inicial de tribunales superiores alemanes (Obergerichte) a aceptar la restricción del art. 329, apartado 1, del Código de Procedimiento Penal alemán (StPO) exigida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El TEDH había decidido que esta disposición era incompatible con la Convención Europea sobre Derechos Humanos (CEDH), cuando el recurso de apelación era rechazado debido a la ausencia del recurrente, a pesar de que su defensor estuviera presente y listo para ejercer la defensa.⁴⁹ Varios tribunales se negaron a reconocer la validez de esta

decisión en el Derecho interno, entre otros con el argumento de que el TEDH había ignorado la sistemática de las normas alemanas sobre recursos.⁵⁰ Sobre todo el Tribunal Superior de Celle contradujo de manera vehemente al TEDH⁵¹ y para esto aplicó su propia interpretación del art. 6, apartado 3, letra c) de la CEDH.⁵² Al final, solo la actividad del legislador puso punto final a esta situación contraria al sistema europeo de protección de derechos.⁵³ En cambio, el ejemplo mencionado por Vogel⁵⁴ sobre la remisión de asuntos que deben realizar los tribunales nacionales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuando el objeto de debate involucra aspectos relevantes del Derecho comunitario (“Vorabentscheidungsverfahren”), resulta menos ilustrativo en lo que a la relación del Derecho alemán con el Derecho europeo se refiere, ya que si se compara

⁴⁶ Por ejemplo, desde la perspectiva de las normas sobre aplicación del Derecho penal, en la comprobación de reglas idénticas (extrajeras) sobre el lugar del hecho conforme al art. 7 del Código Penal alemán (StGB) o (como valoración del Derecho extranjero) en el marco del análisis comparado del Derecho (ver ESER, Albin, nota al pie 35, p. 1449; asimismo, más adelante, nota al pie 131 y texto principal).

⁴⁷ De la misma manera VOGEL, Joachim, “Diskussionsbemerkungen: Instrumentelle Strafrechtsvergleichung”, en BECK, Susanne/ BURCHARD, Christoph/FATEH-MOGHADAM, Bijan (eds.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, Baden-Baden, Nomos, 2011, p. 206.

⁴⁸ Aquí puedo hacer referencia a mi experiencia (ciertamente limitada) como juez del Tribunal Provincial (Landgericht) de Gotinga (2006-2014) y del Tribunal Superior (Oberlandesgericht) de Brunswick, (desde el 1º de enero de 2015).

⁴⁹ TEDH, decisión del 08.11.2012 (Naziraj-Alemania), párrs. 49 y ss; comentario por WASZCZYNSKI, Dominik, „Verwerfung der Berufung wegen unentschuldigter Abwesenheit des Angeklagten“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungsreport* (NSTZ-RR) [en línea], folleto 1, 2014, pp. 18 y ss.; ESER, Robert „(Nichts) Neues aus Straßburg - Effektive Verteidigung bei Nichterscheinen des Angeklagten zu Beginn der Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz (§ 329 Abs. 1 S. 1 StPO)“, *Stfverteidiger* (StV) [en línea], folleto 5, 2013, pp. 334 y s.; acertadamente ESER, Robert, *Europäisches und Internationales Strafrecht*, München, C.H. Beck, 2014, § 9 Rn. 255; GERST, Joachim, „Die Konventionsgaranties Art. EMRK Artikel 6 EMRK Artikel 6 Absatz IIIc und die Abwesenheitsverwerfung gemäß §StPO § 329 StPO § 329 Absatz I 1 StPO – Ein kleiner Schritt für Straßburg, ein zu großer für Deutschland?“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTZ) [en línea], folleto 6, 2013, p. 310.

⁵⁰ Tribunal Superior de Celle, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTZ) [en línea], 2013, pp. 615, 616. Tribunal Superior de Múnich, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTZ) [en línea], 2013, pp. 358, 359, con comentario crítico de ZEHETGRUBER, Christoph, „Zur Unvereinbarkeit von § 329 Abs. 1 S. 1 StPO mit der EMRK“, *Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht* (HRRS) [en línea], folleto 10, 2013, p. 402. Tribunal Superior de Düsseldorf, *Stfverteidiger* (StV) [en línea], folleto 5, 2013, p. 299, con comentario crítico de ESER, (Nichts) Nuevo, nota al pie 48, p. 331 (“ignorancia frente a estándares de derechos humanos en el proceso penal” [“Ignoranz gegenüber menschenrechtlichen Standards in Strafverfahren”], 338); de acuerdo con el resultado, MOSBACHER, Andreas, “Straßburg locuta – § StPO § 329 STPO § 329 Absatz I StPO finita?“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTZ) [en línea], folleto 6, 2013, pp. 313 y ss. (“No hay ningún camino metodológico plausible para adaptar el resultado deseado por el TEDH a la estructura del Derecho vigente” [“Es gibt keinen methodisch vertretbaren Weg, das vom EGMR gewünschte Ergebnis in die Struktur des geltenden Rechts einzupassen”]).

⁵¹ Tribunal Superior de Celle, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTZ) [en línea], 2013, p. 615 (La decisión “ignora fundamentalmente la situación jurídica alemana” [“gehe an der deutschen Rechtslage fundamental vorbei”]).

⁵² Tribunal Superior de Celle, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NSTZ) [en línea], 2013, p. 615 (“El interés del acusado de permitir su defensa por medio de un defensor en el trámite de la apelación”, “según la interpretación correcta de esta disposición, no es protegido jurídicamente” [das “Interesse des Angeklagten, sich von einem Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung vertreten zu lassen”, werde “nach sachgerechter Interpretation dieser Vorschrift rechtlich nicht geschützt”]).

⁵³ Ver propuesta (Referentenentwurf) del Ministerio Federal de Justicia y para la Protección del Consumidor sobre un proyecto de ley para el fortalecimiento del derecho a la representación a través de un defensor en el juicio de apelación, pp. 41 y ss., así como el proyecto de ley del Gobierno Federal del 17.10.2014 (BR-Drucks. 491/14), pp. 44 y ss., especialmente 51 y ss., según el cual se debe reformar el art. 329 StPO y reemplazar por una regulación completa de los casos de ausencia injustificada. En consecuencia (sólo) se puede rechazar la apelación, cuando tanto el acusado como el defensor se ausentan sin justificación (art. 329 párr. 1, StPO-proyecto). De manera que el juicio de apelación también puede tener lugar sin el acusado, cuando su presencia “no sea requerida por circunstancias especiales” [“nicht besondere Gründe” seine Anwesenheit “erfordern”] y “esté representado por un defensor autorizado mediante poder de representación otorgado por escrito” [“wenn er durch einen Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht vertreten wird”] (art. 329, párr. 2, StPO-proyecto). El Parlamento alemán (Bundestag) ha aprobado el proyecto de ley en la versión modificada por la Comisión de asuntos jurídicos (Rechtsausschuss) (BT-Drucks, 18/5254) el 18.6.2015 (http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2015/kw25_angenommen_abgelehnt/378774; fecha de consulta: 23.6.2015).

⁵⁴ VOGEL, nota al pie 2, p. 26.

Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo

entre los miembros de la Unión Europea se observa que Alemania es de los países que más asuntos ha remitido.⁵⁵ Incluso la comparación con otros países similares en tamaño⁵⁶ demuestra que Alemania ocupa, de acuerdo con las estadísticas, una posición más o menos alta. De hecho, es posible afirmar que existe cierta reserva general por parte de los tribunales nacionales, no sólo de los alemanes, para realizar dichas remisiones.⁵⁷

Un ejemplo notorio y positivo de influencia del Derecho penal alemán únicamente se puede constatar en el Derecho penal internacional. Esto ha ocurrido debido a dos factores.⁵⁸ Por un lado Alemania jugó un papel muy importante en la creación de la CPI, la cual continúa hasta hoy con el apoyo permanente a dicho tribunal. Por otro lado, con apoyo en el Código Penal internacional alemán y, en menor medida, a través la Ley de Cooperación con la CPI se expidieron dos leyes de implementación que han gozado a nivel internacional de gran popularidad, lo que fue posible entre otras razones gracias a su traducción en los seis idiomas de las Naciones Unidas.⁵⁹ Por último, pero no menos importante, la dogmática jurídico-penal alemana ha ganado validez en el contexto de la CPI sobre todo en lo que tiene que ver con la ya mencionada teoría de la participación.⁶⁰ Este éxito único se puede explicar a partir de la cooperación

constructiva entre práctica y teoría: la política exterior y de justicia alemana apoyó siempre enérgicamente la creación de la CPI, así como su implementación en el Derecho interno a través de las leyes mencionadas, y para esto se valió en todas las fases de asesoría científica y académica.⁶¹

B. Razones

La inmunidad aparente del Derecho penal nacional frente a la internacionalización y a la globalización se explica usualmente con el arraigo moral que éste tiene en cada sociedad y con esto por medio de su *condicionamiento cultural*. Así, el Tribunal Constitucional alemán justificó en su decisión sobre el Tratado de Lisboa el significado especial que tiene el principio democrático para el Derecho penal, al afirmar que éste representa un ámbito especialmente sensible “para la capacidad de autodeterminación democrática de un Estado constitucional”.⁶² Según este Tribunal las condiciones de la punibilidad “dependen de preconcepciones culturales que se desarrollan históricamente y están marcadas por el lenguaje”, y por tal razón “son extraíbles normativamente sólo de forma limitada de los valores y premisas éticas compartidos en Europa”.⁶³

⁵⁵ Según el Informe Anual del TJUE, en el año 2014 Alemania realizó 87 remisiones, lo cual constituye aproximadamente el 20% de todas las remisiones realizadas en ese año (en total 428 remisiones de los 28 Estados miembros de la Unión Europea). De la misma manera, en el periodo total comprendido en esta estadística (1961-2014) los tribunales alemanes son los que han sometido al TJUE la mayor cantidad de asuntos con un total de 2 137. La versión en español del Informe puede ser consultada en: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-04/es_ecj_annual_report_2014_pr1.pdf (fecha de consulta: 13.04.2015), pp. 121-122.

⁵⁶ Italia (52 remisiones), Francia (20 remisiones), Reino Unido (12); en el periodo total Italia (1279), Francia (906), Reino Unido (573), ver *Ibid.*

⁵⁷ Los tribunales nacionales en general pueden remitir asuntos al Tribunal Europeo de Justicia si así lo consideran necesario, para que éste se pronuncie sobre la interpretación de tratados o sobre la validez e interpretación de actos adoptados por las instituciones u órganos de la Unión (art. 267, párr. 1 y 2, TFUE). Sin embargo, cuando se trata de tribunales nacionales de última instancia dicha remisión es obligatoria (art. 267, párr. 3, TFUE). La remisión se considera necesaria cuando existe duda sobre el sentido del Derecho vigente („acte-claire-Doktrin“) y la cuestión relevante no ha sido aclarada con anterioridad por el TJUE („acte éclairé“) (ver WEGENER, Bernhard, en CALLIESS, Christian/RUFFERT, Matthias (eds.), *EUV/AEUV*, 4ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2011, art. 267, Rn. 32), mientras que el principio “in actis claris non fit interpretatio” de todas maneras con la hermenéutica moderna ha sido superado (GEIGER, Rudolf/KHAN, Daniel-Erasmus/KOTZUR, Markus, *EUV/AEUV*, 5ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2010, Art. 267 AEUV, Rn. 19), es decir, que la interpretación de normas jurídicas rara vez es clara o indiscutida.

⁵⁸ Muy negativo en este sentido VOGEL, nota al pie 2, p. 26. El autor puede recurrir aquí a su propia experiencia como miembro de la delegación alemana en la Conferencia de Roma en el año 1998 y del grupo de trabajo de expertos conformado por el Ministro Federal de Justicia alemán para la creación de un Código de Derecho Penal Internacional.

⁵⁹ Ver <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/forschung/projekte/translations> (fecha de consulta: 16.04.2015).

⁶⁰ Ver también JESSBERGER, Florian/GENEUSS, Julia, “On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir”, *Journal of International Criminal Justice* (JICJ), 6, 2008, p. 853 (con el provocante subtítulo de “German Doctrine at The Hague?”).

⁶¹ Ver AMBOS, Kai, “Internationales Strafrecht in der Berliner Republik”, en *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2016 (próximamente).

⁶² [“für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaats”] Tribunal Constitucional Federal alemán, decisión del 30.06.2009 (BVerfGE 123, 267, 359).

⁶³ [“von kulturellen, historisch gewachsenen, sich sprachlich geprägten Vorverständnissen [...] abhängig”, „nur eingeschränkt aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen normativ ableitbar”] Tribunal Constitucional Federal alemán, decisión del 30.06.2009 (BVerfGE 123, 267, 359). Ver NOLTENIUS, Bettina, „Strafverfahrensrecht als Seismograph der Europäischen Integration“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) [en línea], 122, folleto 3, 2010, p. 622; crítico al respecto VOGEL, Joachim, “Art. 83 AEUV”, en GRABITZ, Eberhard/HILF, Mainhard/NETTESHEIM, Martin, *Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV*, Band I, Múnich, C.H. Beck, 2015, Rn. 19.

Justamente en este sentido la preservación por medio del Derecho penal de un consenso cultural mínimo es vista por algunos profesores alemanes como algo imprescindible. Así, *Jakobs* ve en la punición de los antiguamente llamados “delitos contra la moralidad” (*Sittlichkeitsdelikte*) la expresión de la “estigmatización de ataques contra la sociedad en cuanto comunidad cultural configurada conforme a una finalidad (!)”.⁶⁴ De esta manera, una moral comúnmente aceptada no solo tendría que ser entendida como “limitación de la libertad” [“*Freiheitsbegrenzung*”], puesto que también representaría “condiciones de la libertad en una sociedad” [“*Bedingungen der Freiheit in einer Gesellschaft*”]. Según *Jakobs*: “el uso socialmente improductivo de la libertad que conduce al aislamiento o que lleva a caer en una subcultura que se ve limitada por la moral social”.⁶⁵ De la misma manera, según *Stratenwerth* la preservación jurídico-penal de normas de comportamiento específicas es necesaria para asegurar un consenso normativo mínimo en una sociedad determinada.⁶⁶ Asimismo, *Hefendehl* aboga por la “penalización de infracciones contra

convicciones culturales profundamente arraigadas”.⁶⁷ En concreto, sobre la base de esta perspectiva se podría justificar, por ejemplo, la criminalización del trato cruel de animales vertebrados, no solamente para protegerlos del sufrimiento intenso en cuanto seres vivos capaces de experimentar sensaciones, sino “al mismo tiempo como protección [de la sociedad] ante la brutalidad en general”.⁶⁸

Esta perspectiva tiene precisamente en Alemania importantes precursores. Sólo hay que pensar en la idea de identidad nacional del Derecho propuesta por Von Savigny, fundada en el “espíritu del pueblo” alemán [“*Volkgeist*”] y arraigada culturalmente;⁶⁹ o en el Derecho (penal) como “fenómeno cultural” [“*Kulturercheinung*”] tal como era entendido por Max Ernst Mayers, para quien las normas jurídico-penales se podían reconducir a normas culturales que se encontraban detrás suyo [subyacían tras de sí].⁷⁰ En este sentido, no se puede discutir que el Derecho penal se forma “en un complejo proceso social”⁷¹ y que por tanto efectivamente constituye un “fenómeno cultural”.⁷² Sin embargo, esto es sólo una

⁶⁴ [“der Stigmatisierung von Angriffen gegen die Gesellschaft als zweckvoll gestaltete (!) Kulturgemeinschaft”] JAKOBS, Günther, *Rechtsgüterschutz?: Zur Legitimation des Strafrechts*, Paderborn, Schöningh, 2012, p. 37.

⁶⁵ [“der gesellschaftlich unergiebig Freiheitsgebrauch, der zur Vereinzelung oder zum Abgleiten in eine Subkultur führt, wird durch die Sitte abgeschnitten”] *Ibid.*, p. 25.

⁶⁶ Ver STRATENWERTH, Günther, “Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’”, en ESER, Albin/ SCHITTENHELM, Ulrike/SCHUMANN, Heribert, *Festschrift für Theodor Lenckner*, München, C.H. Beck, 1998, p. 377 (386 y ss.) También STRATENWERTH, Günther, “Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter”, en *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 255 (266).

⁶⁷ [“Pönalisierung von Verstößen gegen tief verwurzelte Kulturüberzeugungen”] HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Colonia, Heymann, 2002, p. 56.

⁶⁸ [“zugleich als Schutz vor allgemeiner Verrohung”] JAKOBS, nota al pie 63, p. 30.

⁶⁹ VON SAVIGNY, Friedrich Carl, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814, pp. 8 y ss. (“Pero esta conexión orgánica del Derecho con la naturaleza y carácter del pueblo se evidencia con el paso del tiempo [...] El Derecho crece con el pueblo, se forma con éste y finalmente muere, a medida que el pueblo pierde su identidad) [“Aber dieser organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes bewährt sich auch im Fortgang der Zeiten [...] Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert”], p. 11).

⁷⁰ MAYERS, Max Ernst, *Rechtsnorm und Kulturnorm*, Breslavia, Schletter, 1903, p. 19 (“Originalmente las normas culturales y jurídicas no simplemente coinciden, originalmente son idénticas” [“Ursprünglich stimmen Kultur- und Rechtsnormen nicht bloß überein, ursprünglich sind sie identisch”]; sin embargo, también se reconocen normas jurídicas que carecen de base cultural inmediata); igualmente RABEL, Ernst, “Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung”, *Zeitschrift für Zivil- und Prozess*, 13, 1924, pp. 279 (283) (“Debido a que el Derecho es [...] un fenómeno cultural, no puede ser pensado independientemente de sus causas y de sus efectos”) [“Denn das Recht ist [...] eine Kulturercheinung, es kann nicht unabhängig gedacht werden von seinen Ursachen und Wirkungen”]. Ver HÖRNLE, Tatjana, „Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* [en línea], 117, folleto 4, 2005, p. 801 (801 y s. en nota al pie 2).

⁷¹ [“in einem vielschichtigen sozialen Entwicklungsprozess”].

⁷² Fundamental JUNG, Heike, “Rechtsvergleich oder Kulturvergleich?”, en FREUND/MURMANN y otros (eds.), nota al pie 4, pp. 1467 y ss., 1474, 1481, con explicación instructiva del trasfondo científico teórico (pp. 1469 y ss.); asimismo VALERIUS, Brian, *Kultur und Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2011 (sobre la consideración de concepciones axiológicas culturales en el Derecho penal en general y su protección a través de éste); también SACCO, Rodolfo, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2011 (original en italiano de 1980), pp. 154 y s.; HILGENDORF, Eric, “Zur Einführung: Globalisierung und Recht”, en BECK y otros (eds.), nota al pie 46, p. 23 (Derecho como “parte de la cultura”); BECK, Susanne, “Strafrecht im interkulturellen Dialog”, en *ibid.*, p. 79 (“Parte de la comunicación cultural” [“Teil der kulturellen Kommunikation”]; MEYER, Frank, “Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung”, en *ibid.*, p. 90; WEIGEND, Thomas, “Diskussionsbemerkungen”, en *ibid.*, p. 131; KUBICIEL, Michael, „Funktionen und Dimensionen der Strafrechtsvergleichung“, *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung (RW)*, folleto 2, 2012, p. 212 (214); ver también más adelante la nota al pie 119 y el texto principal.

Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo

parte de la verdad, ya que, por un lado, el condicionamiento cultural de nuestra disciplina se manifiesta de distintas maneras en cada subárea,⁷³ y por otro, y más importante aún, el condicionamiento cultural no significa que el Derecho penal sea inmune a las influencias internacionales y europeas. Por el contrario, es posible defender (como contrapropuesta a un Derecho penal arraigado en la cultura de un determinado país) un Derecho penal intercultural anclado en la “cultura” universal (o en todo caso occidental) de los derechos humanos, tal y como se propuso por el filósofo de Tubinga Otfried Höffe en 1999,⁷⁴ e incluso, sobre esta base, un Derecho penal transcultural, tal como fue desarrollado posteriormente por Vogel.⁷⁵ Visto de esta manera, un fundamento axiológico común, como se desprende de los derechos humanos universales, no actúa “internamente” aislando al Derecho penal propio de influencias foráneas, sino “externamente” y a nivel “transnacional” en el sentido de una moral mínima que no se detiene ante fronteras nacionales y que no solamente es predicada por los Estados liberales de Derecho, sino vivida y defendida activamente por éstos. Así, el Derecho penal no debe entonces proteger solamente las concepciones culturales nacionales, sino también, justamente en el sentido de Emile Durkheim,⁷⁶ concepciones axiológicas colectivas y transnacionales que “in any one type of society are to be found in every healthy consciousness”⁷⁷ y que fomentan el sentido de comunidad.⁷⁸

La expresión práctica de dicha concepción axiológica común y fundada en los derechos humanos

es el Derecho penal internacional contemporáneo, el cual se ha propuesto como objetivo evitar o al menos reducir notablemente mediante la amenaza de persecución penal las violaciones más graves de derechos humanos. Pero también el Derecho penal europeo se puede fundamentar de esta manera, especialmente cuando éste se refiere a la lucha contra la criminalidad transfronteriza y especialmente grave como lo hace el ya citado art. 83 TFUE. En los ordenamientos jurídicos nacionales tanto el Derecho internacional como el Derecho de la Unión Europea tienen efectos desde el punto de vista material, al igual que en el plano procesal y policivo, como lo muestra por ejemplo la cooperación en materia de investigación criminal que tiene lugar a nivel europeo mediante figuras como Europol o Eurojus (la futura fiscalía europea también se debe mencionar en este mismo sentido),⁷⁹ o incluso la reciente Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre la lucha contra combatientes terroristas extranjeros.⁸⁰ Esta última ha servido precisamente en Alemania para fundamentar un nuevo endurecimiento del Derecho penal orientado a combatir al terrorismo mediante la creación de un tipo penal para evitar el “turismo terrorista” [“touristischer Terrorismus”],⁸¹ frente a lo cual, al margen de los reparos que desde el punto de vista del Estado de Derecho se pueden formular a este adelantamiento de la punibilidad, se ha planteado la duda de si el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede obrar como una especie de legislador mundial en materia penal y si le puede imponer a los Estados miembros de las

⁷³ Ver Vogel, Joachim, „Transkulturelles Strafrecht“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 2010, p. 1 (3 y ss.), donde él demuestra que estas particularidades culturales juegan un papel menos importante en la parte general del Derecho penal que en la parte especial y en el proceso penal.

⁷⁴ HÖFFE, Otfried, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1999.

⁷⁵ VOGEL, nota al pie 72, p. 1 (14), según el cual de los derechos humanos reconocidos universalmente se puede derivar un Derecho penal de este tipo y a partir de allí es posible fundamentar también la obligación de protección penal de las violaciones graves de derechos humanos; en este sentido se podría incluso hablar de “una cultura internacional de un Derecho penal de los derechos humanos” [von einer “internationalen Kultur eines menschenrechtlichen Strafrechts”].

⁷⁶ Sobre Durkheims en este contexto, ver TALLGREN, Immi, “The Voice of the International“, *Journal of International Criminal Justice* (JICL) [en línea], 13, 2015, p. 135 (148 y s.).

⁷⁷ DURKHEIM, Emile, *The Division of Labour in Society*, 2ª ed., Nueva York, The Free Press, 1984, p. 34.

⁷⁸ En este sentido también TALLGREN, nota al pie 75, p. 148 (“criminal law based on commonly shared moral convictions, thereby nourishing the existence of a community [...]”).

⁷⁹ Ver AMBOS, nota al pie 13, pp. 645 y ss.

⁸⁰ Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución 2178/2014.

⁸¹ Según esto, se debe penalizar el viajar al exterior con el fin de apoyar organizaciones terroristas (ampliación del art. 89a StGB), al igual que, mediante tipo penal autónomo, la financiación de esta clase de organizaciones (art. 89c StGB). Ver proyecto de ley del 11.03.2015 del gobierno federal alemán para modificar la persecución de la preparación de actos violentos graves en contra del Estado [Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten] (BT-Drucks, 18/4279), así como la reforma a la Ley de Identificación Personal [PersonalausweisG] del 24.04.2015, ver: <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2015/01/2015-04-24-gesetz-personalausweis.html> (fecha de consulta: 24.04.2015); sobre financiación del terrorismo y las reformas al respecto en Alemania, ver SIEBER, Ulrich/VOGEL, Benjamin, *Terrorismusfinanzierung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2015.

Naciones Unidas la obligación de implementar en el Derecho interno sus decisiones.⁸²

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en este contexto se evidencia que “el supuesto condicionamiento cultural del Derecho penal”,⁸³ tal como fue reconocido correctamente por Vogel, constituye “en buena medida una quimera y no corresponde, o al menos no de forma reconocible, a los desafíos de la política criminal moderna como terrorismo, tráfico de personas, tráfico ilegal de drogas, criminalidad cibernética, etc.”⁸⁴ El discurso internacional actual no está orientado por el condicionamiento cultural del Derecho (penal). Por el contrario, los esfuerzos están dirigidos a capturar en el Derecho el fenómeno de la globalización a través de discursos sobre pluralismo, fragmentación e interlegalidad. Esto también fue reconocido por Vogel desde el año 2002, al contraponer justamente discursos de este tipo a la oposición positivista contra la política criminal y la dogmática jurídico-penal europeas, que se fundamenta en las supuestas particularidades culturales.⁸⁵ Dicho brevemente, se trata de reconocer que tanto las sociedades como también el Derecho internacional están marcados y son influenciados por una variedad (pluralidad) de ordenamientos jurídicos y

de fuentes del Derecho.⁸⁶ De esto se desprende el fenómeno de la interlegalidad, es decir, de la existencia de “networks of legal orders”,⁸⁷ y de la fragmentación, es decir, de la existencia de regímenes diferentes en fuentes del Derecho distintas.⁸⁸ No es posible profundizar aquí en este aspecto; sin embargo, esto muestra que el discurso del condicionamiento cultural del Derecho (penal) ya está superado y que en todo caso en un mundo (jurídico) globalizado el aislamiento del ordenamiento jurídico propio ni se puede ni se debe garantizar.

La mentalidad que subyace al argumento de la “defensa cultural” también permite recordar la ya citada crítica de Donini sobre la *aristocracia penal*, la cual, se debe agregar, en el lugar de la legitimación democrática del legislador pretende ubicar la indisponibilidad de categorías dogmáticas específicas como criterio para la producción del Derecho.⁸⁹ Al respecto, Vogel también afirmó lo correcto: “así como el dominio de los conocedores sobre los no conocedores no es democrático, la legislación penal no está en las manos de los profesores de Derecho penal. La expedición de normas penales es más bien cuestión del legislador parlamentario en cuanto representante inmediato del pueblo, legitimado demo-

⁸² Crítico al respecto AMBOS, Kai, “Wer ist ein Terrorist?“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (FAZ), ed. del 02.10.2014, p. 11 (versión en español bajo el título: “¿Mi terrorista, tu terrorista?”, publicada en *Ambito Jurídico*, Colombia, ed. del 13 al 26 de octubre de 2014, p. 11); también KREB, Claus, “Uno-Resolution zur Terrorbekämpfung”. *Spiegel Online*. Edición del 03.10.2014, disponible en: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/gesetze-gegen-terrorismus-voelkerrechtler-kress-zur-uno-resolution-a-994885.html> (fecha de consulta: 10.4.2015).

⁸³ [“angebliche Kulturgebundenheit des Strafrechts”].

⁸⁴ [“weithin als eine Chimäre und betrifft gewiss nicht bzw. nicht in anerkennender Weise die Herausforderungen moderner Kriminalpolitik wie Terrorismus, Menschenhandel, illegaler Drogenhandel, Cyberkriminalität usw.”] VOGEL, nota al pie 2, p. 29 (siguiendo con el argumento que hace alusión a la cultura, Vogel lo considera incluso “políticamente peligroso” [“politisch gefährlich”], ya que debido a su propensión etnocéntrica alimenta el chauvinismo jurídico y la pretensión de ser únicos” [weil es wegen seiner “ethnozentrischen Anfälligkeit Rechtschauvinismus und Einzigartigkeitsattitüden Vorschub leistet”] [citando a MEYER, Frank, *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos; Zürich, Dike, 2009, p. 126]; igualmente VOGEL, nota al pie 62; también VOGEL, nota al pie 37, p. 641 (apego a la cultura jurídico-penal nacional como “cuento de hadas” [“Bindung an nationale Strafrechtskultur als Ammenmärchen”]).

⁸⁵ VOGEL, nota al pie 6, p. 520.

⁸⁶ Ver BERMAN, Paul, “A Pluralist Approach to International Law”, *Yale Journal of International Law* [en línea], 32, 2007, pp. 301 (302) (“varying degrees of impact”), 307, 311-322; para una teoría pluralista de cuatro niveles del Derecho penal internacional ver GREENWALT, Alexander, “The Pluralism of International Criminal Law”, *Indiana Law Journal* [en línea], 86, 2011, pp. 1063 (1064, 1122-1127); sobre la discusión en relación con el Derecho penal internacional, ver VAN SLIEDREGT, Elies, “Pluralism in International Criminal Law”, *Leiden Journal of International Law* (LJIL) [en línea], 25, 2012, pp. 847 (847 y ss.); sobre pluralidad de métodos en las ciencias jurídicas ver VON BOGDANDY, Armin, “Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum”, *Juristen Zeitung* (JZ) [en línea], 66-1, 2011, pp. 1, 5.

⁸⁷ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Toward a new common sense*, Nueva York, Routledge, 1995, p. 114 entre otras, citado por VOGEL, nota al pie 6, p. 520.

⁸⁸ Fundamental sobre desarrollo y consideración de las causas FISCHER-LESCANO, Andreas/TEUBNER, Gunther, *Regime-Kollisionen*, Francfort del Meno, Suhrkamp, 2006, pp. 7 y ss. con más pruebas; HERDEGEN, Matthias, *Völkerrecht*. 14ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2015, § 5, Rn. 20 y ss.; TRACHTMAN, Joel, *The future of international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 217 y ss.

⁸⁹ En este sentido probablemente también ROBLES, nota al pie 34, cuando él reclama la contención dogmática de la política criminal.

Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo

cráticamente”.⁹⁰ Esto no significa, claro está, que el legislador, siempre que cuente con legitimación democrática (lo que visto desde una perspectiva global no se puede exigir con facilidad en todos los casos), no deba observar ciertos límites. Él se encuentra obviamente sometido a la Constitución y a los derechos fundamentales allí contenidos, a la prohibición de arbitrariedad y a nivel supranacional a los derechos humanos;⁹¹ pero no a criterios de una supuesta lógica objetiva de carácter dogmático, mientras éstos no se puedan desprender de la Constitución o del Derecho internacional.

La pérdida de importancia de la ciencia jurídico penal alemana se puede explicar igualmente a partir del dominio creciente del inglés⁹² y de la pérdida de relevancia del idioma alemán que lo acompaña, incluso en el campo del Derecho.⁹³ En este espacio no se puede resaltar lo suficiente la importancia del idioma para una ciencia que se basa en el lenguaje, como la ciencia jurídica. De hecho, este tema necesitaría de un tratado particular.⁹⁴ Pero, en todo caso, aquí deben bastar algunas consideraciones. En primer lugar se debe hacer nuevamente la siguiente diferencia: también desde este punto de vista la situación es mucho más favorable para la ciencia jurídico penal alemana en los ordenamientos jurídicos afines al Derecho penal de dicho país (como sucede en los ámbitos español, portugués e italiano) que en el ámbito angloamericano,

dado que en aquellos ordenamientos jurídicos existen, por un lado, un sinnúmero de traducciones (a pesar de que algunas son de dudosa calidad) y, por otro lado, la mayoría (aunque con tendencia a disminuir) de los profesores de Derecho penal activos en dichos lugares manejan en alguna medida el idioma alemán, de manera que el Derecho penal alemán se recibe allí por doble vía. Empero, esto es completamente diferente en el mundo jurídico angloamericano, respecto del cual se puede afirmar casi con seguridad que no se conocen publicaciones en materia de Derecho Penal escritas en alemán (o en cualquier otra lengua extranjera) y que adicionalmente apenas si existen traducciones. De todas formas es bastante dudoso que las publicaciones alemanas sobre Derecho Penal puedan ser “traducidas” al idioma inglés, ya que éste no dispone en absoluto de conceptos comparables con las categorías alemanas, al contrario de lo que sucede en los ordenamientos jurídicos tradicionalmente influenciados por Alemania. En este sentido basta con pensar en conceptos sistémicos como tipo penal, dolo, injusto, culpabilidad o bien jurídico. Según mi experiencia se puede encontrar mayor receptividad en el ámbito angloamericano cuando uno se comunica directamente en inglés, ya que las traducciones por lo general no son adecuadas y por esta razón no resultan favorables a la hora de dar a conocer en otros contextos la ciencia jurídico penal alemana.⁹⁵

⁹⁰ [“So wenig Demokratie die Herrschaft der Wissenden über die Unwissenden ist, so wenig liegt Strafgesetzgebung in den Händen des Strafrechtswissenschaftlers. Vielmehr ist es Sache des parlamentarischen Gesetzgebers als des unmittelbar demokratisch legitimierten Repräsentanten des Volkes, Strafgesetze zu erlassen.”] VOGEL, Joachim, “Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft”, en SCHÜNEMANN, Bernd/ACHENBACH, Hans y otros (eds.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlín, Walter de Gruyter, 2001, p. 105; en sentido similar el mismo autor, “Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht”, en KEMPF, Eberhard/LÜDERSEN, Klaus/VOLK, Klaus (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, Berlín, Walter de Gruyter, 2012, p. 205 (Introducción de responsabilidad jurídico penal por asociación “sin estar vinculado a ninguna dogmática en particular” [“ohne an eine bestimmte Dogmatik gebunden zu sein”]), 207 (“Entre las fronteras de los derechos humanos y fundamentales y de la prohibición de arbitrariedad el Derecho puede determinar por sí mismo quien es el sujeto final de imputación de un comportamiento relevante desde el punto de vista jurídico penal” [“In den Grenzen der Grund- und Menschenrechte und des Willkürverbots kann das Recht ‘selbstherrlich[e]’ bestimmen, wer Zurechnungspunkt eines strafrechtlich relevanten Verhaltens ist”]).

⁹¹ Naturalmente, esto fue reconocido por VOGEL (ibíd., p. 207: “Entre las fronteras de los derechos humanos y fundamentales”), de ahí que la crítica de SCHÜNEMANN (SCHÜNEMANN, nota al pie 41, p. 275 con nota al pie 12), la cual ignora precisamente esta parte de la afirmación de VOGEL, no tenga fundamento.

⁹² Ver sobre el dominio del inglés VON BOGDANDY, nota al pie 85, p. 3 (“el idioma dominante en el discurso europeo en la mayoría de disciplinas jurídicas” [“für den europäischen Diskurs in den allermeisten juristischen Disziplinen die maßgebliche Sprache”]); BOHLANDER, Michael, “Language, Culture, Legal Traditions, and International Criminal Justice”, *Journal of International Criminal Justice* (JICL) [en línea], 12, 2014, pp. 491 (491 ss.) (“lingua franca in international legal academic and practical dialogue” con especial referencia a los tribunales penales internacionales).

⁹³ Algo diferente VOGEL, nota al pie 2, p. 28.

⁹⁴ Por ejemplo SACCO, nota al pie 71, pp. 33 y ss.

⁹⁵ Como ejemplo se puede hacer referencia a la dificultad que existe para traducir al inglés el concepto de “bien jurídico” (“Rechtsgut”). La traducción literal correcta sería “legally protected good”, pero, ¿esto lo entendería un colega angloamericano? En cambio, un profesor alemán de Derecho penal asociaría la expresión “legal interest”, la cual es quizá más entendible, con el debate sobre la teoría de los intereses (“Interesenlehre”) que tuvo lugar en el siglo XIX en Alemania (ver BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Band I, Leipzig, Engelmann, 1872, p. 189. “Contradicción de ‘intereses jurídicos’ [Widerspruch zu “Interessen des Rechts”] y VON LISZT, Franz, „Der Zweckgedanke im Strafrecht“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) [en línea], Band 3, folleto 3, p. 1 [19]). En todo caso, la traducción de “gesetzgebungskritischer Rechtsgutsbegriff” como “Legislation Critical Concept of Goods-in-Law” resulta completamente incomprensible y equívoca; así ROXIN, Claus, „The Legislation Critical Concept of Goods-in-Law under Scrutiny“, *European Criminal Law Review* (EUCLR) [en línea]. Band 3, folleto 1, p. 3.

La ventaja idiomática del Derecho penal angloamericano es reforzada mediante una política científica exterior enfocada en la exportación. La exportación del Derecho (penal) es en estos países parte de la política exterior y de desarrollo.⁹⁶ Docentes universitarios (“academics”) se vinculan estratégicamente en proyectos de reforma de sistemas jurídicos extranjeros implementados por las organizaciones de cooperación internacional. Además, juristas de otras latitudes son, en estos casos, familiarizados con el Derecho de los Estados donantes mediante eventos atractivos realizados por éstos. Adicionalmente, por medio de mecanismos flexibles de integración de “prácticos” en las universidades, especialmente en los Estados Unidos (por ejemplo, a través de los “clinical professorships”), se produce un engranaje e intercambio estrechos entre teoría y práctica, que el sistema universitario alemán tradicional con los “encargos” para “prácticos” (Lehraufträge)⁹⁷ no puede alcanzar. Así pues, la ventaja decisiva de los colegas del ámbito angloamericano, especialmente en los Estados Unidos, es probablemente la existencia de una política pública de exportación del Derecho a la que ellos no solamente están vinculados, sino además a cuya configuración contribuyen activamente.

C. Cambios

Si la ciencia jurídico penal alemana realmente quiere hacer frente a los retos internacionales necesita cambios estructurales. La *apertura metodológica* [“methodologische Öffnung”]⁹⁸ exigida por Kühl y re-

spaldada por Vogel implica la disposición a mantener un diálogo no sólo con ordenamientos jurídicos afines, sino también y sobre todo con sistemas ajenos. Este intercambio debe estar orientado al análisis de los resultados de la aplicación del Derecho y debe depender en mayor medida de argumentos racionales y de la discusión sobre problemas sociales que de categorías dogmáticas anticuadas o de una forma de pensar en exceso sistemática y rígida.⁹⁹ El estilo de pensamiento dogmático tradicional, que a través de la referencia al Derecho vigente¹⁰⁰ insiste en su independencia y es estructuralmente afirmativo,¹⁰¹ debe entonces ser superado y reemplazado por otras formas de pensamiento, o al menos complementado por éstas,¹⁰² si es que la ciencia jurídico penal alemana no quiere morir a nivel europeo y global en el intento de mantener su “belleza dogmática”.¹⁰³ Como lo ha afirmado con razón el Ministro Federal de Justicia alemán, “no debemos suponer que el resto del mundo sólo espera ser bendecido con la dogmática alemana”.¹⁰⁴ De cualquier manera, la preservación del entendimiento específico alemán de la ciencia jurídico penal no puede constituir un fin en sí mismo. Esto sólo se justifica en la medida en que la perspectiva “alemana” pueda realizar aportaciones constructivas a la solución de los problemas más urgentes de la creciente internacionalización del Derecho penal.¹⁰⁵

Adicionalmente, se debe reconocer, en especial por quienes se ocupan de la aplicación práctica del Derecho, que la forma de pensamiento sistemático deductivo tiene límites cuando se trata de la resolución concreta de casos y que el método inductivo¹⁰⁶ al final prevalece,

⁹⁶ Ver la posición antes citada del Prof. WEIMIN ZUO en la nota al pie 26.

⁹⁷ Nota del traductor: “Lehraufträge” hace alusión a los casos en los que en una universidad alemana “encarga” excepcionalmente a una persona que no tiene el título de “Professor” o “catedrático” (dado que no ha elaborado un trabajo de habilitación o “Habilitationsschrift”), para que dicte un determinado curso o seminario. Esto sucede debido a que el curso o seminario se orienta a un tema especializado y el docente encargado cuenta con amplia experiencia práctica en ese campo. Esta figura se diferencia del “Privatdozent”, la cual se refiere a docentes que si bien han realizado un “Habilitationsschrift” no son titulares de una cátedra, es decir, no dirigen un departamento como funcionarios de planta en una universidad.

⁹⁸ Ver KÜHL, Kristian, „Europäisierung der Strafrechtswissenschaft“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* [en línea], Band 109, folleto 4, pp. 777 (801); VOGEL, nota al pie 6, pp. 522 y ss.; el mismo autor, nota al pie 2, p. 30; DONINI, nota al pie 1, p. 28.

⁹⁹ Sobre “pensamiento problema” en vez de “pensamiento sistema”, ver VOGEL, nota al pie 6, p. 523.

¹⁰⁰ Ver nota al pie 8.

¹⁰¹ Ver LEPSIUS, nota al pie 4, p. 75, con referencias a *Eifert, Jestaedt y Stürner* en notas al pie 75-78.

¹⁰² *ibid.*, pp. 73-75, 90-92.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 87.

¹⁰⁴ [“wir dürfen nicht davon ausgehen, dass der Rest der Welt nur darauf wartet, mit deutscher Dogmatik beglückt zu werden”] MAAS, nota al pie 15, p. 309.

¹⁰⁵ Similar VON BOGDANDY, nota al pie 39, p. 150 con relación a la preservación de la ciencia jurídica alemana como “fin en sí misma” [“Ziel an sich”].

¹⁰⁶ Sobre esta contraposición, VOGEL, nota al pie 6, p. 524.

Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo

incluso en un ordenamiento jurídico como el alemán marcado por una teoría sistemática del delito. De hecho, en dicho contexto la formación de nuevas generaciones de juristas se enfoca precisamente en la técnica del análisis de casos (para lo cual ningún caso puede ser igual a otro). Frente a esta situación no se puede responder con el reproche de que en la práctica la aplicación del Derecho tiene lugar al margen de la dogmática, lo cual resulta bastante arrogante, ni rechazando de plano teorías extranjeras,¹⁰⁷ sino mediante la comprobación de la idoneidad práctica de las construcciones y categorías dogmáticas. Esto supone en especial tener en cuenta la comprobabilidad empírica de dichas categorías, así como su comprobación por medio de los métodos de la criminología aplicada,¹⁰⁸ en todo el sentido de una verdadera ciencia general jurídico penal.¹⁰⁹

Más aún, el discurso dogmático de la ciencia jurídico penal se debe esforzar para poder ser *entendido con mayor facilidad* y así poder ser traducido o transmitido en otros idiomas y ordenamientos jurídicos. En este sentido vale la pena la siguiente autorreferencia: desde el año 2002, en relación con la parte general del Derecho penal internacional y haciendo alusión a *Jareborg*¹¹⁰ no solamente defendí la opinión de que en el marco del Derecho penal internacional un sistema del hecho punible podría reclamar validez universal desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del Derecho, sino que también afirmé que para esto dicho sistema debería ser comprensible y capaz de dar resultados sa-

tisfactorios.¹¹¹ Esto mismo se puede afirmar en relación con una eventual parte general del Derecho penal europeo y en general al Derecho comparado (sobre este último aspecto se hablará más adelante). En otras palabras, quien realmente esté interesado en un discurso jurídico penal que trascienda fronteras, es decir, en una gramática universal del Derecho penal, debería entonces partir de categorías y estructuras formuladas de la manera más sencilla posible, ya que sólo de esta forma puede existir un fundamento común que posibilite el entendimiento mutuo.¹¹² Esto acontece con mayor razón en el marco de la jurisprudencia supranacional de los tribunales internacionales o en ordenamientos jurídicos nacionales, donde la producción del Derecho tiene lugar sobre todo a través de los jueces mismos, bien sea sobre la base de especificaciones legislativas y/o por medio de su desarrollo posterior.¹¹³

Esto también tiene consecuencias en la *discusión sobre el idioma*, abordada más arriba en este mismo trabajo. Si es cierta la objeción que plantean algunos profesores alemanes de Derecho penal, según la cual las ideas altamente complejas de la dogmática jurídico penal alemana no se pueden traducir al idioma inglés, es entonces el momento de reflexionar si el problema radica realmente en este idioma o si más bien la razón se debe buscar en la dificultad intrínseca de estas ideas para ser transmitidas y en su poca plausibilidad. En este mismo sentido, Vogel afirmó anticipadamente: “Si bien no todas las sutilezas de la dogmática

¹⁰⁷ Comparar con nota al pie 41 y texto principal.

¹⁰⁸ Ver DONINI, nota al pie 1, pp. 23 y s., 25 (reclamando un “verdadero enfoque en los efectos” y una verdadera “verificación” por medio de conocimiento empírico). También JAREBORG, nota al pie 4, p. 50 (para quien la posibilidad de “critical analysis”, es decir, de comprobación, constituye una condición de la ciencia).

¹⁰⁹ En Alemania, así como en Europa e incluso tal vez a nivel mundial, esta pretensión podía ser desarrollada (y aún debería poder serlo) siempre de la mejor manera en el Instituto Max Planck de Friburgo para Derecho Penal Internacional y Extranjero; en este sentido, ver por ejemplo el título programático de la obra homenaje al profesor Hans-Heinrich Jescheck citada en la nota al pie 35 (“Derecho penal y Criminología bajo un mismo techo” [“Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach”]); también SIEBER, nota al pie 35, pp. 125 y s. Si esta pretensión realmente ha sido cumplida por el Instituto bajo las distintas direcciones conjuntas (Direktorentandems), es algo que otros deben juzgar.

¹¹⁰ JAREBORG, Nils, “Some Comments Remarks on the General Part of Professor Bassiouni’s Draft International Criminal Code”. *Revue Internationale de Droit Pénal* (RIDP), 52, 1981, p. 520 (“The important thing is to have a general part that is simple and easy to apply and at the same time conceptually rich enough to enable a judge to make all those distinctions that must play a role in the administration of criminal justice”).

¹¹¹ AMBOS, nota al pie 40, p. 54 (“Apertura frente a diferentes ordenamientos jurídicos así como comprensibilidad y practicabilidad de las reglas propuestas son las condiciones fundamentales para que una parte general pueda merecer y esperar aceptación en el Derecho penal internacional” [“Offenheit gegenüber unterschiedlichen Rechtsordnungen sowie Verständlichkeit und Praktikabilität der vorgeschlagenen Regelung sind also die Grundvoraussetzungen eines Allgemeinen Teils, der völkerstrafrechtliche Akzeptanz verdient und erwarten darf”]).

¹¹² De la misma manera DONINI, nota al pie 1, p. 31, con nota al pie 52 (“partir de estructuras y categorías conceptuales más sencillas [...] o de principios político criminales o constitucionales comunmente reconocidos” [“von einfacheren begrifflichen Strukturen und Kategorien [...] oder von allgemein anerkannten verfassungsrechtlichen oder kriminalpolitischen Grundsätzen auszugehen”]); contra Silva Sánchez.

¹¹³ En relación con el Derecho penal internacional, ver en este sentido DARCY, Shane/POWDERLY, Joseph, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2010; sobre Derecho europeo, MÜLLER, Friedrich/CHRISTENSEN, Ralph, *Europarecht*, Band II, Europarecht, 3ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 2012, pp. 194 y ss. (p. 527: “Producción del Derecho en colaboración con el legislativo” [“Rechtserzeugung in Zusammenarbeit mit der Legislative”]).



jurídico penal alemana se dejan traducir a todos los idiomas extranjeros, particularmente al inglés, lo que yo sin embargo ni siquiera puedo parafrasear en otros idiomas da lugar a reflexionar no solamente sobre su capacidad para ser aceptado a nivel internacional y europeo, sino también sobre su corrección”.¹¹⁴

Vogel también reclamó la intensificación del *Derecho comparado*.¹¹⁵ Al respecto, es necesario insistir en que éste no se debe llevar a cabo desde la perspectiva dogmática nacional,¹¹⁶ sino desde un punto de vista funcional; es decir, orientado al análisis de problemas comunes en los ordenamientos jurídicos objeto de comparación, para establecer el rol o la función cumplida por las instituciones jurídicas existentes en cada contexto, con miras a la solución de dichos problemas y así hacer posible la comparación entre las instituciones (funcionalmente) equivalentes de ordenamientos jurídicos ajenos, sin la carga o preconceptos dogmáti-

cos del sistema jurídico propio.¹¹⁷ Adicionalmente, se debe tener en cuenta que un método basado en el estudio de casos permite establecer con mayor exactitud las diferencias entre distintos sistemas jurídicos a nivel de la aplicación del Derecho,¹¹⁸ en todo el sentido del ya mencionado método inductivo.¹¹⁹ Naturalmente, desde el punto de vista funcional también se debe observar el contexto cultural y social¹²⁰ en el que operan las instituciones jurídicas específicas.¹²¹ En este sentido también, aquí se debe proceder de manera empírica¹²² y, al contrario de la usual implementación automática de instituciones foráneas,¹²³ según el caso se debe realizar la adaptación de estas instituciones a cada contexto.¹²⁴ El método funcional permite tener en cuenta la particularidades culturales,¹²⁵ sin predicar un Derecho comparado demasiado ambicioso concentrado en exceso en el estudio de cada cultura [“eine kulturbezogene Strafrechtsvergleichung”].¹²⁶

¹¹⁴ [“Zwar mögen sich nicht alle Feinheiten der deutschen Strafrechtsdogmatik in alle fremde Sprachen und namentlich ins Englische übersetzen lassen; was ich aber in anderen Sprachen nicht einmal umschreiben lässt, gibt Anlass, nicht nur über seine internationale und europäische Anschlussfähigkeit, sondern auch über seine sachliche Richtigkeit nachzudenken”] VOGEL, nota al pie 2, p. 28.

¹¹⁵ VOGEL, nota al pie 2, p. 28; antes también VON BOGDANDY, Armin, *Deutsche Rechtswissenschaft, op. cit.*, p. 4 (Derecho comparado como “Oficio de la época” [“Beruf der Zeit”]); sobre el aumento en general de la importancia del Derecho comparado, ver SIEBER, nota al pie 35, pp. 80 y ss. [con cinco razones]; también SIEBER, Grenzen, nota al pie 35, pp. 52 y ss.; VON BOGDANDY, nota al pie 39, pp. 144-146 (en especial con relación al Derecho de la UE).

¹¹⁶ Por ejemplo JESCHECK, Hans-Heinrich, *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, Tübinga, Mohr, 1955, pp. 36 y ss., quiere partir de punto de vista dogmático o político criminal propio (primer nivel), posteriormente propone interpretar el Derecho extranjero (segundo nivel), luego sistematizar (tercer nivel) y finalmente valorar desde el punto de vista político y jurídico (cuarto nivel). Crítico, con razón, por ejemplo NELLES, Ursula, “Rechtsvergleichung per Internet?”, en ARNOLD, Jörg/BURKHARDT, Björn y otros (eds.), *Menschengerechtes Strafrecht*, Múnich, C.H. Beck, 2005, pp. 1005 (1009).

¹¹⁷ Ver AMBOS, nota al pie 40, pp. 44 y s.; fundamental MICHAELS, Ralf, “The Functional Method of Comparative Law”, en REIMANN, Mathias/ZIMMERMANN, Reinhard, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 339 ss. (crítico frente al uso ambiguo y a menudo arbitrario del concepto como “shorthand for traditional comparative law” [p. 341] y “triple misnomer” [p. 342] y en lugar de esto a favor de un “more robust functional method” sobre la base de un “equivalence functionalism” y de una “epistemology of constructive functionalism” [p. 381]); ver también SIEBER, nota al pie 35, pp. 112-114, con una innovadora propuesta de una teoría del Derecho comparado, pp. 126-129, cuya mayor elaboración aún está pendiente (ver más adelante nota al pie 139); abogando por mayor desarrollo KUBICIEL, nota al pie 71, p. 222.

¹¹⁸ Ver también SIEBER, nota al pie 35, p. 118.

¹¹⁹ Ver nota al pie 105 y texto principal.

¹²⁰ Con material ilustrativo JUNG, nota al pie 71, pp. 1475 y ss.

¹²¹ Sobre los factores que caracterizan un ordenamiento jurídico, bien sean verbalizados (“Formanten”) o implícitos (“Kryptotypen”), ver SACCO, nota al pie 71, pp. 59 y ss., 61 y s., 74.

¹²² Ver nota al pie 107 y texto principal. Sobre Derecho comparado con enfoque empírico, ver por ejemplo SACCO, nota al pie 71, p. 65; NELLES, nota al pie 115, pp. 1013 y ss.; MICHAELS, nota al pie 116, p. 342 (“functionalist comparative law is factual”).

¹²³ Al respecto, ver WATSON, Alan, *Legal transplants: an approach to comparative law*, Edimburgo, Scottish Academic Press, 1974; crítico sobre la imposición de Derecho penal extranjero, ESER, Albin, nota al pie 35, pp. 1459 y s.

¹²⁴ Sobre la dependencia del contexto y la exigencia de cambios en la teoría cuando ésta es aplicada en ordenamientos jurídicos diferentes [“Kontextwechsels der Theorien”], ver YAMANAKA, Keiichi. “Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg”, en JEHLE, Jörg-Martin/LIPP, Volker/YAMANAKA, Keiichi (eds.), *Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht*, Gotinga, Univ.-Verl. Göttingen, 2008, pp. 173 (174 y s.); sobre comparación de estructuras (Strukturvergleichung) en este sentido, SIEBER, Ulrich, *Strafrechtsvergleichung, op. cit.*, pp. 116 y s.

¹²⁵ De la misma manera, MICHAELS, nota al pie 116, pp. 362, 365, 381; KUBICIEL, nota al pie 71, p. 214.

¹²⁶ BECK, nota al pie 71, pp. 65 y ss.; crítico, FATEH-MOGHADAM, Bijan, “Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung”, en BECK y otros (eds.), nota al pie 46, pp. 49 y s.; reconciliando ambas posiciones PERRON, Walter, “Operativ-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleichung”, en *ibid.*, pp. 121 y ss. (por medio de la diferenciación entre el enfoque operativo-funcionalista en el marco del análisis comparado del Derecho a nivel legislativo y el enfoque dirigido a la comparación de culturas en la unificación del Derecho penal a nivel internacional); también mediando KUBICIEL, nota al pie 71, p. 216 (comparación parcial de la cultura [partieller Kulturvergleich]).

Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo

Por otro lado, en tiempos de los tribunales penales internacionales el método funcional del Derecho comparado no debe ser implementado sólo de manera horizontal comparando Estados. A través suyo también se debe indagar, desde una perspectiva vertical, en qué medida la jurisprudencia de los tribunales internacionales se ha visto influenciada por el Derecho interno y, al contrario, de qué forma éste último ha sido influenciado por el Derecho internacional.¹²⁷ En este sentido, es posible hablar de un *Derecho comparado con carácter circular*, el cual resulta más adecuado que el muy ambicioso enfoque tradicional¹²⁸ para desarrollar principios y reglas realmente universales que tengan como fuente la propia jurisprudencia supranacional.¹²⁹ Este enfoque circular también tiene en cuenta las nuevas estructuras de gobierno, sobre todo como se han construido

en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, ya que permite entender de una mejor manera al nivel supranacional como nivel autónomo de producción de normas jurídicas.¹³⁰

Naturalmente, dicho análisis comparado del Derecho penal no debe ser puramente instrumental ni su valoración puede depender únicamente de sus resultados.¹³¹ Por el contrario, éste se debe orientar, en cuanto Derecho comparado valorativo (*wertende Rechtsvergleichung*),¹³² y al igual que lo debe hacer el legislador democrático,¹³³ por las decisiones axiológicas constitucionales que en términos de derechos humanos han adoptado los Estados liberales de Derecho.¹³⁴ Éstas constituyen únicamente decisiones sobre valores fundamentales que tienen lugar en una meta-nivel y que por tanto se deben especificar de manera intersubjetiva en el marco de un proyecto de investigación compa-

¹²⁷ Ver SHELTON, Dinah, *International law and domestic legal systems*, Oxford, Oxford University Press, 2011; KRISTJÁNSDÓTTIR, Edda/NOLLKAEMPER, André/RYNGAERT, Cedric, *International Law in Domestic Courts*, Cambridge, Intersentia, 2012; en relación con la influencia del Derecho penal internacional a nivel doméstico, ver BURKE-WHITE, William, "The Domestic Influence of International Criminal Tribunals", *Columbia Journal of Transnational Law* (Colum. J. Transnat'l L) [en línea], 46, 2007-2008, p. 279; KIRS, Eszter, "Limits of the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on the Domestic Legal System of Bosnia and Herzegovina", *Goettingen Journal of International Law* (GoJIL) [en línea], 3, 2011, p. 397; HOROVITZ, Sigall, "How International Courts Shape Domestic Justice", *Israel Law Review* (Isr. L. Rev.) [en línea], 46, 2013, pp. 339 y ss.; NAOMI, Roht-Arriaza, "Just a 'Bubble'?", *Journal of International Criminal Justice* (JICJ) [en línea], 11, 2013, pp. 537 y ss.; SHANY, Yuval, "How Can International Criminal Courts Have a Greater Impact on National Criminal Proceedings?", *Israel Law Review* (Isr. L. Rev.) [en línea], 46, 2013, pp. 431 y ss.

¹²⁸ Cuyo objetivo de incluir en principio todos los ordenamientos jurídicos del mundo (en este sentido, sobre el Derecho civil, ver RABEL, nota al pie 69, p. 283: "Mil veces matizado y citado bajo el sol y el viento el Derecho de cada pueblo desarrollado. Todos estos cuerpos vibrantes juntos constituyen un todo comprensible para cualquiera con intuición" ["Tausendfältig schillert und zitiert unter der Sonne und Wind das Recht jedes entwickelten Volkes. Alle diese vibrierenden Körper zusammen bilden einen noch von niemandem mit Anschauung erfasstes Ganzes"]) es, por muchas razones, muy difícil de realizar, particularmente debido a que el Derecho comparado clásico, el cual curiosamente ha formulado esta pretensión, tenía un enfoque demasiado eurocentrista (muy poco crítico en este sentido, SIEBER, nota al pie 35, pp. 111 y s., quien en todo caso y con razón señala el problema de sistematización, pp. 114-116, el cual probablemente en efecto sólo se puede superar con ayuda de medios informáticos; sobre Derecho comparado apoyado en medios informáticos ver, aunque solo rudimentariamente, *ibid.*, pp. 124 y s.).

¹²⁹ Ver en general sobre la relación entre Derecho comparado y jurisprudencia internacional RABEL, nota al pie 69, pp. 5 y ss.; sobre Derecho comparado como fuente de la jurisprudencia internacional BOTHE, Michael, "Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV) [en línea], 36, 1976, p. 280; más específico sobre el desarrollo de principios generales en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, RAIMONDO, Fabián, *General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals*, Leiden, Nijhoff, 2008, pp. 84 y ss.

¹³⁰ Sobre la necesidad de enfoques multidisciplinarios MEYER, Frank, "Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung", en BECK y otros (eds.), nota al pie 46, pp. 90 y ss.

¹³¹ Crítico en este sentido VOGEL, nota al pie 46, p. 207; posteriormente HAUCK, Pierre, "Funktionen und Grenzen des Einflusses der Strafrechtsvergleichung auf die Strafrechtsharmonisierung in der Europäische Union", en BECK, y otros (eds.), nota al pie 46, p. 260; KUBICIEL, nota al pie 71, pp. 218 y s.; ESER, nota al pie 35, p. 1460; ver también MICHAELS, nota al pie 116, p. 351.

¹³² Sobre este concepto, que aún debe ser aclarado, ver JUNG, Heike, "Wertende (Straf-)Rechtsvergleichung", *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 152, 2005, pp. 1 y ss.; en contra de realizar valoraciones (Wertung) como parte del Derecho comparado (lo cual pertenece a la crítica del Derecho que "la comparación hace posible" ["durch sie ermöglichten Rechtskritik"]), RABEL, nota al pie 69, p. 280 (ver sin embargo pp. 286 y ss., donde él reclama mayor crítica del Derecho, así como mayor consideración de aspectos políticos y de mejora del ordenamiento jurídico); fundamental al respecto y sobre la historia del concepto, ver ESER, Albin, nota al pie 35, pp. 1443 y ss., 1450 y ss.; sobre Derecho penal comparado y comparación de valores ("wertvergleichende Strafrechtsvergleichung"), SIEBER, Ulrich, nota al pie 35, pp. 119 y ss.; sobre "values" y "evaluation" en la dogmática jurídica JAREBORG, nota al pie 4, p. 57.

¹³³ Ver nota al pie 90 y texto principal.

¹³⁴ Para un fundamento axiológico a partir de los derechos humanos, ver también JUNG, Heike, *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Berna, Haupt, 1992, pp. 43-48; SIEBER, Ulrich, nota al pie 35, pp. 121 y s. ("Orientación al ser humano en una sociedad abierta y así al principio general de la libertad" ["Ausrichtung auf den Menschen in einer offenen Gesellschaft und damit auf das allgemeine Freiheitsprinzip ..."]); también ESER, Albin, nota al pie 35, pp. 1463 y s.; antes también AMBOS, nota al pie 40, p. 45.

rativo concreto.¹³⁵ El análisis comparado del Derecho penal así entendido (más allá de la clásica distinción entre Derecho penal comparado teórico, legislativo y judicial)¹³⁶ puede ser considerado entonces y sin lugar a dudas como el método de la dogmática jurídico penal.¹³⁷ Se trata, por consiguiente, de establecer los fundamentos¹³⁸ y de investigar los efectos de las instituciones jurídicas en diferentes sociedades y su posible validez intercultural,¹³⁹ como parte del camino (desde luego pedregoso) hacia una ciencia jurídico penal universal.¹⁴⁰

Finalmente, en lo que concierne al *tipo y forma del discurso de la ciencia jurídico penal*, se debe llamar nuevamente la atención sobre la crítica a la *aristocracia penal*, ya que es aquí en donde probablemente dicha crítica es más pertinente. La apertura hacia afuera, es decir, frente a ordenamientos jurídicos extranjeros, por la que se aboga en este texto, no solamente supone un conocimiento mínimo previo (en este sentido el Derecho penal comparado también constituye un método empírico-normativo idóneo para la adquisición de información),¹⁴¹ sino que también exige sobre todo la disposición para hacer

parte de un discurso democrático y libre de jerarquías sobre la calidad del argumento del contrario, independientemente del estatus y de la procedencia de los interlocutores. Lo que a nivel legislativo (jurídico y político) constituye la legitimación procedimental a través del entendimiento mutuo (dado el caso recurriendo a la teoría del discurso de Habermas),¹⁴² equivale en contextos académicos, por ejemplo en el más bien apolítico microcosmos del seminario o *workshop*, a la discusión en principio libre de relaciones de poder, donde el objetivo es el entendimiento comunicativo en torno a argumentos racionales en vez de la afirmación de estatus.¹⁴³ Esto se puede lograr, tal como lo muestra la práctica académica angloamericana,¹⁴⁴ por medio de pequeños cambios metodológicos y prácticos, como por ejemplo con la abolición de la (en muchos casos leída) clase magistral, o por lo menos con la reducción en los diferentes eventos académicos del tiempo de exposición en favor del aumento del tiempo de discusión de las tesis relevantes, incluyendo comentarios realizados por investigadores “junior” sobre artículos o textos escritos por investigadores “senior”.¹⁴⁵ Más aún, en lo que tiene

¹³⁵ Ver SIEBER, Ulrich, nota al pie 35, pp. 119-123 (separando acertadamente las preguntas previas de la valoración como tal: (1) comparabilidad del objeto de regulación (situación problemática comparable), (2) comparabilidad de los parámetros de evaluación y (3) comparación de las reglas concretas); también SIEBER, Ulrich, Grenzen, nota al pie 35, pp. 53 y ss.; crítico desde la perspectiva de un Derecho penal comparado “evaluativo-competitivo”, ESER, Albin, nota al pie 35, pp. 1446, 1449 y ss., haciendo referencia a un Derecho comparado cuyos “objetivos propuestos [...] pueden abarcar desde la valoración neutral hasta la competencia impulsada por intereses [...]” [“Zielsetzungen [...] von neutraler Wertung bis zu interessengeleitetem Wettbewerb reichen können [...]”] (p. 1453, y con más detalle, 1454 y ss.) y diferenciando entre funciones y métodos (pp. 1450 y ss., 1460 y ss.); crítico sobre las posibilidades limitadas de la valoración por medio del método funcional MICHAELS, nota al pie 116, pp. 342, 373 y ss., 375.

¹³⁶ Al respecto ESER, Albin, “Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung”, en ALBRECHT, Hans-Jörg, entre otros (eds.), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht*, Band 2, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 1506 y ss.

¹³⁷ Ver DONINI, nota al pie 1, p. 30.

¹³⁸ Sobre Derecho penal comparado como forma de indagar fundamentos, SIEBER, Ulrich, nota al pie 35, pp. 94 y s., 109 y s.; como asignatura fundamental desde una perspectiva histórica, KOCH, nota al pie 34, pp. 1485 y ss.

¹³⁹ Sobre el “principio de generalización” [“Verallgemeinerungsprinzip”] en este contexto, el cual hace referencia a la posibilidad de generalizar a nivel transnacional ideas o instituciones jurídicas, ver VON BOGDANDY, nota al pie 85, p. 4.

¹⁴⁰ SIEBER, Ulrich, nota al pie 35, pp. 129 y s., frente a lo cual se debe permitir preguntar qué ha sucedido con el ambicioso “Sistema de Información-Max Planck para el Derecho penal comparado” [“Max-Planck-Informationssystem für Strafrechtsvergleichung”] (ibid., pp. 124, 129). De la página web del Instituto Max Planck se desprende que en el marco del proyecto que ha transcurrido en un periodo desde el 2004 hasta el 2015 han sido analizados 25 ordenamientos jurídicos con relación con distintos problemas de la parte general del Derecho penal y que han aparecido varios volúmenes; sin embargo, la información (aún) no es accesible de manera virtual (como se desprende de los conceptos “Informationssystem” “virtuelles Institut”), ver: <https://www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/vi.html> (fecha de consulta: 23.06.2015). La idea original del proyecto fue presentada en el Instituto en el año 2002 por Ursula Nelles por invitación del Director de ese entonces, ESER, Albin; ver NELLES, nota al pie 115, pp. 1005 y s., con nota al pie 1, pp. 1016 y s.

¹⁴¹ Ver DONINI, nota al pie 1, p. 32.

¹⁴² Ver en este sentido VOGEL, nota al pie 89, pp. 110 y ss.

¹⁴³ En este sentido VOGEL, nota al pie 6, p. 523 (“poder del mejor argumento” [“Kraft des besseren Arguments”]).

¹⁴⁴ Similar VON BOGDANDY, nota al pie 85, p. 3 (“En general, la ciencia continental podría sacar provecho del estilo discursivo anglosajón” [“Insgesamt dürfte die kontinentale Wissenschaft vom diskursiveren angelsächsischen Stil profitieren”]).

¹⁴⁵ Más concreto aún con base en mi experiencia en los Estados Unidos: envío previo de los *papers* y cinco minutos para que los expositores resuman las tesis principales, con crítica subsiguiente de un comentarista designado con anterioridad y finalmente apertura de la discusión con los demás participantes del evento en forma de seminario o *workshop*.

Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo

que ver con las publicaciones académicas, la introducción generalizada del sistema de doble revisión ciega de pares puede hacer que la atención se centre más en la calidad de las contribuciones (artículos, capítulos de libro, etc.), dejando de lado el estatus o procedencia de los autores, dado que, en concreto, quien no entrega una contribución a los profesores editores de una revista científica especializada de forma anónima está sometido a una preselección, de la que los editores difícilmente pueden escapar, en la que el

estatus y la procedencia del autor se convierten en criterios determinantes. Esto sólo se puede evitar si las contribuciones son entregadas de forma anónima, por ejemplo mediante un servidor *web*, e igualmente son evaluadas de forma anónima por pares académicos. Por otro lado y para terminar, la recepción de la avalancha de literatura científica se podría facilitar si los *abstracts* que resumen las tesis principales fueran introducidos en las publicaciones académicas alemanas de manera obligatoria.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Aquí la ciencia jurídico penal alemana también se queda atrás frente a los ámbitos con los que tradicionalmente ha sido más afin, como lo muestran las revistas sobre Derecho penal en español, las cuales, en su mayor parte, incluyen normalmente *abstracts* incluso en varios idiomas (aunque en ocasiones con un inglés deficitario).



La responsabilidad penal del menor en el Derecho español



Julio Díaz-Maroto y Villarejo

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN: *La importante cuestión de la responsabilidad de los menores siempre ha sido objeto de una especial controversia. Tomando como base los conceptos de imputabilidad y minoría de edad, el trabajo pretende mostrar la idoneidad o no de las distintas medidas aplicables a los menores de 18 años en la legislación penal española. Se analiza el catálogo de medidas, como las denomina la Ley española de responsabilidad penal de los menores (LO 5/2000, de 12 de enero), cuya naturaleza jurídica es controvertida. Son sanciones de carácter penal, que, en ocasiones se asemejan a verdaderas penas y, en otras, a medidas de seguridad. Se constituye así un sistema mixto, pues, en ocasiones, su imposición obedece al reproche merecido por su conducta y a la valoración jurídica del hecho cometido, y, en otras, están claramente orientadas a la prevención especial.*

PALABRAS CLAVE: *Imputabilidad y culpabilidad, minoría de edad penal, sanciones aplicables, Ley española reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.*

ABSTRACT: *The relevant question of juvenile responsibility has always been a very controversial matter. Based on the concepts of imputability and minor, this paper assesses the suitability of the different measures that currently apply to youths under the age of 18 in Spanish legislation. It is analyzed the catalogue of measures, as they are mentioned in Spanish law for minor criminal liability (LO 5/2000), January 12th). This law is distinguished for its controversial juridical nature. There are criminal penalties, which sometimes look like really punishments and others that are more like security measures. So it has set up a mixed system, where occasionally penalties are impose as a deserved sanction for misconduct and the legal assessment of the facts, and in others, are clearly focuses on special prevention.*

KEY WORDS: *Imputability and culpability, minor, penalties, Spanish law for minor criminal liability.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Ámbito de aplicación de la LRPM. III. Medidas aplicables a los menores IV. Las medidas cautelares. V. Mayoría de edad. VI. La conciliación y la reparación del daño. VII. La responsabilidad civil.*

La responsabilidad penal del menor en el Derecho español

I. Introducción

El concepto de imputabilidad, junto con los de culpabilidad y responsabilidad personal, es poco pacífico en la doctrina.¹ Pese a que tradicionalmente se ha considerado a la minoría de edad una causa de inimputabilidad (esto es, falta de capacidad para comprender que lo que se hace es ilícito y así adecuar el comportamiento a dicha comprensión), el ordenamiento jurídico español no considera en la actualidad inimputables a los menores de 18 años. No están, pues, exentos de responsabilidad penal, sino que la misma se les exige según un régimen específico.² Así, el art. 19 del Código Penal español, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, señala que “*Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor*”.

En consecuencia, se fija una edad a partir de la cual se aplica el Código Penal, y se difiere a otra norma la exigencia de responsabilidad penal, por entender que la mayor o menor edad incide en la capacidad de culpabilidad o imputabilidad del sujeto que comete un hecho delictivo, bien sea por falta de capacidad de discernimiento o de madurez suficiente para comprender el sentido de sus actos, sobre todo en las edades más tempranas.³ En todo caso, los modernos estudios aportados por la psicología evolutiva o del

desarrollo muestran los cambios que sobrevienen a las personas a medida que avanzan en edad durante el ciclo vital, siendo el desarrollo humano un continuo proceso de adaptación y cambio (de carácter físico, cognitivo, emocional y social), multidimensional e interdisciplinario.⁴

Así las cosas, y aun cuando la delincuencia juvenil y de menores genera una problemática muy particular en cualquier sociedad, pues preocupan los hechos delictivos de mayor o menor envergadura que pueden llevar a cabo los menores y jóvenes,⁵ parece más adecuado desde una óptica político-criminal combatir la delincuencia juvenil o de menores con medidas de carácter educativo y formativo que con otras formas de represión y castigo.⁶

Pues bien, a pesar de la clara previsión normativa, remitiendo a una Ley específica para poder exigir responsabilidad penal a los menores de 18 años, pasaron nada menos que cinco años para que viera la luz la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LRPM) y casi nueve para que fuera aprobado su Reglamento de ejecución, mediante el Real Decreto 1764/2004, de 30 de julio (RLRPM).⁷ En dicho Reglamento sólo se aborda un desarrollo parcial de la Ley. La desidia del legislador es evidente, aunque eso sólo era un anticipo para lo que vendría después.⁸

Desde el 13 de enero de 2001 está vigente en España la LO 5/2000, que supuso la adopción de un modelo educativo-sancionador para responder a los hechos

¹ Vid., sobre estas importantes cuestiones, MARTÍNEZ GARAY, Lucía. *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia 2005.

² Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., actualizada y revisada, Barcelona 2016, pp. 581 y ss.; MARTÍNEZ GARAY, Lucía. en MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, *Memento práctico penal 2016*, Madrid, 2015, pp. 250 y ss.

³ Sobre los antecedentes históricos de la minoría de edad penal, vid. ALEMÁN MONTERREAL, Ana, “Reseña histórica sobre la minoría de edad penal”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, núm. 11, 2007, pp. 27-44.

⁴ Vid. ampliamente, MARTÍN CRUZ, Andrés, *Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de la edad*, Granada, 2004, *passim*; CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, “Presupuestos de la responsabilidad penal del menor: una necesaria revisión desde la perspectiva adolescente”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., y RODRIGUEZ GUITIÁN, A., *El menor ante el Derecho en el siglo XXI*, núm. 15, 2011, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2011, pp. 241-269.

⁵ Así, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Otro experimento legislativo en materia de Derecho Penal de Menores: La Ley Orgánica 8/2006”, en MUÑOZ CONDE, Francisco (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia 2008, pp. 661 y ss.

⁶ En la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de junio de 2007, sobre la delincuencia juvenil, puede leerse que la conducta delictiva de los menores “entraña riesgos mucho mayores que la de los adultos” porque afecta a un segmento especialmente sensible de la población que se encuentra “en la fase de construcción de su personalidad, exponiendo a los menores desde edades muy tempranas al riesgo de la exclusión social y la estigmatización”. Vid., sobre ésta y otras disposiciones europeas, PÉREZ VAQUERO, Carlos, “La justicia juvenil en el derecho europeo”, en *Derecho y Cambio Social*, núm. 37, 2014, pp. 1-27.

⁷ Vid. VIANA BALLESTER, Clara, y MARTÍNEZ GARAY, Lucía, “El Reglamento de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, y CUERDA ARNAU, Mª Luisa (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, Universitat Jaume I, 2006, pp. 479-554.

⁸ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “Derecho penal del menor”, en LASCURAÍN, J.A. (coord.), *Introducción al Derecho penal*, 2ª ed. Civitas/Thomson Reuters, 2015, pp. 427 y ss.

delictivos cometidos por los **menores de 18 años y mayores de 14**, como resultado de un proceso iniciado a raíz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, que puso fin al régimen procesal establecido en el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, que asignaba a los tribunales funciones tanto de instrucción como decisorias. El menor deja de ser un mero objeto de tutela y pasa así a ser un sujeto de derechos, al que, de infringir la Ley, le son aplicables todas las garantías dimanantes de un proceso justo y con todas las garantías, especialmente en la fase de instrucción.⁹

Al respecto, tiene señalado el Tribunal Constitucional que “lo que se persigue con las exigencias asociadas al art. 24.2 CE que deben cumplirse en la fase de instrucción es “garantizar la efectividad del derecho a la defensa y de evitar que puedan producirse contra la persona inculpada en una causa penal, aun en fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión”.¹⁰

La confirmación de la validez de esta garantía respecto de los menores infractores, consustancial por lo demás al Estado de Derecho, supuso, sin embargo, la admisión de una premisa innecesaria: la asunción de la naturaleza penal de la intervención realizada con el menor infractor.

La Ley se autodefine, correctamente, como una ley “reguladora de la responsabilidad penal de los menores” y representa, pues, el **Derecho penal especial** para menores de entre 14 y 18 años, autores de infracciones delictivas (delitos dolosos o imprudentes) tipificadas en el Código Penal o en leyes penales especiales. Las medidas que contempla son **sanciones penales**, que se imponen por órganos de justicia penal (los Jueces de Menores), en un procedimiento penal con las debidas garantías que exige el Derecho penal, y con fines político-criminales específicos.

De todos modos, conviene precisar que, frente a lo que pudiera deducirse de su título, la mayor parte de la LO 5/2000 tiene carácter *procesal*, y sólo unos pocos preceptos de la misma son de índole estrictamente *penal*. De ahí que pueda hablarse con propiedad de que en la LRPM se encuentran las normas procedimentales que constituyen un auténtico “Proceso penal de menores”, aunque ciertamente de naturaleza especial por razones subjetivas. Los arts. 16 a 42 de la LRPM contemplan las distintas fases del proceso penal de menores, de manera similar a lo establecido en la LECr. para el procedimiento abreviado: la de instrucción (que denomina “expediente”), la intermedia (que denomina “de alegaciones”), y la de juicio oral (que denomina como “audiencia”),¹¹ distintas fases en las que las garantías constitucionales plasmadas en el art. 24 CE son también de inexcusable observancia en este proceso peculiar,¹² y en las que la actuación del Ministerio Fiscal tiene una importancia capital en su doble y complejo papel de instructor/acusador y de protector de los intereses del menor, a la vez (arts. 6, 16 y 23 LRPM).

La Ley contiene la suma de aquellas disposiciones especiales, tanto de Derecho material como procesal y orgánico, que regulan la reacción jurídica a las infracciones penales cometidas por los menores, así como las cuestiones relativas a la ejecución de las sanciones que se les imponen y a la responsabilidad civil derivada de la comisión de dichas infracciones. De esta manera quedan aunadas en un solo texto todas las cuestiones básicas que giran en torno a la figura del menor que ha infringido la ley penal. El RD 1774/2004, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento de la LRPM, complementa algunos aspectos como los relativos a la actuación de la Policía judicial y del Equipo técnico y, sobre todo, los relativos a la ejecución de las medidas de internamiento, así como el régimen disciplinario de los centros a modo de reglamento penitenciario.¹³

⁹ Sobre las reglas generales de la instrucción del procedimiento, vid. ampliamente, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., FEIJOO SÁNCHEZ, B., y POZUELO PÉREZ, L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores*, Pamplona, Thomson/Civitas, 2008, pp. 232 y ss.

¹⁰ Así, por ejemplo, las SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 3 c); 18/2005, de 1º de febrero, FJ 5, y 146/2012, de 5 de julio, FJ 9; en el mismo sentido, SSTC 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6 c); 19/2000, de 31 de enero, FJ 5 b); 87/2001, de 2 de abril, FJ 3; 174/2001, de 26 de julio, FJ 4; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 4.

¹¹ Vid., en general sobre este proceso, GIMENO SENDRA, Vicente, *Manual de Derecho procesal penal*, Madrid, 2015, pp. 683 y ss.

¹² Así el art. 1.2 de la LRPM y las SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6; 211/1993, de 28 de junio, FJ 4; 233/1993, de 12 de julio, FJ 2; 60/1995, de 16 de marzo, FJ 5; 30/2005, de 14 de febrero, FJ 7; 153/2005, de 6 de junio, FJ. 3, entre otras.

¹³ Hay que tener también en cuenta el RD 3471/2000, de 29 de diciembre, que dispone la constitución del Juzgado Central de Menores, y el RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (que ha derogado el RD 232/2002, de 1º de marzo, que regulaba el Registro de Sentencias sobre Responsabilidad Penal de los Menores).

La responsabilidad penal del menor en el Derecho español

A partir de este modelo de exigencia de responsabilidad, la Ley se basa en el rechazo al sistema histórico y tradicional de responsabilidad del Derecho penal español, siendo evidente la *voluntas legis* expuesta en la Exposición de Motivos de representar una alternativa o superación del “viejo modelo tutelar, tuitivo, correccional del pasado —anacrónico y obsoleto—” característico del derogado Texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948 y que comenzó a desaparecer con la LO 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, norma que creó un procedimiento respetuoso con las garantías constitucionales, actualizó el sistema de medidas y fijó la edad mínima de 12 años para poder someter al menor a responsabilidad penal.¹⁴

Sólo parabienes merecía la exposición de Motivos de la LO 5/2000 cuando en su apartado II (núm. 6) señalaba que “la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes *principios generales*: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con

la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución”.¹⁵

En sus poco más de 15 años de vigencia, el texto original de la LRPM ha sido modificado en seis ocasiones por las LL.OO. 7 y 9/2000, de 22 de diciembre; 9/2002, de 10 de diciembre; 15/2003, de 15 de noviembre; 8/2006, de 4 de diciembre, las dos primeras incluso antes de su entrada en vigor, y la del año 2006 culminando este proceso de reforma que, además de consolidar la tendencia defensista apreciable en las anteriores, admite sin pudor el protagonismo de la alarma social por el aumento de la delincuencia de menores, no contrastado empíricamente por lo demás, entre los motivos que impulsan esta paulatina aproximación al sistema penal de adultos.¹⁶ La última modificación, hasta el momento, se produjo por la LO 8/2012, de 27 de diciembre, con el único objeto de atribuir la competencia de los delitos de terrorismo al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

Muy gráficamente ha señalado Feijoo¹⁷ esa “esquizofrenia” o “síndrome de Dr. Jekyll y Mr. Hyde” que caracteriza a la LRPM, y que dificulta en gran medida su interpretación sistemática, que se puede diagnosticar con suma facilidad si tenemos en cuenta la Exposición de Motivos de la LO 8/2006, en relación con la Exposición de Motivos original de la Ley. Una lectura detenida nos demuestra que la “banda sonora” ha cambiado: la música de la ley no es la misma que sonaba al principio con la LO 5/2000.

La gravedad del hecho delictivo provoca que se esté utilizando el Derecho penal en su vertiente *sim-*

¹⁴ La doctrina venía criticando desde la entrada en vigor de la Constitución de 1978 el viejo modelo tutelar y, como ya se señaló anteriormente, en el año 1991 el Tribunal Constitucional lo dejó herido de muerte (vid. STC 36/1991, de 14 de febrero). El nuevo sistema instaurado en el año 2000, que se basa en la idea de responsabilidad por la comisión de un hecho considerado como delito en el Código Penal, se construye como reacción al modelo correccionalista y paternalista tradicionalmente existente en nuestro ordenamiento como vía de reforzamiento de los derechos y garantías de los menores delincuentes. Sobre la evolución histórica del sistema español de menores infractores, vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, y BLANCO CORDERO, Isidoro, *Menores infractores y sistema penal*, Donostia-San Sebastián 2010, pp. 37-58.

¹⁵ En lo esencial, todos esos principios a los que de una forma tan grandilocuente se hace referencia en la Exposición de Motivos de la Ley vienen a recoger algunos de los principios más importantes que, en materia de menores, habían sido plasmados en documentos dictados por distintos organismos internacionales, singularmente las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, entre otros la *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989; las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”)*, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985; las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, y la *Recomendación núm. R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*, adoptada el 17 de septiembre de 1987.

¹⁶ Vid. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Otro experimento legislativo en materia de Derecho Penal de Menores: La Ley Orgánica 8/2006”, *cit.*, pp. 675-678.

¹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., FEIJOO SÁNCHEZ, B., y POZUELO PÉREZ, L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores*, *cit.*, pp. 51-52.

bólica para evitar una sensación de inseguridad en la generalidad y no ofrecer, en palabras de la Exposición de motivos de la LO 8/2006, “sensación de impunidad”. No se trata tanto de incidir preventivo-generalmente de forma real en las cifras de delincuencias de menores, sino en las percepciones sociales que puedan existir sobre la delincuencia de menores, especialmente de aquella que resulta más preocupante.¹⁸ Es llamativo en este sentido que la reforma de la LRPM mediante la LO 8/2006, que ha culminado este proceso, se base en presupuestos criminológicos de necesidad por incremento de cifras de delincuencia que son radicalmente falsos.¹⁹

Junto a esta utilización *simbólica* del Derecho penal de menores lo relevante es que, en la práctica, cobra gran relevancia la idea de *inocuidación*. La idea que subyace a esta expansión intensiva del Derecho Penal de menores es controlar un tipo de delincuencia minoritaria pero que preocupa. Realmente, las reformas del Derecho penal juvenil impulsadas en España en los últimos años tienden a dar preferencia a una serie de mecanismos dirigidos no a *tratar* la delincuencia de menores, sino más bien a *combatirla*, en sintonía con el modelo de seguridad ciudadana que está dominando el sistema de justicia penal de adultos.²⁰

En este sentido, las progresivas modificaciones operadas en la LRPM se han encaminado a ampliar los supuestos en los que se puede aplicar la medida de internamiento en régimen cerrado, a ampliar el periodo de duración de ésta y otras medidas y a restringir el ámbito de discrecionalidad que tiene el juez de menores a la hora de modificar, suspender o sustituir las medidas.²¹ Todo ello, olvidando que la Ley apuesta por un modelo de derecho juvenil no vindicativo, ni sólo retributivo.²²

II. Ámbito de aplicación de la LRPM

En el art. 1.1 de la Ley, como “Declaración general”, se dice: “Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas *mayores de catorce años y menores de dieciocho* por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”, si bien ha de tenerse en cuenta que las faltas han sido suprimidas en el Código Penal español por la LO 1/2015. Esta Declaración sirve de complemento al contenido del art. 19 del CP que, como indicamos, establece con carácter general la responsabilidad criminal a partir de los 18 años.

Los menores de 18 años y mayores de 14 tienen una **imputabilidad disminuida** (en mayor o menor grado según que hayan cumplido o no los 16 años, y de ahí la distinción que, como veremos, hace la LRPM al respecto).

El *ámbito objetivo* de aplicación de la LRPM está determinado por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código Penal o en las leyes penales especiales, esto es, en el Derecho penal de menores no existen infracciones distintas a las del Derecho penal de adultos y, en consecuencia, la LRPM no contempla un catálogo distinto de las mismas.

En cuanto al *ámbito subjetivo* de aplicación de la Ley, cabe indicar que, con base en un puro criterio biológico o cronológico, la minoría de edad penal, como causa de exclusión de la responsabilidad criminal, ha sufrido un descenso desde los 16 años (edad en que se situaba en nuestro Derecho desde el CP de 1928) hasta la de los 14 que ahora contempla la LRPM. La edad se ha de computar de momento a momento y no, como prevé el art. 315 del Código Civil, en el que para el cómputo de los años se

¹⁸ La mayoría de las iniciativas no han respondido a una ruptura en la evolución de la criminalidad juvenil, sino que se han practicado con la pretensión de satisfacer las demandas sociales y responder al modo en que la ciudadanía reacciona ante los delitos cometidos por menores. Vid. AIZPURÚA GONZÁLEZ, Eva, “Presente y futuro del estudio de la opinión pública hacia el castigo de los menores infractores. Evidencias, carencias y posibilidades”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 12, 2014, artículo 3, pp. 1-29.

¹⁹ Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a R., *Derecho penal de menores*, 4^a ed., Barcelona, Bosch, 2007, pp. 145 y ss.; CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “¿Supresión, mantenimiento o reformulación del pensamiento educativo en el derecho penal juvenil? Reflexiones tras diez años de aplicación de la Ley Penal del Menor”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13, 2011, pp. 1-51.

²⁰ Vid. GARCÍA PÉREZ, Octavio, “La reforma de 2006 de la ley de Responsabilidad penal de los menores: la introducción del modelo de seguridad ciudadana”, en JORGE BARREIRO, A. y FEIJOO SÁNCHEZ, B. (eds.), *Nuevo Derecho penal juvenil: una perspectiva interdisciplinar. ¿Qué hacer con los menores delincuentes?*, Barcelona, Atelier, 2008, pp. 42 y ss.

²¹ Vid. al respecto, FERNÁNDEZ MOLINA, Esther, “El internamiento de menores. Una mirada hacia la realidad de su aplicación en España”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núms. 14-18, 2012, pp. (18) 1-20.

²² Vid. PANTOJA GARCÍA, Félix, “Unas notas sobre la imputabilidad de los menores y su tratamiento en la Ley de responsabilidad penal de los menores”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. y RODRIGUEZ GUITIÁN, A., *El menor ante el Derecho en el siglo XXI*, núm. 15, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2011, p. 314.

La responsabilidad penal del menor en el Derecho español

incluirá completo el día del nacimiento, lo que exige que el Secretario Judicial traiga a las actuaciones, cuando sea necesario, una certificación literal de la inscripción de nacimiento en el registro civil (art. 375 LECr.), a efectos de determinar el momento exacto del nacimiento.

La Ley, como se indicó anteriormente, distingue en la actualidad²³ dos tramos diferentes:

1) *Menores de catorce años*

Quienes sean menores de catorce años en el instante de la comisión de los hechos delictivos tienen la consideración de irresponsables penales, siéndoles, entonces, aplicables únicamente “las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes” (art. 3 LRPM), singularmente la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, allí donde se presenten situaciones de riesgo o desamparo y las normas dictadas por las Comunidades Autónomas que, de acuerdo con la previsión contenida en el art. 148.1.20ª de la CE, han asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía las competencias de asistencia social, sin que exista al respecto una regulación uniforme.²⁴

No obstante, si concurrían en el menor las circunstancias previstas en los números 1º, 2º y 3º del art. 20 del CP (esto es, las causas de inimputabilidad de anomalía o alteración psíquica, estado de intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas o drogas, y alteraciones de la percepción que produzcan una alteración grave de la conciencia de la realidad), únicamente les podrán ser impuestas las medidas terapéuticas de internamiento terapéutico y de tratamiento ambulatorio (arts. 5.2 y 9.5 LRPM).

2) *Mayores de catorce y menores de dieciocho años*

Éste es el tramo contemplado en la LRPM, si bien se distingue, a su vez, entre aquellos que al tiempo de cometer los hechos tuvieron entre *catorce y dieciséis* años, y los que tuvieron entre *dieciséis y dieciocho*, a

los efectos de aplicar las reglas especiales contenidas en el art. 10 de la Ley. La duración máxima de las medidas se alarga en el supuesto segundo, de tal manera que, a menor edad menor pena, dependiendo así del proceso evolutivo del menor.²⁵ Evidentemente, ello también afectará al régimen de la prescripción contemplado en el art. 15 LRPM, tanto respecto de los hechos delictivos cometidos por los menores como de las medidas impuestas.

Debe aquí reseñarse que a la entrada en vigor de la LRPM también debían hacerlo los artículos 19 y 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Lo que, y en lo que respecta al art. 69 CP, no sólo no ha ocurrido sino que dicho artículo, como trataré de argumentar, ha quedado sin contenido práctico alguno.²⁶ En efecto, el art. 69 dice: “*Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga*”.

Un análisis apresurado y una exégesis conjunta de este precepto y del art. 19 CP nos llevaría inmediatamente a la conclusión de que las disposiciones del Código Penal sólo serían aplicables a quienes hubieran cumplido los 18 años. A los menores de esa edad únicamente podría exigírseles responsabilidad penal, en su caso, cuando y con las condiciones que estableciera una futura Ley de responsabilidad penal del menor. Por cierto, que esto no significaba que el nuevo Código hubiera elevado la mayoría de edad penal, como se dijo quizás de forma apresurada, pues el nuevo art. 19 CP se limita a regular una causa de *inimputabilidad relativa*, dejando a una ley para menores la fijación de la edad a partir de la cual podría exigirse responsabilidad penal a los menores.²⁷

Éste era, aparentemente, el panorama a la entrada en vigor del nuevo Código de 1995. Sin embargo, y por de pronto, lo establecido en el art. 19 quedaba en suspenso, precisamente hasta que adquiriera vi-

²³ Vid. *infra* sobre la previsión inicial de la Ley de extender su aplicación a los *menores de 21 años*.

²⁴ Vid. CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz, *Educación y prevención general en el Derecho penal de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 73 y ss.

²⁵ Muy gráficamente se indica en el apartado II.10 de la originaria exposición de motivos de la Ley que: “se diferencian, en el ámbito de aplicación de la Ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos, de catorce a dieciséis y de diecisiete a dieciocho años, por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado”.

²⁶ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., FEIJOO SÁNCHEZ, B. y POZUELO PÉREZ, L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores*, cit., pp. 594 y ss.

²⁷ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 84-86.

gencia la futura Ley que regulara la responsabilidad penal del menor, tal y como se establecía en la Disposición final séptima de la LO 10/1995. Y, en cuanto al art. 69, erróneamente olvidado por la Disposición dicha, podemos calificarlo como una ley penal en blanco, que carece de efectos inmediatos, limitándose a establecer una previsión. Además, la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la administración de justicia, aprobada durante el periodo de *vacatio legis* de la LRPM, estableció en su Disposición Transitoria Única un aplazamiento en la aplicación de la legislación penal de menores a los jóvenes semiadultos de entre dieciocho y veintiún años, prevista en el art. 69 CP (así como en los arts. 1.2 y 4 LRPM), por un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la LRPM, es decir, hasta el 13 de enero de 2003. Posteriormente, la Disposición transitoria única de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores, ampliaba dicho plazo hasta el 1º de enero de 2007.

Cumplido el plazo, parecía que, por fin, se iba a llevar a cabo el mandato establecido originariamente en el art. 69 CP, y concretado en los arts. 1.2 y 4 LRPM, de poder aplicar las disposiciones del Derecho penal juvenil a las personas mayores de 18 años y menores de 21, en los términos y condiciones establecidos en el art. 4 LRPM. Sin embargo, la LO 8/2006, suprimió “definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los (menores) comprendidos entre dieciocho y veintiún años”, según se señala en el párrafo séptimo de su Exposición de Motivos; en consecuencia, se suprime el apartado 2 del art. 1º y se da nueva redacción al art. 4 (que pasa a denominarse “Derechos de las víctimas y de los perjudicados”, en vez de “Régimen de los mayores de dieciocho años”, como aparecía en su redacción primaria).

Suprimida, pues, por la LO 8/2006 la posibilidad de aplicar la LRPM a quienes inicialmente denominaba la Ley “jóvenes”, es decir a las personas *mayores de dieciocho años* (en la terminología del primitivo art. 1.4, párrafo primero) y *menores de veintiuno*, una vez más y por la desidia del legislador se produjo una *curiosa* situación, de manera que la Disposición transitoria única de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, había dejado suspendida la aplicación de la LRPM,

“en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y los 21 años, hasta el 1º de enero de 2007”, mientras que la fecha de entrada en vigor de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, según lo dispuesto en su Disposición final segunda, sería, en lo que aquí nos ocupa, “a los dos meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*”. Pues bien, dado que esa publicación se hizo en el BOE núm. 290, de 5 de diciembre de 2006, la entrada en vigor de la LO 8/2006 debía producirse, como así fue, el 5 de febrero de 2007. Es decir, el art. 4 de la LRPM entraba en vigor el 1º de enero de 2007, esto es, aproximadamente un mes después de que se promulgara la norma en que se establece su derogación y en torno a un mes antes de que la Ley derogatoria entrara en vigor, lo que había provocado lo que SILVA denominó unas curiosas “rebajas de enero” para los delincuentes de entre 18 y 21 años.²⁸

La consecuencia, evidentemente no querida por el legislador, era que, si concurrían las condiciones previstas en el art. 4 de la LRPM, los hechos delictivos cometidos por los mayores de 18 años y menores de 21 entre el 1º de enero y el 5 de febrero de 2007 debían ser enjuiciados conforme a las disposiciones primitivas de la LRPM, que precisamente se derogaban. Mayor paradoja no cabe, ¿o sí?

¿Qué hacer, entonces, ante una disposición que, claramente había sido fruto de un error del legislador que tenía una evidente voluntad de que nunca entrase en vigor? La respuesta, desde luego, no podía ser la dada por la Fiscalía General del Estado en su Instrucción nº 5/2006, de 20 de diciembre, en el sentido de que “dicha suspensión (se refiere a la que dispuso la LO 9/2002) ha de entenderse tácitamente prorrogada hasta que gane vigencia formal la nueva norma”. Ni, tampoco, parece de recibo que se afirmara que la citada “aplicación de la norma resultaría contraria al principio del interés superior del menor” (¿). Muy al contrario, las normas generales contenidas en los artículos 2 y 7 del Código Penal abonan, precisamente, la tesis contraria. En consecuencia, durante 34 días a los jóvenes mayores de 18 y menores de 21 años les fue *formalmente* aplicada la LRPM, debiendo, entonces, tenerse en cuenta el principio de retroactividad de la ley penal más benigna (art.2.2 CP).

²⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a, “‘Rebajas de enero’ para delincuentes jóvenes adultos ¿con efecto retroactivo?”, en *Indret*, 399, enero de 2007, p. 5.

La responsabilidad penal del menor en el Derecho español

Con carácter general, la **competencia** para conocer de los hechos delictivos cometidos por los menores recae en los Juzgados de Menores, salvo los previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal (terrorismo) que corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional (art. 2 LRPM). Esto último, constituye una auténtica y genuina excepción en materia de competencia. Es, también, ese Juzgado Central el órgano que conocerá de los delitos cometidos por menores en el extranjero cuando, conforme al artículo 23 de la LO 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, y a los Tratados Internacionales, corresponda su conocimiento a la jurisdicción española.

Como se señala en la Declaración general contenida en el art. 1.1 de la LRPM, y en consonancia con lo establecido en el art. 97 LOPJ, se establece la competencia *objetiva y funcional* de los Juzgados de Menores para conocer de los delitos cometidos por los menores, estableciéndose la competencia territorial del Juzgado de Menores del lugar en que se hubieran cometido los hechos presuntamente delictivos (art. 14 LECr). Creo que hubiera sido preferible dar primacía al lugar de residencia del menor por su mayor proximidad al ámbito familiar y social del sujeto infractor.

La vulneración de estas reglas de competencia puede acarrear la del derecho fundamental al “Juez ordinario predeterminado por la Ley” contemplado en el art. 24.2 de la CE.²⁹

III. Medidas aplicables a los menores

Las *medidas*, como las denomina la Ley, cuya naturaleza jurídica es controvertida, son sanciones de carácter penal, que en ocasiones se asemejan a verdaderas penas y, en otras, a medidas de seguridad.³⁰ Se constituye así un sistema mixto, pues en ocasiones su imposición obedece al reproche merecido por su conducta y a la valoración jurídica del hecho cometido (ver arts. 7.3 y 13, por ejemplo), y, en otras, están claramente

orientadas a la prevención especial (ver art. 5.2). La ejecución de las mismas, en todo caso, debe atender a la finalidad de reeducación y reinserción social, bajo la perspectiva tanta veces invocada de ese concepto jurídico indeterminado identificado como “superior interés del menor” o *favor minoris*,³¹ principio rector e inspirador de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con el niño, tanto administrativas como judiciales (SSTC 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 47/2009, de febrero, FJ, 3; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, y 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 3, entre otras).

Por eso, la LRPM concede una gran discrecionalidad al Juez para la elección de la medida o medidas a imponer, su sustitución, así como la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia. En todo caso, la duración de las medidas privativas de libertad, esto es, las contempladas en las letras a), b), c), d) y g) del art. 7.1, no podrá exceder “del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal” (art. 8, segundo párrafo).

A los efectos de destacar las peculiaridades de la responsabilidad penal de los menores como circunstancia objetiva legitimadora de un diferente tratamiento legislativo, debe recordarse que el Tribunal Constitucional español ha subrayado que “en dicho ámbito se observa una peculiar combinación de elementos sancionadores y reeducativos, que responde al predominio de la perspectiva preventivo-especial, en la que se atiende, primordialmente, al interés superior del menor, tal y como reclama el art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en cuyo art. 40.1, además, se reconoce el derecho del menor acusado de haber infringido las leyes penales a ‘ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que

²⁹ Sobre cuyo contenido y alcance el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente, desde la STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2, que “exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal invistiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional” (así también y últimamente, por todas, SSTC 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 5; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 5, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 5).

³⁰ *Id.* sobre la cuestión, CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “Sistema de sanciones en el Derecho Penal de Menores”, en CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, y COLÁS TURÉGANO, Asunción, *La responsabilidad penal del menor de edad*, Madrid, 2002, pp. 110-117.

³¹ *Id.* ALTAVA LAVALL, Manuel-Guillermo, “Concepto y reconocimiento del interés superior del menor en la legislación española”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, y CUERDA ARNAU, M^a Luisa (coords.), *Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, cit., pp. 25-54; DE BARTOLOMÉ CENZANOS, José Carlos, “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español”, en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, septiembre de 2012, pp. 46-60.

fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”³².

Asimismo, cuando la resolución judicial controvertida afecte a un menor, la adecuación constitucional de la motivación debe evaluarse en función del principio del interés superior del menor. De esta suerte, el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7).³³

En definitiva, en consonancia con ello, la fundamentación debe entenderse lesiva desde la perspectiva constitucional a partir del momento en que hay una absoluta falta de ponderación del citado principio (STC 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 5), o que es legal y constitucionalmente inviable una motivación y fundamentación en derecho ajena a este criterio (STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 6). El interés superior del niño, pues, obliga a la autoridad judicial a un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada (STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6).³⁴

En el art. 7.1 de la LRPM se encuentran recogidas las sanciones penales susceptibles de ser impuestas a quienes con una edad comprendida entre 14 y 18 años cometen una infracción penal. Este precepto ha tenido diversas modificaciones desde su formulación original. Las más llamativas (no las únicas) van refe-

ridas a la sucesiva introducción de nuevas medidas (la LO 7/2000, de 22 de diciembre, introdujo la inhabilitación absoluta y la LO 8/2006, de 4 de diciembre, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o personas allegadas) y a la introducción mediante la LO 8/2006 del apartado 4, que regula expresamente los supuestos en los que el Juez considera conveniente imponer más de una misma medida. Nos encontramos ante el precepto más extenso de la ley e, incluso, de todo el Derecho penal español.

Concretamente, tras las modificaciones dichas, la LRPM prevé actualmente las siguientes medidas:

- a) *Internamiento en régimen cerrado.*
- b) *Internamiento en régimen semiabierto.*
- c) *Internamiento en régimen abierto.*
- d) *Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto.*
- e) *Tratamiento ambulatorio.*
- f) *Asistencia a un centro de día.*
- g) *Permanencia de fin de semana.*
- h) *Libertad vigilada.*
- i) *La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.*
- j) *Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.*
- k) *Prestaciones en beneficio de la comunidad.*
- l) *Realización de tareas socio-educativas.*
- m) *Amonestación.*
- n) *Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.*
- ñ) *Inhabilitación absoluta.*

Aunque en el precepto se afirme que las medidas están ordenadas “según la restricción de derechos que suponen”, no está claro cuál es el criterio del orden y, en consecuencia, no se puede afirmar que

³² Perspectiva que también es asumida en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), incluidas en la Resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985, en que se establece que el sistema de justicia de menores debe garantizar que la respuesta a los menores delincuentes sea proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito y atender al bienestar de estos menores (reglas 5 y 14). Vid., por ejemplo, las SSTC 243/2004, de 16 de diciembre, FJ 4, y 64/2011, de 16 de mayo, FJ 3, entre otras.

³³ En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH, de 24 de marzo de 1988, caso Olsson; 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; de 25 de febrero de 1992, caso Andersson; de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995, caso McMichael; de 9 de junio de 1998, caso Bronda; de 16 de noviembre de 1999, caso E.P. contra Italia; y de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal).

³⁴ Lo que se ha recordado recientemente en la STC 16/2016, de 1º de febrero, FJ 6.

La responsabilidad penal del menor en el Derecho español

ahí se contemple un orden basado en el criterio de la mayor o menor intensidad en la restricción de los derechos, razón por la cual en aquellos preceptos (como los arts. 8, 11 o 47, donde el Juez tiene que seleccionar la medida más grave o más restrictiva de derechos), la ordenación que establece el art. 7 carece de relevancia.

Parece que el precepto ha querido establecer el siguiente orden: sanciones privativas de libertad (internamientos), sanciones restrictivas o que afectan a la libertad ambulatoria y sanciones privativas de otros derechos (o, más bien, otras sanciones no privativas ni restrictivas de libertad ambulatoria), aun cuando, si se analiza detalladamente, éste es un orden que presenta continuas excepciones.³⁵

Según esto, cabe convenir que las *medidas privativas de libertad* son: **internamiento en régimen cerrado, semiabierto o abierto, internamiento terapéutico, y permanencia de fin de semana** (letras a, b, c, d y g del art. 7.1). Entre las *medidas no privativas de libertad* puede operarse con una división referida a aquellas que tienen una *orientación educativa*, donde debemos incluir el **tratamiento ambulatorio, la asistencia a un centro de día, la libertad vigilada, la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, las prestaciones en beneficio de la comunidad, la realización de tareas socio-educativas, y la amonestación**, y (letras e, f, h, j, k, l, y m, respectivamente, del art. 7.1) las *complementarias* de las medidas de orientación educativa, que podemos concretar en la **prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, la privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, y la inhabilitación absoluta** (letras i, n y ñ, respectivamente del art. 7.1).

1. Las medidas privativas de libertad

A) Los internamientos

De todas ellas, evidentemente, las más gravosas son los *internamientos*, pues consisten siempre en el ingreso en un centro, al menos durante parte del tiempo que dura la medida impuesta, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7.2, estas medidas constan de dos períodos: uno, y primero, que se llevará a cabo en el centro correspondiente, y, el segundo, en régimen de libertad vigilada, sin que la duración total de ambos períodos pueda exceder los límites establecidos en los arts. 9 y 10. Para tomar la decisión es preceptivo un informe del equipo técnico y el Juez determinará ya la duración de cada período en la sentencia³⁶.

El internamiento en *régimen cerrado* supone residir en un centro y desarrollar en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio [arts. 7.1.a) de la ley, y 24 del Reglamento], señalándose en la Exposición de Motivos de la Ley que este régimen “pretende la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo”.

Según el art. 9 LRPM, esta medida sólo podrá ser aplicable cuando los hechos estén tipificados como delito grave, o menos grave, si se ha empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas, y cuando el delito se cometa en grupo o el menor perteneciera o actuara al servicio de una banda u organización que se dedicare a tales actividades.

El internamiento en *régimen semiabierto* supone la residencia en un centro, pero pudiendo realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida [arts. 7.1.b) de la Ley, y 25 del Reglamento].

³⁵ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., FEIJOO SÁNCHEZ, B., y POZUELO PÉREZ, L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores*, cit., p. 136.

³⁶ Como se señala en el apartado III.16 de la Exposición de Motivos de la Ley, se considera que “las medidas de internamiento responden a una *mayor peligrosidad*, manifestada en la naturaleza peculiarmente grave de los hechos cometidos, caracterizados en los casos más destacados por la violencia, la intimidación o el peligro para las personas. El objetivo prioritario de la medida es disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, cuando para ello sea necesario, al menos de manera temporal, asegurar la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad. La mayor o menor intensidad de tal restricción da lugar a los diversos tipos de internamiento [...]. El internamiento, en todo caso, ha de proporcionar un clima de seguridad personal para todos los implicados, profesionales y menores infractores, lo que hace imprescindible que las condiciones de estancia sean las correctas para el normal desarrollo psicológico de los menores”.

Según la Exposición de Motivos este régimen “implica la existencia de un proyecto educativo en donde desde el principio los objetivos sustanciales se realizan en contacto con personas e instituciones de la comunidad, teniendo el menor su residencia en el centro, sujeto al programa y régimen interno del mismo”.

El internamiento en *régimen abierto* supone que el menor llevará a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, aunque resida en el centro como domicilio habitual y con sujeción al programa y régimen interno del mismo [arts. 7.1.c) de la Ley, y 26 del Reglamento]. La diferencia esencial con el internamiento en régimen semiabierto es que no sólo se realizan fuera del centro algunas actividades formativas, educativas, laborales y de ocio, sino todas las actividades, convirtiéndose el centro exclusivamente en el domicilio habitual.

El internamiento *terapéutico*, según se explica en la Exposición de Motivos de la LRPM, se prevé “para aquellos casos en los que los menores, bien por razón de su adicción al alcohol o a otras drogas, bien por disfunciones significativas en su psiquismo, precisan de un contexto estructurado donde llevar a cabo una programación terapéutica, no dándose, ni, de una parte, las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para el tratamiento ambulatorio, ni, de otra parte, las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación a aquél de un internamiento en régimen cerrado”. El internamiento *terapéutico* puede ser en régimen cerrado, semiabierto o abierto dependiendo de las necesidades de tratamiento que presente el menor [arts. 7.1.d) de la Ley y 27 del Reglamento]. Ésta es una medida que, como ya se señaló y de acuerdo con lo establecido en los arts. 5.2 y 9.5 de la Ley, cuando fuera necesario, es aplicable a los menores en quienes concurren cualquiera de las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal previstas en los números 1º, 2º y 3º del art. 20 CP.

Esta regulación, al establecer **tres tipos de internamiento**, no parece la más adecuada y ha sido, con razón, objeto de críticas por parte de la doctrina es-

pecializada. Más bien, creo que habría que haber regulado una medida de internamiento, en general, con diversos regímenes de cumplimiento en la línea de nuestro Derecho penitenciario, cuya legislación obedece a una dilatada experiencia y debió aprovecharse el modelo.³⁷ El régimen del internamiento es materia más propia del programa individualizado de ejecución de la medida que de una sentencia judicial, pudiendo el Juzgado de Menores en esta concreta fase, y con un alto grado de flexibilidad, diseñar el modo más idóneo de cumplir cada internamiento en función de las concretas características del menor.

B) Permanencia de fin de semana

Aun cuando en el número 21 del apartado III de la Exposición de Motivos de la LRPM se indique que “La permanencia de fin de semana es la expresión que define la medida por la que un menor se ve obligado a permanecer *en su hogar* desde la tarde o noche del viernes hasta la noche del domingo, a excepción del tiempo en que realice las tareas socio-educativas asignadas por el Juez. En la práctica, combina elementos del arresto de fin de semana y de la medida de tareas socio-educativas o prestaciones en beneficio de la comunidad. Es adecuada para menores que cometen actos de vandalismo o agresiones leves en los fines de semana”, la dicción literal del art. 7.1.g) permite que la medida pueda cumplirse en un centro, criterio corroborado en el art. 28.3 del Reglamento.

2. Las medidas no privativas de libertad con orientación educativa

Deben incluirse en este apartado las medidas que podemos considerar como alternativas a las de internamiento, cuya aplicación debe reservarse para los supuestos más graves y que, en consecuencia, deben utilizarse como último recurso.³⁸

A) El tratamiento ambulatorio

El tratamiento ambulatorio pretende tratar las mismas situaciones que el internamiento terapéutico, con la única diferencia de que en estos casos es posible que

³⁷ Cfr. ABEL SOUTO, Miguel, “Internamientos penales de menores en la Ley Orgánica 5/2000 y su Reglamento de 30 de junio de 2004”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2004, pp. 81 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., FEIJOO SÁNCHEZ, B., y POZUELO PÉREZ, L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores*, cit., p. 137.

³⁸ Aun cuando el RLRPM ha tratado de cubrir las carencias de la Ley, sobre las directrices básicas a seguir en el procedimiento de ejecución de estas medidas, no se resuelven todos los problemas que su cumplimiento plantea. Vid. al respecto, GARCÍA PÉREZ, Octavio, “La ejecución de las medidas no privativas de libertad”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., y RODRIGUEZ GUITIÁN, A., *El menor ante el Derecho en el siglo XXI*, núm. 15, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2011, pp. 271-291.

La responsabilidad penal del menor en el Derecho español

el menor disponga de un tratamiento adecuado permaneciendo en su entorno y sin salir de su vida social y familiar habitual.

Tal y como se explica en el apartado III.20 de la Exposición de Motivos, “El tratamiento ambulatorio es una medida destinada a los menores que disponen de las condiciones adecuadas en su vida para beneficiarse de un programa terapéutico que les ayude a superar procesos adictivos o disfunciones significativas de su psiquismo. Previsto para los menores que presenten una dependencia al alcohol o las drogas, y que en su mejor interés puedan ser tratados de la misma en la comunidad, en su realización pueden combinarse diferentes tipos de asistencia médica y psicológica. Resulta muy apropiado para casos de desequilibrio psicológico o perturbaciones del psiquismo que puedan ser atendidos sin necesidad de internamiento. La diferencia más clara con la tarea socio-educativa es que ésta pretende lograr una capacitación, un logro de aprendizaje, empleando una metodología, no tanto clínica, sino de orientación psico-educativa. El tratamiento ambulatorio también puede entenderse como una tarea socio-educativa muy específica para un problema bien definido”.

Consiste, pues, en la asistencia al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que atiendan al menor, siguiendo las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de las anomalías o alteraciones psíquicas, de adicciones o de alteraciones en la percepción [arts. 7.1.e) y 16 del Reglamento].

Ésta es una medida que, como ya se señaló y de acuerdo con lo establecido en los arts. 5.2 y 9.5 de la Ley, cuando fuera necesario, es aplicable a los menores en quienes concurren cualquiera de las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal previstas en los números 1º, 2º y 3º del art. 20 del CP.

B) La asistencia a un centro de día

En el apartado III.17 de la Exposición de Motivos se explica que:

“En la asistencia a un centro de día, el menor es derivado a un centro plenamente integrado en la comunidad, donde se realizan actividades educativas de apoyo a su competencia social. Esta medida sirve al

propósito de proporcionar a un menor un ambiente estructurado durante buena parte del día, en el que se lleven a cabo actividades socio-educativas que puedan compensar las carencias del ambiente familiar de aquel. Lo característico del centro de día es que en ese lugar es donde toma cuerpo lo esencial del proyecto socio-educativo del menor, si bien éste puede asistir también a otros lugares para hacer uso de otros recursos de ocio o culturales. El sometido a esta medida puede, por lo tanto, continuar residiendo en su hogar, o en el de su familia, o en el establecimiento de acogida”.

Los menores, pues, residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio [art.7.1.f) de la Ley]. Respecto de la ejecución de la medida, en el art. 17.3 del Reglamento se señala que “tendrán la condición de *centro de día* los recursos incluidos en la red de servicios sociales de cada comunidad autónoma, siempre que se encuentren plenamente integrados en la comunidad y sean adecuados a la finalidad de la medida”.

C) La libertad vigilada

Esta medida no privativa de libertad³⁹ cumple un papel protagonista en la práctica, siendo, con mucho, el recurso sancionador más utilizado, junto con el de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, por los Jueces de Menores. Se trata de una medida de gran tradición en España, muy utilizada en el ámbito del Derecho comparado y que tiene a su favor su mayor eficacia, contrastada empíricamente, frente a otras medidas, especialmente las privativas de libertad.

En la Exposición de Motivos de la LRPM (apartado III.18) se señala que “[E]n la medida de libertad vigilada, el menor infractor está sometido, durante el tiempo establecido en la sentencia, a una vigilancia y supervisión a cargo de personal especializado, con el fin de que adquiera las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social. Durante el tiempo que dure la libertad vigilada, el menor también deberá cumplir las obligaciones y prohibiciones que, de acuerdo con esta Ley, el Juez puede imponerle”.

³⁹ Presente en el ordenamiento tutelar de menores desde sus inicios legislativos e incluida novedosamente por la LO 5/2010, de 22 de junio, en el Código Penal, como medida de seguridad aplicable a los adultos. Vid. al respecto, CÁMARA ARROYO, Sergio, “La libertad vigilada: de la Ley penal del menor al ordenamiento penal de adultos”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 25, 2012, pp. 71-106.

En la extensa redacción del art. 7.1.h) de la LRPM se indica que “[E]n esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida”. Además, el menor tiene que seguir ciertas pautas socio-educativas y queda obligado a mantener entrevistas para cumplimentar su programa educativo así como a cumplir, si el Juez lo considera necesario, ciertas reglas de conducta (prohibiciones u obligaciones) como: La *obligación* de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello; la *obligación* de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares; la *prohibición* de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos; la *prohibición* de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa; la *obligación* de residir en un lugar determinado; la *obligación* de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas; y cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

La elección de la medida o medidas adecuadas debe atender al principio de *flexibilidad*, atendiendo no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la *edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor* (art. 7.3 LRPM), si bien este criterio queda bastante atemperado con la nueva redacción del art. 9.

En cuanto a la *ejecución* de la medida, en el art. 18 del Reglamento se contempla la figura central del pro-

fesional encargado de la misma, que carece de una denominación específica en la Ley, y que deberá elaborar un programa individualizado al respecto, exponiendo “los aspectos concretos referentes a los ámbitos personal, familiar, social, educativo, formativo o laboral en los que se considera necesario incidir, así como las pautas socioeducativas que el menor deberá seguir para superar los factores que determinaron la infracción cometida”, realizando el seguimiento y control de la medida para su posterior informe al Juez.

Debe reseñarse, también, que esta medida presenta, en cuanto a la determinación de los *órganos encargados de su cumplimiento*, ciertas particularidades. En general se trata de una medida que es competencia de la entidad pública autonómica, de acuerdo con las reglas generales de la competencia administrativa en materia de ejecución del art. 45. Sin embargo, cuando se trata de una medida complementaria de una medida de internamiento en régimen cerrado en supuestos de especial gravedad [arts. 10.1.b), párrafo segundo, y 10.2 LRPM], pasa a ser competente de dicho cumplimiento (salvo en Cataluña) la Administración del Estado, a través de instituciones penitenciarias (arts. 10.4 LRPM y 8.3 RLRPM).

D) La convivencia con otra persona, familia o grupo educativo

También aquí, siguiendo la explicación de la Exposición de Motivos de la Ley (apartado III.22), “[L]a convivencia con una persona, familia o grupo educativo es una medida que intenta proporcionar al menor un ambiente de socialización positivo, mediante su convivencia, durante un periodo determinado por el Juez, con una persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo que se ofrezca a cumplir la función de la familia en lo que respecta al desarrollo de pautas socio-afectivas prosociales en el menor”.

Al respecto, en la Ley se indica que: “*La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el periodo de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización*” [art. 7.1.j)]. El objetivo de esta medida de convivencia educativa, muy poco utilizada por los Jueces de menores, es apartar temporalmente a estos últimos de un entorno criminógeno (marco familiar deteriorado, conflictivo, muy deficiente, etc.), facilitando así

La responsabilidad penal del menor en el Derecho español

la adquisición de pautas de inmersión en los valores socialmente adecuados.

Ante la manifiestamente incompleta regulación por parte de la LRPM, el art. 19 de su Reglamento procura contemplar de manera más minuciosa los distintos aspectos referidos a la selección de la persona, familia o grupo educativo que se encargará de la ejecución de la medida, sus requisitos y condiciones personales, familiares y económicas, indicando que quien “asuma la convivencia adquirirá las obligaciones civiles propias de la guarda”. En el proceso de selección se escuchará necesariamente al menor y, cuando sea el caso, a sus representantes legales, conservando aquél el derecho de relacionarse con su familia, salvo que haya una prohibición judicial expresa.

E) Las prestaciones en beneficio de la comunidad

Es ésta una medida, que aparece por primera vez en nuestro ordenamiento en la LO 4/1992, de 5 de junio, sobre la reforma a la Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, muy utilizada en el ámbito del Derecho comparado y que está teniendo una importante aplicación en la práctica.

Tal y como señala el art. 7.1.k) de la Ley, “La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad”. Consiste, pues, en realizar una actividad, durante un número de sesiones previamente fijado, bien sea en beneficio de la colectividad en su conjunto, o de personas que se encuentren en una situación de precariedad por cualquier motivo.

Aunque la LO 8/2006 ha eliminado la última frase de esta letra j), que hacía referencia a que “se buscará relacionar la naturaleza de dichas actividades con la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor”, el art. 20.2.b del Reglamento, en consonancia con lo dicho en el apartado III.15 de la Exposición de Motivos de la Ley, señala, como una de las condiciones que deben reunir las actividades, que “estarán relacionadas, preferentemente, con

la naturaleza del bien jurídico lesionado por los hechos cometidos por el menor”.⁴⁰

Se trata, sin embargo, de una orientación básica pero no del único criterio. Por ejemplo, de cara al éxito educativo de esta medida es conveniente también tener en cuenta criterios específicos relacionados con el menor (aptitudes y habilidades, preferencias e intereses, experiencias previas, preparación, grado de esfuerzo necesario para realizar la prestación, etc.). La orientación educativa de la medida no está dirigida a paliar carencias que presente el menor y que le pueden llevar a delinquir, sino a desarrollar su sentido de la responsabilidad, de la empatía social y a que entienda que la reprochabilidad de ciertas conductas está vinculada a las consecuencias nocivas de determinados comportamientos.⁴¹

También aquí es el Reglamento, en su art. 20, el que viene a suplir las carencias de la regulación legal, desarrollando ampliamente los requisitos de su ejecución.

F) La realización de tareas socio-educativas

Consiste en la realización, por parte del menor, sin internamiento ni libertad vigilada, de actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social [art. 7.1.1)] y, también, según el apartado III.19 de la Exposición de Motivos, su reinserción social.

Puede suponer la asistencia y participación del menor a un programa ya existente en la comunidad, o bien a uno creado *ad hoc* por los profesionales encargados de ejecutar la medida. Como ejemplos de tareas socio-educativas, se pueden mencionar las siguientes: asistir a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo; participar en actividades estructuradas de animación sociocultural, asistir a talleres de aprendizaje para la competencia social, etcétera.

Esta medida se muestra especialmente adecuada cuando el menor presenta carencias relacionadas con la interacción social o educativa vinculada a la comisión del hecho delictivo. Según establece el apartado 1 del art. 21 del Reglamento, el horario de su realización “deberá ser compatible con el de la actividad

⁴⁰ Lo característico de esta medida, según también se indica en la Exposición de Motivos de la Ley, es que el menor ha de comprender, durante su realización, que la colectividad o determinadas personas han sufrido de modo injustificado unas consecuencias negativas derivadas de su conducta. Se pretende que el sujeto comprenda que actuó de modo incorrecto, que merece el reproche formal de la sociedad, y que la prestación de los trabajos que se le exigen es un acto de reparación justo.

⁴¹ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., FEIJOO SÁNCHEZ, B., y POZUELO PÉREZ, L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores*, Pamplona, Thomson/Civitas, 2008, pp. 149-150.

escolar si el menor se encuentra en el periodo de la enseñanza básica obligatoria, y, en la medida de lo posible, con su actividad laboral”.

G) La amonestación

Se trata de la medida más leve contemplada en la LRPM, idónea para autores primarios entre 14 y 16 años que todavía respetan las figuras de autoridad, que hayan cometido una infracción leve o no demasiado grave y que presenten un buen pronóstico y una socialización adecuada, sin necesidades de intervención por parte del aparato penal, especialmente si ya la propia existencia del proceso es entendida como un coste para el menor.

El Juez, en un acto único que tiene lugar en la sede judicial, manifiesta al menor de modo concreto y claro las razones que hacen socialmente intolerables los hechos cometidos, le expone las consecuencias que para él y para la víctima han tenido o podían haber tenido tales hechos, y le formula recomendaciones para el futuro, instándole a no volver a cometer tales hechos [apartado III.14 de la Exposición de Motivos y art. 7.1.m) de la Ley].

Si bien la Ley no establece expresamente si la reprensión tiene que ser pública o privada, ni tampoco las personas que deben estar presentes en el acto de amonestación, parece que la reprensión tiene que ser pública y, al menos, deben estar también presentes el Fiscal, las partes personadas, el letrado del menor, un representante del equipo técnico y, si no se acuerda lo contrario, los representantes legales del menor (personas que, según el art. 35, deben asistir a la audiencia).

3. Las medidas complementarias de aquellas con orientación educativa

A) La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez

Se trata de una doble medida, englobada en el término “alejamiento” e introducida por la LO 8/2006, en la línea general de otorgarle un mayor peso a los intereses de las víctimas, con una redacción casi idéntica (salvo matices específicos como la referencia a centros docentes) a las de los apartados 2 y 3 del art. 48 del Código Penal.

Según el apartado II. 2 de la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2007, de 23 de noviembre, “sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006”, cuando, además de la dimensión protectora de la víctima, sea preciso que la medida tenga un contenido educativo, será preferible optar por articular la petición del alejamiento como regla de conducta en el marco de una medida de libertad vigilada. Su configuración como regla de conducta vinculada a la libertad vigilada permite captar mejor la imprescindible orientación educativa de las medidas en Derecho penal de menores, pues como tal regla de conducta gira en torno al programa de intervención elaborado por el profesional encargado de la ejecución, en el que se incluyen las correspondientes pautas socioeducativas y la planificación del seguimiento y control del menor sometido a procedimiento (arts. 7.1 h) LRPM y 18.2 del Reglamento)”.

B) La privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor; o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas

Configuradas como medidas restrictivas de derechos, también podrán imponerse como accesorias cuando el delito se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente [art. 7.1.n) de la Ley].

Si no fueran ejecutadas directamente por el Juez de Menores, “se ejecutarán por los órganos administrativos competentes por razón de la materia” (art. 8.4 del Reglamento).

C) La inhabilitación absoluta

Con una dicción similar al contenido del art. 41 del Código Penal, la LO 7/2000 adicionó a la LRPM esta nueva medida de carácter aflictivo con el confesado propósito de su aplicación a los menores “por su creciente participación, no sólo en las acciones de terrorismo urbano, sino en el resto de las actividades terroristas”. En este sentido, el art. 10.3 de la Ley dispone la imposición de esta medida, contemplada ahora en la letra ñ) del art. 7.1, para el caso de que el delito cometido sea, precisamente, uno de los de terrorismo comprendidos en los actuales arts. 573 a 580 del Código penal.⁴²

⁴² Según la nueva numeración de estos delitos por la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal en materia de delitos de terrorismo.

La responsabilidad penal del menor en el Derecho español

La medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

En todo caso, la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2001, de 28 de junio, sobre la “incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores”, señala en su apartado II.1 que:

“[L]a inhabilitación como tal puede ser también objeto de reducción, sustitución o alzamiento en fase de ejecución[...] No obstante, la finalidad específica que la Ley atribuye a esta medida, como medio de preservación de las instituciones democráticas, hace difícilmente concebible su sustitución por otra, por lo que lo más apropiado será acordar su alzamiento o reducción temporal en función de la evolución personal y educativa del menor, una vez se haya superado un periodo de tiempo prudencial en el que el reproche social de la conducta haya quedado suficientemente expresado y una vez quede claro que la participación del condenado en cargos públicos no representa ningún riesgo relevante para el funcionamiento de las instituciones”.

IV. Las medidas cautelares

Tras las modificaciones introducidas por la LO 8/2006, de 4 de diciembre,⁴³ el art. 28 LRPM contiene las reglas generales de aplicación de diversas medidas de naturaleza cautelar, *cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir (conjuntamente) u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima*. Además, se contempla en el art. 29 la posibilidad de la adopción de medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad cuando quedara suficientemente acreditado que el menor *se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 20 del Código penal*.

En cuanto a las primeras, adoptadas mediante resolución judicial motivada y que solamente de-

ben mantenerse mientras persistan las razones que aconsejaron su adopción, podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado (a modo de prisión preventiva y atendiendo a la gravedad de los hechos), libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. De manera similar a lo establecido en los arts. 58 y 59 CP, el tiempo de cumplimiento de las medidas *se abonará en su integridad* para el cumplimiento de las que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas.

En cuanto a las segundas, se adoptarán las que sean precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso *las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho*, solicitando, en su caso, *alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor*. Obsérvese que no estamos ante medidas cautelares propiamente dichas, sino ante medidas civiles de naturaleza protectora, resultando un tanto chocante que se pueda determinar la responsabilidad penal de un menor, exento de ella, aunque sea con la finalidad “benéfica” de aplicarle una medida terapéutica.⁴⁴

V. Mayoría de edad

Tal y como establece el art. 14 LRPM, disposición que representa uno de los pilares del endurecimiento punitivo que representó la LO 8/2006, como regla general, *cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores*.

Si un menor alcanza los 18 años cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado (y sólo en régimen cerrado, a diferencia de lo que sucedía hasta la mencionada reforma), es posible que el Juez ordene que el cumplimiento se lleve a cabo en un **centro penitenciario**, siempre que la conducta de la per-

⁴³ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., FEJOO SÁNCHEZ, B., y POZUELO PÉREZ, L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores*, cit., pp. 327- 347.

⁴⁴ Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, Mª. R., *Derecho penal de menores*, cit., p. 368.

sona internada no responda a los objetivos propuestos en la sentencia (art. 14.2). Esta opción de cumplimiento pasa a ser prácticamente obligatoria cuando el sujeto tiene más de 21 años (art. 14.3), siendo excepcional, aunque también posible, que permanezca en el centro de menores, en todo caso siempre que responda a los objetivos propuestos en la sentencia.

Esta opción, tan desocializadora y criminógena, no parece justificable y plantea serios problemas de legitimidad, amenazada así de inconstitucionalidad.⁴⁵

VI. La conciliación y la reparación del daño

Como exponentes de las varias alternativas de naturaleza desjudicializadora en interés del menor, reduciendo al mínimo la intervención penal y concediéndole autonomía en el proceso de responsabilización por el hecho delictivo cometido, se encuentran en el art. 19 de la LRPM la *conciliación* y la *reparación del daño* entre el menor y la víctima. Ambas son dos manifestaciones del principio de oportunidad procesal reglada (que también aparece en el art. 18), en virtud de las cuales, y cumplidos los requisitos legales, el Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del procedimiento incoado contra el menor, siendo esencial el papel de mediador del Equipo Técnico y el informe que al respecto realice (arts. 27.3 LRPM y 5 de su Reglamento).

El apartado II.13 de la Exposición de Motivos de la LRPM es bien expresivo al respecto, al señalar:

“Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro.

La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de

que el ofensor y el perjudicado por la infracción lleguen a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado”.

Según el art. 19.2, “*se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva*”.

En este contexto, tanto el menor como la víctima eluden un proceso estigmatizador (para el menor) y la víctima no sólo interviene en la resolución del conflicto, sino que evita así una hipotética segunda victimización.⁴⁶ Si la conciliación busca la satisfacción psicológica de la víctima, la reparación tiende más bien a la consecución de una satisfacción material.⁴⁷

Los requisitos que establece la Ley, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, son: que el hecho imputado al menor constituya “delito menos grave o leve” (esto es, los que el Código penal —art.13 castiga con pena menos grave o leve, respectivamente —art. 33.3 y 4—) y que hayan sido cometidos sin violencia o intimidación.

Además, ya en fase de ejecución de la medida, la conciliación puede dejar sin efecto la medida impuesta en cualquier momento de su cumplimiento, a tenor de lo previsto en los arts. 51.3 LRPM y 15.1 RLRPM, si el Juez lo considera oportuno y así se lo indica la

⁴⁵ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “Derecho penal del menor”, en *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 448.

⁴⁶ Cfr. POZUELO PÉREZ, Laura, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., FEIJÓO SÁNCHEZ, B., y POZUELO PÉREZ, L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores*, cit., p. 275.

⁴⁷ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “Minoría de edad y derecho penal juvenil. Aspectos político criminales”, en *Eguzkilore*, núm. 12, 1998. pp. 72-73.

La responsabilidad penal del menor en el Derecho español

entidad pública de protección o reforma de menores. Incluso cabe añadir que también la conciliación, como exponente del principio de oportunidad y del instituto de la *mediación*, es un dato a valorar para el sobreseimiento de un procedimiento disciplinario (art. 60.5 RLRPM).

VII. La responsabilidad civil

Los arts. 61 a 64 de la LRPM contemplan el ejercicio de la acción civil.⁴⁸ El modelo de responsabilidad civil previsto en la LRPM para los daños causados por sujetos mayores de 14 años y menores de 18 supone que los infractores responderán civilmente por esos daños y *solidariamente* con él los padres, tutores, acogedores y guardadores. Responsabilidad esta última que podrá verse moderada si éstos no hubieran favorecido con dolo o negligencia grave la conducta del menor (art. 61.3). Lo cual podrá permitir no exigir de manera automática esa responsabilidad a dichas personas por el mero hecho de ostentar una de esas condiciones, sino cuando el infractor estuviera *a su cargo* en el momento en que cometió la infracción, cuya conducta no favorecieron.

De la nueva redacción del enflaquecido artículo 64 (que continúa rotulándose como “Reglas de procedi-

miento”) se deduce con claridad que el procedimiento ha de seguir “las reglas generales” (así, por ejemplo, en el art. 64.4^a) contenidas en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, la reforma operada en la LRPM por la LO 8/2006 ha unificado la pretensión civil con la penal en el fallo penal, si bien mantiene la tramitación de una Pieza Separada de Responsabilidad Civil a los solos efectos de determinación de las partes.

En cuanto a su *extensión*, el art. 62 de la LRPM dispone que “*La responsabilidad civil a que se refiere el artículo anterior se regulará, en cuanto a su extensión, por lo dispuesto en el Capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal vigente*”; esto es, el contenido de los artículos 109 a 115 del Código Penal. Con dicha remisión a los preceptos del Código Penal, en lo que respecta al contenido económico o reparador de la obligación civil de reparar los daños y perjuicios causados por el hecho punible ejecutado por el menor, se transfiere al ámbito del proceso penal de menores el sistema de reparación establecido con carácter general para la totalidad de los hechos ilícitos penales, según el cual la responsabilidad civil *ex delicto* comprende tres tipos de prestaciones: la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 110 CP).

⁴⁸ Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, “Derecho penal del menor”, en *Introducción al Derecho penal*, cit., pp. 449-451; también, POZUELO PÉREZ, Laura, En DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., FEIJOO SÁNCHEZ, B., y POZUELO PÉREZ, L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores*, cit., pp. 547-564.



Otra propuesta de teoría del delito



Javier Gómez Lanz
y Antonio Obregón García

Universidad Pontificia Comillas, Madrid

RESUMEN: *En este artículo se presentan los principales aspectos de la posición de los autores sobre la teoría del delito, procediéndose a un examen con cierto detalle de cuestiones de particular interés relativas al concepto material del delito (como la naturaleza del injusto y las diferencias entre la responsabilidad penal por dolo y la responsabilidad penal por imprudencia) así como referentes a la teoría de concursos.*

PALABRAS CLAVE: *Teoría del delito, concepto material de delito, teoría de concursos, naturaleza del injusto, dolo, imprudencia.*

ABSTRACT: *In this paper are exposed the mainly aspects of the authors position about theory of crime, proceeding to make a detailed analysis of topics of specific interest according to the material concept of crime (as the nature of unjust and the difference between crime responsibility for deliberate or negligence) as concurrence theory references.*

KEY WORDS: *Crime theory, crime material concept, concurrence theory, nature of unjust, mens rea, negligence.*

SUMARIO: *I. Introducción; II. La teoría del delito: toma de posición; III. Toma de posición sobre la naturaleza del injusto, del dolo y de la responsabilidad penal por imprudencia*

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

I. Introducción

Este artículo presenta la propuesta personal de los autores sobre aspectos controvertidos que vertebran radicalmente la estructura dogmática de la infracción penal. No obstante, la extraordinaria intensidad con que la disciplina del Derecho penal ha ido perfilando categorías y caracteres, sin desfallecimiento del legislador, de la doctrina y de la jurisprudencia, dificulta una selección de estos aspectos que no pueda tacharse de arbitraria o inconsistente. En este sentido, si bien, a nuestro juicio, debe concederse a la teoría de la pena una importancia que no hay que desdeñar,¹ es preciso admitir que, para ofrecer en un espacio razonable —pero con una deseable profundidad— una visión significativa de la situación actual del Derecho penal, así como la posición propia que se adopta sobre los aspectos más debatidos, tenemos que centrarnos en la teoría del delito y en la determinación de sus elementos básicos, pues dentro de los distintos apartados en que habitualmente se presenta la disciplina del Derecho penal, la teoría del delito suele considerarse el núcleo que define sustancialmente su configuración. También, inevitablemente, hay que reconocer que la polémica causalista-finalista ha constituido signo del debate científico que ha venido dominando la ciencia del Derecho penal en las últimas décadas, por lo que creemos necesario abordar particularmente la cuestión medular de esas diferencias doctrinales, es decir, el concepto y la articulación dogmática del dolo y de la imprudencia, con la expresión de nuestra particular posición. Ahora bien, en torno a esta discusión, y junto a ella, no cabe duda de que se precisa reseñar y explicar otros elementos básicos sobre los que se asienta la descripción científica de la infracción penal, de los que damos cuenta en este trabajo.

La labor que realizamos a continuación no representa un mero compendio de teorías ajenas. La aparente sencillez del sentido de este artículo contrasta, sin embargo, con la meditada reflexión conjunta que

ha requerido. Como hemos indicado, formulamos una propuesta personal de teoría del delito, en la que se enmarca parte de nuestras investigaciones recientes;² en todo caso, como señalara JESCHECK, somos conscientes de que “no hay ninguna teoría del delito que pueda ser más que un proyecto pasajero”³ y, por tanto, la que aquí presentamos no sólo es una propuesta sujeta a crítica sino también a revisión continua.

II. La teoría del delito: toma de posición

La noción de delito es una creación cultural e histórica y, en consecuencia, las notas del concepto dependen del grupo social en el que el término se use. Los rasgos necesarios para que una conducta se considere delito pueden variar de uno a otro ordenamiento y, precisamente por ello, la teoría del delito es una disciplina de ámbito estatal (o, cuando menos, asociada a ordenamientos que comparten tradición jurídico-penal). Esta perspectiva del concepto de delito evidencia desde un primer momento su relatividad; el objetivo de la elaboración del concepto de delito no es, por tanto, registrar un conjunto de atributos que nos permitan afirmar ‘esto es un delito’, sino ‘a esto lo llamamos delito’.⁴

En este sentido, la calificación de un hecho como “infracción penal” no deriva simplemente de confrontarlo con un artículo de la ley penal; al contrario, exige tener en cuenta un conjunto de elementos que, abstraídos de la ley penal, se presentan de forma organizada precisamente en el concepto de delito. Por consiguiente, el concepto material de delito debe estar sólidamente anclado en el ordenamiento que se estudia; en nuestro caso, en el Derecho penal español. Es preciso, por tanto, partir de un concepto formal de delito (delito como “hecho penado por la ley”) que sirva como marco para la construcción de un concepto jurídico-material, mediante la identificación y sistematización de los elementos o requisitos materiales que, conforme a la ley penal positiva, resultan indispensables para poder afirmar la existencia de un delito.

¹ A este respecto, aún resulta reveladora la calificación de las cuestiones penológicas como “muro de lamentaciones de los penalistas”, expresada por HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, traducción y notas de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO, Bosch, Barcelona, 1984, p. 137. Una visión de la teoría de la pena de la que participamos se encuentra en MOLINA BLÁZQUEZ, C. (coord.); ARMENDÁRIZ LEÓN, C.; BELTRÁN NÚÑEZ, A.; GÓMEZ LANZ, J., y OBREGÓN GARCÍA, A., *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*, Bosch, Barcelona, 2005.

² La exposición completa de nuestra propuesta personal sobre la Teoría del Delito se puede hallar en OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, F.J., *Derecho penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.

³ JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de la 4ª ed. alemana por MANZANARES SAMANIEGO, Comares, Granada, 1993, p. 195.

En este apartado se presenta sintéticamente nuestra visión sobre la teoría del delito, que comprende: A) por una parte, una teoría sobre el concepto material general de delito, que resulta de aplicación a los casos normales de responsabilidad penal; B) por otra, una introducción a las formas especiales de imputación de responsabilidad penal que contempla el Código Penal (CP) español; y C) finalmente, la presentación de una teoría unificada de los concursos penales, conclusión —a nuestro juicio— necesaria del proceso de calificación definitiva del hecho punible.

A) El concepto material general del delito

Desde la perspectiva antes enunciada, cuatro son los elementos que la ley penal española exige para poder afirmar la concurrencia de un delito: acción, tipicidad, falta de justificación (elementos que cabe agrupar en uno solo denominado “antijuridicidad penal”) y culpabilidad.

a) La recepción en el artículo 10 CP⁵ español del principio de responsabilidad por el hecho trae consigo, como principal consecuencia sistemática, la congruencia de distinguir la *acción* como primer elemento del concepto material de delito. La definición de los delitos como “acciones y omisiones” justifica examinar, con carácter previo a la tipicidad, si se está ante hechos que, por no ser “acciones” ni “omisiones”, cabe, desde un primer momento, excluir del catálogo de infracciones penales. Así, con la fijación de la acción como primer elemento del concepto material de delito se persigue determinar qué hechos son genéricamente susceptibles de ser típicos y cuáles son sumariamente excluibles del elenco de infracciones penales. La vigencia del principio de legalidad exige proceder a esa delimitación conforme a la ley penal española; en consecuencia, el concepto de *acción* habrá de incluir todos los elementos comunes a la totalidad de tipos penales recogidos en la ley vigente y únicamente aquéllos.

En nuestra opinión, estos elementos son dos, y ambos tienen una importancia determinante: sólo son

genéricamente susceptibles de ser típicos —sólo son “acción”— los hechos (i) externos y (ii) voluntarios. Todas las conductas tipificadas en el CP español de 1995 son hechos externos voluntarios, o, si se prefiere, comportamientos externos y voluntarios.⁶ Mientras que la exigencia de *exterioridad* deja fuera del ámbito de la “acción” los fenómenos mentales (en tanto que son hechos o estados de cosas que, como señala el Diccionario al definir “exteriorizar”, no se hacen patentes, se revelan ni se muestran al exterior), la *voluntariedad* entraña que el desarrollo del hecho exterior ha de depender de la voluntad, esto es, de una respuesta mediada por los centros cerebrales que rigen los aspectos cognitivo y afectivo-emocional del sistema nervioso.

Se trata, pues, de una concepción fundamentalmente objetiva de la acción: el único momento subjetivo es la exigencia de que la conducta sea voluntaria.⁷ Como es sabido, la ubicación sistemática de los aspectos subjetivos de la conducta constituye uno de los tópicos clásicos en el debate sobre el concepto material de delito. A este respecto, aunque en este apartado segundo se esboza nuestra posición, es en el apartado tercero en el que la cuestión se aborda pormenorizadamente.

b) Todo delito es una acción *típica*, esto es, descrita en un específico tipo penal; dicho de otra manera, el tipo es la descripción legal del supuesto de hecho al que se asocia una pena. En línea con lo señalado respecto de la acción, la tipicidad es, en nuestra opinión, un predicado principalmente objetivo; la delimitación legal de los comportamientos típicos recurre primordialmente a elementos que describen objetivamente el proceso causal, aun cuando ocasionalmente se sirve de elementos normativos (que requieren una valoración conforme a normas) y subjetivos (relativos estos últimos al mundo anímico del sujeto). La tipicidad implica una valoración negativa de la conducta respecto de la que se predica: esa valoración negativa —ese (des)valor— se fundamenta en que la conducta tipificada constituye, en

⁴ Cfr. BUENO ARÚS, F., *La Ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, Civitas, Madrid, 2005, p. 69.

⁵ Artículo 10 CP: “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”.

⁶ Cfr. GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 153 y ss.

⁷ Ciertamente, la adjetivación de la conducta como “voluntaria” no resulta suficiente por sí misma para caracterizar el concepto de acción defendido, razón por la que se ha precisado que tal voluntariedad se entiende como la dependencia de los centros cerebrales que rigen los aspectos cognitivo y afectivo-emocional del sistema nervioso. Por ejemplo, diverso es el uso que del término “voluntariedad” hacen LANDECHO VELASCO, C.M., y MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho penal español. Parte General*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 235 y ss., quienes, recuperando la distinción escolástica entre lo voluntario in se y lo voluntario in causa, extienden la referencia del término “voluntario” hasta abarcar el contenido de la voluntad del sujeto (contenido que comprende tanto lo que el sujeto quiso conseguir como lo que pudo evitar y no evitó).

Otra propuesta de teoría del delito

opinión del legislador, un ataque (lesión o puesta en peligro) a bienes jurídicos fundamentales. De este modo, la tipicidad penal se sustenta en la lesividad de la acción para los bienes tutelados por el Derecho penal y no en la infracción consciente y voluntaria (esto es, dolosa) de un mandato legal. Más allá de la voluntariedad necesaria para poder hablar de acción, la tipicidad penal no demanda la constatación de una voluntad de infringir de modo consciente la ley penal (no exige examinar si la acción se ha realizado o no de forma dolosa).

Aun cuando en el apartado siguiente se abordará esta cuestión con mayor profundidad, cabe ya anticipar que esta concepción principalmente objetiva de la tipicidad se fundamenta en razones jurídicas concretas, entre las cuales cabe destacar las siguientes: (i) la caracterización general de la antijuridicidad en el ordenamiento jurídico español como el resultado de la existencia objetiva de una infracción, sin atender, por tanto, a la voluntad del sujeto de quebrantar la ley; (ii) la vinculación de la culpabilidad como elemento del delito con el principio de culpabilidad (que comprende, precisamente, el principio de responsabilidad subjetiva); y (iii) la caracterización legal de la imputabilidad en el CP español, que, por aludir a la capacidad intelectual como antecedente o presupuesto de la capacidad volitiva, apunta a una configuración del contenido del dolo que conduce a su inserción en el elemento de la culpabilidad.⁸

c) La tipicidad es la nota que caracteriza esencialmente a las conductas contrarias al ordenamiento penal, pero no es suficiente por sí misma para afirmar la antijuridicidad penal. Para ello es preciso, además, que la acción típica no se halle justificada (esto es, que no concurren causas de justificación). La *falta de justificación*, por tanto, expresa la ausencia de un permiso específico para realizar la acción típica, permiso que el legislador concede cuando estima que concurre un interés (i) cuya protección entra en conflicto con el bien jurídico tutelado por el tipo y (ii) cuyo valor es superior al de este último. Es cierto que la falta de justificación no contribuye en sentido estricto a la fun-

damentación de la antijuridicidad penal (ya que la contrariedad con el Derecho penal se manifiesta de forma completa en la tipicidad), pero, desde el punto de vista de la comprobación del injusto penal, la tipicidad es un juicio provisional de antijuridicidad penal que sólo se torna definitivo si se confirma la falta de justificación.

Dos son las causas de justificación que contempla el CP español: la legítima defensa y el estado de necesidad justificante de los apartados 4º y 5º del artículo 20 CP.

Las eximentes recogidas en el apartado 7º del artículo 20 CP español (cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), identificadas habitualmente como causas de justificación, deben, a nuestro juicio, considerarse como causas que excluyen la relevancia penal de la conducta y, por tanto, la tipicidad. La razón para ello es que en los supuestos que hallan cobijo bajo estas causas existe una obligación o una autorización de carácter genérico para la realización de la conducta, y no un permiso específico resultante de una ponderación de intereses (como en las causas de justificación).⁹ La conformidad con el ordenamiento jurídico es en estos casos un juicio lógicamente previo, que se formula por parte de otro sector del ordenamiento y que precede a la eventual consideración de su relevancia penal.

En el mismo sentido, los supuestos de libre disposición de un bien jurídico disponible por parte de su titular (que la doctrina, haciendo uso de la figura del “consentimiento”, ha considerado usualmente como supuestos de justificación suprallegal) también hallan, en nuestra opinión, su mejor acomodo sistemático entre las situaciones de falta de tipicidad. En estos casos, sin embargo, la razón es otra: cuando el titular de un bien jurídico disponible aprueba, con carácter previo, su lesión o puesta en peligro, no cabe hablar de un ataque jurídicamente desvalorado al bien jurídico y no se origina, consiguientemente, el desvalor de resultado asociado a la tipicidad.¹⁰ Esta eficacia de la libre disposición tiene lugar, a nuestro juicio, aun cuando el tipo

⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 256 y ss.

⁹ Sobre esta cuestión, vid. TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, traducción de ABANTO VÁSQUEZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 156 y ss., quien acude a este criterio para valorar los distintos efectos sistemáticos de las llamadas “prohibiciones preventivas con reserva de permiso” y las denominadas “prohibiciones represivas con reservas de exoneración”.

¹⁰ Cfr. ROXIN, C., *Derecho penal. Parte general. I*, trad. de la 2ª ed. alemana por LUZÓN PEÑA, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997, pp. 519 y ss. En España, cfr. DE LA GÁNDARA VALLEJO, B., *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, y SEGURA GARCÍA, M.I., *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal: naturaleza y eficacia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

penal no indique nada al respecto, produciéndose las únicas excepciones cuando el tipo atribuye relevancia penal a la realización de la conducta también en los casos en los que el titular del bien jurídico aprueba su lesión o puesta en peligro (lo que equivale a catalogar el bien jurídico como bien indisponible, al menos en las condiciones descritas en el tipo).

A la vista de lo indicado hasta ahora, es posible identificar la *antijuridicidad penal* como primer macro-elemento del concepto material de delito, compuesto, como elemento básico, de la *tipicidad* y, como elementos periféricos, de la *acción* y de la *falta de justificación*. La tipicidad es el elemento crucial, el que permite determinar qué hechos constituyen un ilícito penal, fundamenta la antijuridicidad penal y la específica dentro del género de la antijuridicidad. Pero el juicio de tipicidad presupone la existencia de hechos susceptibles genéricamente de ser típicos (la *acción*) y demanda, como complemento para afirmar la antijuridicidad penal, un examen de la ausencia de permiso jurídico específico para ejecutar la acción típica (la *falta de justificación*). Al objeto de resumir en una sola palabra el concepto de *acción típica no justificada*, podemos acudir al término empleado habitualmente: “*injusto*”; *injusto* es el sustantivo que designa al hecho del que se ha predicado el atributo de la antijuridicidad penal, es decir, a la conducta penalmente antijurídica. Y, en tanto que acción que ofende bienes jurídicos de forma injustificada, el injusto, la acción penalmente antijurídica, fundamenta la responsabilidad penal del sujeto que lo realiza.

d) Ahora bien, el Derecho penal, por constituir el instrumento más intenso y poderoso de los que dispone el Estado, exige, para *ponerse en marcha*, más requisitos que otras ramas del ordenamiento jurídico. Como se ha visto, el Derecho penal no construye el juicio de antijuridicidad (penal) sobre bases distintas a las del resto del Derecho, pero demanda algo más para imponer la sanción penal. Ese *algo más* —simplificando mucho— se halla en el ámbito de la culpabilidad. Así, para aplicar una pena, se precisa, además

de un injusto grave, que el sujeto que lo realiza se relacione de cierta forma con su conducta ilícita, esto es, (i) que reúna determinadas condiciones (*imputabilidad*), (ii) que su voluntad haya envuelto de determinada manera la perturbación del bien jurídico (*dolo*, como contenido de la voluntad) y (iii) que se halle en una situación normal (*exigibilidad de una conducta distinta*). Estos requisitos adicionales, necesarios para imponer una sanción penal, no se exigen —al menos no siempre ni totalmente ni de forma idéntica— para imponer otras sanciones jurídicas: la *nota diferencial* del delito respecto de otras infracciones jurídicas es, por tanto, la culpabilidad, elemento que recoge los requisitos *subjetivos* que son propios, privativos o singulares del delito como objeto del Derecho penal.

d1) En atención a lo establecido por el artículo 20 CP español, el concepto de *imputabilidad* acogido en el Derecho penal español incluye tanto la *capacidad para comprender* la ilicitud del hecho (es decir, la significación antijurídica de los propios actos) como la capacidad para *dirigir* la propia actuación conforme a esa comprensión. Es, en consecuencia, una concepción que parte del libre albedrío como fundamento de la culpabilidad, pues la capacidad de actuar conforme a la comprensión de lo ilícito del hecho presupone la capacidad de actuar de otro modo y, por tanto, la *libertad* de voluntad. Aun cuando se trata de una caracterización discutida de la imputabilidad (criticada por tesis deterministas que cuestionan la idea del libre albedrío),¹¹ su respaldo legal parece indiscutible, pues constituye la base sobre la que el artículo 20 CP español construye las causas de inimputabilidad (la apreciación de una causa de inimputabilidad se sostiene, según los apartados 1º y 2º del artículo 20 CP, sobre la incapacidad del sujeto para “comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”).¹²

d2) Una vez verificado que el autor goza de la capacidad suficiente para imputarle personalmente la realización del injusto penal, es preciso examinar, como segundo elemento de la culpabilidad, que tanto su conocimiento como su voluntad abarcan íntegramente

¹¹ Una exposición minuciosa del debate sobre la cuestión se puede hallar en MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIII, 2000, en particular pp. 209 y ss., trabajo en el que es destacable la propuesta del propio autor de conciliar el determinismo con la libertad como fundamento de la culpabilidad penal con apoyo en la diferenciación entre una perspectiva externa (la de un hipotético observador externo omnisciente, según la cual el mundo es una concatenación de fenómenos causales sin margen para la libertad) y una perspectiva interna (la del ser humano inmerso en el curso causal, en la que el reconocimiento mutuo de nuestra condición de personas obliga a “detener la indagación causal” en las razones internas que manejamos al deliberar sobre nuestra actuación).

¹² ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “El principio de culpabilidad en las reformas penales”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 1095.

Otra propuesta de teoría del delito

la realización de la conducta penalmente antijurídica. Cuando así ocurre, cabe afirmar que el autor del injusto penal obra con *dolo* y que, en consecuencia, le resulta reprochable la realización del injusto penal. El dolo es, en este sentido, el auténtico objeto y fundamento de la culpabilidad sobre el que recae el juicio de reproche en el que ésta consiste. Un reproche, por tanto, que se dirige al sujeto por haber querido realizar el injusto penal; tanto la imputabilidad como la exigibilidad de una conducta distinta son, a este respecto, elementos secundarios de la culpabilidad.

El dolo supone *conocer* que se está realizando el tipo de injusto y *querer* realizarlo. Consta, por tanto, de dos elementos: (i) *intelectivo*: conocimiento de los elementos de la acción típica y de la significación antijurídica de ésta; y (ii) *volitivo*: voluntad de realizar el tipo de injusto. La extensión del elemento intelectual del dolo al conocimiento de la significación antijurídica de la acción típica aproxima el concepto ofrecido a la noción de *dolus malus* del neoclasicismo, que diverge en este punto del *dolus naturalis* del finalismo.¹³

No obstante, la inclusión en el dolo del conocimiento de la significación antijurídica no deriva de una preferencia personal por una u otra sistemática, sino de la elaboración del concepto a partir de los presupuestos que la ley exige para imponer la pena: como se precisará en el siguiente apartado (en el que se desarrollará con más detalle nuestra toma de posición sobre la naturaleza del dolo), el concepto de imputabilidad al que se acaba de hacer referencia revela una configuración del contenido intelectual del dolo que comprende la conciencia de la antijuridicidad. Como consecuencia de esta concepción del dolo, todos los supuestos de error propio (ya sean de tipo o de prohibición) regulados en el artículo 14 CP español constituyen casos de ausencia o déficit de dolo que afectan a la culpabilidad como elemento del delito.

d3) En todo caso, tampoco la presencia de dolo es definitiva para afirmar la culpabilidad del sujeto, dado que el ordenamiento recoge casos excepcionales en

los que el autor de un injusto penal resulta exonerado del correspondiente reproche pese a que realiza tal injusto con dolo. Esta situación se produce cuando en los hechos concurren circunstancias anormales que, conforme a la ley, permiten *disculpar* la realización del injusto penal. En estos casos (en los que falta la *exigibilidad de una conducta distinta*), la ley toma en consideración la anormalidad de la situación para negar la culpabilidad del sujeto, aun estando presentes los requisitos genéricos (la imputabilidad y el dolo) para ser culpable.¹⁴

La concurrencia de estos tres elementos (imputabilidad, dolo y exigibilidad de una conducta distinta) en la persona del responsable del hecho es objeto de una desvaloración jurídica adicional a la ya expresada en la antijuridicidad penal. Mientras que la valoración negativa del injusto penal recae de forma objetiva sobre una conducta que ataca un bien jurídico, la valoración negativa del injusto penal *culpable* tiene que ver, en cambio, con el reproche que se dirige al responsable de la realización de esa conducta previamente desvalorada por haber querido realizarla.

Antijuridicidad penal y culpabilidad determinan, pues, la existencia de un delito. La antijuridicidad penal fundamenta la responsabilidad penal y concreta la gravedad del ilícito del que se debe responder; la culpabilidad constituye un filtro que modula (o niega) la imputación de esa responsabilidad penal al sujeto, estableciendo en qué medida y hasta qué punto éste ha de responder del injusto realizado.¹⁵

e) No obstante, el examen de algunas previsiones del CP español lleva a un conjunto relevante de autores a plantear la necesidad de un elemento adicional —la *punibilidad*— para poder afirmar la existencia de un delito. Este elemento añadiría a las exigencias propias de la antijuridicidad penal y de la culpabilidad, la efectiva asignación de una pena, por parte del legislador, a la acción típica, no justificada y culpable.

Desde los presupuestos que se han asumido, la atribución de este contenido a la punibilidad no puede

¹³ En relación con la evolución del concepto de dolo en el Derecho penal español y su delimitación de la imprudencia, vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 247 y ss.

¹⁴ Cfr. CUERDA ARNAU, M.L., El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 77 y ss.

¹⁵ Haciendo uso de la metáfora de la culpabilidad como filtro que describe HORN, cabe decir que “la culpabilidad es sólo un cedazo por el que tiene que pasar, en su camino a la medida de la pena, el quantum — único relevante— de lo injusto; con la medida de la culpabilidad sólo se determina el espesor de la malla del cedazo; con ‘escasa culpabilidad’ queda retenido ‘mucho injusto’ y la medida de la pena resulta relativamente pequeña; con ‘plena culpabilidad’ queda adeudado en cuenta, al determinar la pena, todo lo injusto realizado” (citado en GIMBERNAT ORDEIG, E., “El sistema del Derecho Penal en la actualidad”, en *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1980, p. 148).

sino sorprender. Si se acepta como punto de partida un concepto formal de delito como “hecho penado por la ley” con vistas a identificar y sistematizar los elementos materiales que han de concurrir en un hecho para que la ley imponga una pena, no es asumible señalar precisamente “la asignación legal de una pena” como uno de esos elementos. Los defensores de la autonomía de la punibilidad como elemento del delito aducen la existencia de situaciones (ciertamente, residuales) en las que —opinan— existe acción típica, no justificada y culpable, pero no se impone una pena por razones de política criminal. Sin embargo, la investigación detenida de la naturaleza de estos supuestos (normalmente designados como causas de exclusión de la punibilidad) permite comprobar que se trata de un conjunto heterogéneo de casos, susceptibles de un tratamiento diferenciado, y que, por resultar reconducibles a otras categorías,¹⁶ no demandan la individualización de un elemento del delito agregado a la antijuridicidad penal y a la culpabilidad.

Dentro de este grupo de casos, y dada la relevancia que han adquirido recientemente, merece la pena destacar el debate referente a la caracterización dogmática de ciertos hechos posdelictivos positivos cuya producción origina no ya la atenuación de la responsabilidad penal, sino la renuncia legal a la exigencia de esta última.¹⁷ La opinión más tradicional, con el respaldo de la referencia legal en estos casos a la “exención” de responsabilidad penal (expresión idéntica a la empleada en el artículo 20 CP español), calificaba este tipo de hechos como “excusas absolutorias” que impedían la aparición de responsabilidad penal por faltar precisamente la punibilidad como elemento integrante de la infracción penal materialmente considerada.¹⁸ Más tarde, la doctrina española, importando una distinción habitual en la doctrina alemana, comenzó a diferenciar entre circunstancias concu-

rrentes en el momento de comisión de la conducta típica (como la condición de pariente en los términos descritos en el artículo 268 CP) y circunstancias que necesariamente operan con posterioridad al hecho. Tanto unas como otras afectan también, según esta línea doctrinal, a la punibilidad, pero mientras que las primeras impiden el surgimiento de responsabilidad penal, las segundas provocan la desaparición retroactiva de una punibilidad ya surgida.¹⁹ Para estas segundas causas de exclusión de la punibilidad —netamente posdelictivas— esta doctrina propuso emplear la denominación “causas de levantamiento de la pena”.²⁰

Si se examinan las características que se atribuyen doctrinalmente a esta categoría, se puede advertir que coinciden con los rasgos identificativos de las causas de extinción de la responsabilidad penal previstas en el artículo 130 CP español: así ocurre con su localización temporal (acontecen después de la realización del hecho), su disociación del injusto culpable, su carácter personal (no benefician a los otros intervinientes en la realización del hecho) y, especialmente, con sus efectos (liberación o supresión de la pena). En este escenario, si bien es cierto que las “causas de levantamiento de la pena” constituyen, en la actualidad, la categoría predilecta de los autores para ubicar el comportamiento posdelictivo positivo que da lugar a la renuncia estatal a la imposición de una pena, no se advierte, a nuestro juicio, la utilidad de importar una institución de origen doctrinal y ajena a nuestra ley penal con el propósito de identificar un subconjunto de circunstancias que comparten todos los atributos definitorios de una institución legal propia de nuestro ordenamiento. Creemos, en conclusión, que la calificación jurídica de este fenómeno debe articularse a través de la categoría de causas de extinción de la responsabilidad criminal.²¹

¹⁶ Así, mientras que las denominadas “causas personales” de exclusión de la punibilidad constituyen, en realidad, meros óbices procesales para la persecución del delito, entre los supuestos que tradicionalmente se han agrupado en las “excusas absolutorias” se incluyen casos de falta de tipicidad (como ocurre con las sustracciones entre parientes del artículo 268 CP español) o de desistimiento o arrepentimiento activo (como algunos supuestos de revelación de la rebelión o sedición contemplados en los artículos 480.1 y 549 CP español).

¹⁷ Es el caso de los supuestos recogidos en los artículos 305.4, 307.3, 308.5, 354.2, 426, 462 y 225 bis.4º del CP español.

¹⁸ HIGUERA GUIMERA, J.F., *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 27 y ss., y GÓMEZ RIVERO, M.C. (dir.), *Nociones fundamentales...*, op. cit., pp. 320 y ss.

¹⁹ FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Punibilidad y proceso penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 10, 2008, p. 14.

²⁰ FARALDO CABANA, P., *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 44 y s. Para el caso específico de la regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social, vid. BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en el delito de defraudación a la seguridad social*, publicado en <http://eprints.ucm.es/30963/1/T36183.pdf>, pp. 211 y ss.

²¹ Con más detalle, vid. OBREGÓN GARCÍA, A., y GÓMEZ LANZ, F.J., “La reparación del bien jurídico como medio de resolución del conflicto penal”, en *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 123 y ss.

Otra propuesta de teoría del delito

B) Formas especiales de responsabilidad penal

Para concluir esta presentación general, es preciso, por último, aludir a aquellos supuestos en los que la previsión de responsabilidad criminal no se asocia a la presencia de un “delito” configurado en los términos que se acaban de describir (esto es, de un injusto culpable con todos los elementos indicados). El CP español contempla casos que, pese a los esfuerzos desarrollados por la doctrina penal para reconducirlos a los parámetros generales de imputación de responsabilidad criminal, no pueden integrarse en el concepto general de delito sin alterar su configuración legal. En nuestra opinión, en lugar de forzar su incorporación a la teoría general, es preferible mantener la coherencia de las categorías ordinarias y considerar que tales casos constituyen *situaciones excepcionales* en las que la imputación de responsabilidad penal entraña presupuestos distintos. Estas situaciones se caracterizan así por la atribución de una pena (y, por ende, de responsabilidad criminal) a sujetos que realizan conductas en las que resulta apreciable algún déficit en los elementos que integran el concepto de delito.

Así ocurre en los siguientes casos:

(i) en las *tentativas de delito* y en la *participación en el delito*. En las primeras se observa una carencia en la tipicidad (ya que están presentes todos los elementos de la conducta típica que, por ello, no se ve consumada) que conduce a que la ley asocie al comportamiento una reducción de la pena prevista en el tipo delictivo. En el caso de la participación, el sujeto no realiza el tipo específico de ningún delito, sino un tipo de carácter *genérico* para todos los partícipes de la misma clase que es, además, accesorio al tipo realizado por el autor. Esta accesoriedad del tipo (y, consiguientemente, del injusto penal) origina una situación de dependencia de la responsabilidad penal del partícipe respecto de la responsabilidad penal del autor, que se articula prácticamente a través de principios como el de “unidad del título de imputación” y el de “accesoriedad”;

(ii) en los *delitos imprudentes*, en los que se observa un déficit de culpabilidad derivado de la ausencia de dolo que la ley penal “compensa” con una exigencia

adicional en el plano de la tipicidad (la necesidad de que se haya producido una infracción del deber de cuidado).²² Por la relevancia teórica y práctica de estos supuestos, el tercer apartado de este trabajo se dedica a la presentación de la propuesta que se defiende sobre el tratamiento dogmático de la responsabilidad penal por imprudencia; y

(iii) finalmente, en la *responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, que no viene asociada a la consideración de las personas jurídicas como posibles sujetos activos de las conductas típicas, sino que resulta de la comisión de un delito por una persona física con un vínculo especial con la persona jurídica. Así, el apartado 1 del artículo 31 *bis* CP español establece *dos situaciones* en las que una persona jurídica puede incurrir en responsabilidad penal: (a) cuando un representante legal de la persona jurídica o una persona que, actuando individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica, está autorizada para tomar decisiones en nombre de ésta u ostenta facultades de organización y control dentro de ésta, comete un delito en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en beneficio directo o indirecto de esta última; y (b) cuando una persona física distinta de las anteriores, pero sometida a su autoridad (fundamentalmente, un empleado), comete un delito en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, siempre que el hecho se haya podido realizar porque, atendidas las concretas circunstancias del caso, las personas indicadas en el apartado (a) hubieran incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad. Se trata, de este modo, de un régimen extraordinario de imputación fundado, al menos parcialmente,²³ en la responsabilidad por el hecho ajeno, por lo que su tratamiento ha de ser independiente del modelo estándar de responsabilidad penal.

C) Teoría de los concursos penales

La calificación jurídica de un hecho que reviste los caracteres de delito, así como la configuración de la responsabilidad criminal que éste genera, deberían poderse considerar ya agotadas con el análisis de todos

²² La consideración del “delito de comisión imprudente” como una “forma especial de manifestación de la acción punible” aparece ya en JESCHECK, H.H., y WEIGEND, T., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, trad. de la 5ª ed. alemana por OLMEDO CARDENETE, Comares, Granada, 2002, pp. 603 y ss.

²³ Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Viejo y nuevo Derecho penal*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 169 y ss.

los aspectos examinados anteriormente, que de modo habitual completan los estudios doctrinales sobre la teoría del delito. Sin embargo, en ocasiones —más bien cabría decir casi siempre— una conducta relevante penalmente puede subsumirse en varias normas penales, reguladoras de otras tantas figuras delictivas, y se requiere decidir si se aplican todas, algunas o sólo una de ellas. Para la calificación definitiva del hecho punible se hace preciso, entonces, dar un paso más, que sí puede considerarse concluyente: la determinación de la norma o normas aplicables al hecho. Ésta es la cuestión fundamental que se sustancia en la llamada teoría de los concursos penales y cuyo examen, si bien suele presentarse dividido entre la teoría de la ley penal (los concursos de normas o de leyes) y la teoría del delito y/o la teoría de la pena (los concursos de delitos), debe ser objeto de tratamiento unitario, hasta el punto de constituir el corolario imprescindible de una teoría del delito integral.²⁴

En los problemas concursales la cuestión esencial radica en determinar la norma o normas aplicables al supuesto, ya sea una sola de las concurrentes, ya sea un conjunto de las mismas. Esta identificación resulta trascendental para la calificación jurídica del hecho o hechos cometidos y, consecuentemente, para la medición de la responsabilidad criminal contraída.²⁵ Es el artículo 8 CP español, en los preceptos referentes a la aplicación de la ley penal, el destinado a describir el fenómeno concursal y disciplinarlo básicamente. En este precepto el legislador marca un método de proceder, cuya meta consiste, como en todo problema de determinación de la gravedad de la responsabilidad criminal, en el logro de la proporcionalidad: i) en primer término, el citado artículo 8 CP define el concepto de concurso: cualquier supuesto que incluya un hecho o varios “susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos” del Código Penal; ii) seguidamente, determina cuáles son las normas de aplicación preferente: los artículos 73 a 77 CP español, que generalmente se identifican como las reglas concernientes a los concursos de delitos, y que presuponen que el hecho o hechos cometidos constituye o constituyen dos o más infracciones penales; iii) a continuación,

para el caso de que no pueda calificarse el concurso como de delitos, preceptúa una serie de normas subsidiarias: las cuatro reglas del artículo 8 CP, que se corresponden con los llamados concursos de normas o de leyes (ya que, al no haber más que una infracción, sólo es aplicable una de las normas en concurso); iv) y, finalmente, establece una relación de dependencia interna entre las reglas relativas al concurso de normas: éste se resuelve acudiendo, *prima facie*, a las tres primeras reglas definidas en el artículo 8 CP (conocidas como relaciones de especialidad, subsidiariedad y consunción), orientadas a determinar la norma capaz de captar por sí sola todo el desvalor del hecho; pero, “en defecto de los criterios anteriores”, se atiende a la regla que dispone que se aplique el precepto penal más grave (denominada frecuentemente regla de alternatividad).

Este orden de prelación se fundamenta en el principio de íntegra valoración del hecho, trasunto del principio de proporcionalidad, según el cual la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico (del injusto), así como al grado de culpabilidad. La consecuencia penológica del concurso debe perseguir captar al máximo el desvalor de la conducta, por lo que si el hecho constituye dos o más infracciones, que deben ser apreciadas para valorar íntegramente ese desvalor, hay que dirigirse, inicialmente, al concurso de delitos; pero si no puede considerarse que el hecho constituye dos o más infracciones —principalmente, como en seguida se aclarará, a consecuencia del significado y exigencias del principio *non bis in idem*—, habrá que comprobar si uno solo de los preceptos capta todo el desvalor del hecho, lo que lo convertirá en el precepto aplicable (y en ese caso el principio de proporcionalidad se satisface íntegramente), y si no, se necesitará aplicar el precepto que capte una mayor cantidad de desvalor (con lo que el principio de proporcionalidad se satisface en la máxima medida posible).

En este sistema diseñado por el CP español, constituye momento esencial, pues, el de la resolución del dilema entre la aplicación de las reglas de los concursos de delitos o las del concurso de normas.

²⁴ Resalta también esta conexión ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Comares, Granada, 2004, pp. 102 y ss.

²⁵ La vinculación del concurso de delitos con la teoría de la pena ha sido más destacada que en el caso del concurso de leyes; sobre la ubicación de la teoría del concurso de delitos — entre la teoría del delito y la de la pena—, cfr., entre otros, SANZ MORÁN, A., *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid, 1986, pp. 20 y ss.

Otra propuesta de teoría del delito

La base de la aplicación de las reglas concursales propias del concurso de delitos es, como se ha comentado, la afirmación de la existencia de más de una infracción. La concurrencia de este presupuesto reclama, al menos, dos condiciones: una positiva, la pluralidad de realizaciones típicas (el hecho debe ser subsumible en varios tipos), y otra positiva-negativa, la pluralidad de infracciones, lo que, en opinión de la doctrina mayoritaria, implica la ausencia de vulneración del principio *non bis in idem*.

Desde la STC 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981\2), el Tribunal Constitucional viene reconociendo que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad penal en materia penal y sancionadora; este principio, de acuerdo con el pronunciamiento del citado Tribunal, veda la imposición de una dualidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Pero puede añadirse algo más: como expone GARCÍA ALBERO,²⁶ la consecuencia de la imposibilidad de una doble sanción con idéntico fundamento por un mismo hecho viene ligada materialmente a la prohibición de una doble valoración de ese hecho; el principio *non bis in idem* no sólo supone que no se puedan imponer dos sanciones por el mismo hecho, sino también que no se puede valorar dos veces el mismo elemento.

Por tanto, el principio *non bis in idem* queda conculcado si se aprecia la existencia de dos infracciones diferentes y, consecuentemente, se aplican las reglas del concurso de delitos, cuando los preceptos en concurso valoran un mismo elemento del hecho. En otras palabras, si una parte nuclear de injusto es común a los preceptos concurrentes —que describen los delitos cuya aplicación se pretende—, debe negarse la afirmación de una pluralidad de infracciones y excluirse la apreciación de un concurso de delitos. Y esa interferencia relevante se produce, al menos, cuando el bien jurídico protegido en los distintos preceptos es el mismo (o son dos que se hallan estrechamente vinculados, como vida y salud), de tal modo que el desvalor de resultado (el ataque al bien jurídico), en el caso concreto, resulta total o parcialmente coincidente.

De esta manera, en caso de que no sea posible la íntegra valoración del hecho sin conculcar el principio *non bis in idem*, tanto éste como otros principios

informadores del Derecho penal obligan a rechazar cualquier solución que implique un exceso punitivo y a dirigir necesariamente la solución del problema hacia las reglas previstas en el artículo 8 CP español para el concurso de normas, que procurarán a su vez la valoración completa del hecho, aunque no sea plena.

III. Toma de posición sobre la naturaleza del injusto, del dolo y de la responsabilidad penal por imprudencia

Por su naturaleza de núcleo y fundamento del injusto penal, las características que cualquier teoría dogmática atribuye al elemento de la tipicidad prefiguran de modo esencial la defensa de uno u otro concepto material de delito. En este sentido, pese a la cada vez menor repercusión de la disputa filosófica subyacente a la controversia entre el neoclasicismo y el finalismo,²⁷ persiste en cambio la actualidad del principal debate sistemático entre estas dos corrientes: la discusión entre una perspectiva principalmente objetiva de la tipicidad (asociada a la consideración del dolo y la imprudencia como formas de la culpabilidad) y un concepto personal del injusto (determinante de la incorporación del dolo y la imprudencia al denominado “tipo subjetivo”). Es fácil colegir cómo la adopción de una u otra concepción de la tipicidad da lugar, a su vez, a una diferente caracterización tanto de la culpabilidad como del delito en su conjunto.

A) Toma de posición sobre la naturaleza (objetiva o subjetiva) del injusto

Como se ha adelantado en el anterior apartado, creemos que, en el contexto de esta polémica, resulta más asumible una concepción predominantemente objetiva del tipo, próxima a la propuesta neoclásica, en la que la presencia de elementos subjetivos en la descripción de la conducta se contempla como una situación excepcional y, en todo caso, dependiente de una decisión legislativa en tal sentido. El fundamento último de esta posición, como también se ha indicado ya, radica en la adscripción a la tipicidad de una valoración negativa conectada con el carácter lesivo para el bien jurídico que la ley atribuye a la conducta tipificada.

²⁶ GARCÍA ALBERO, R., “Non bis in idem” *material y concurso de leyes penales*, Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 228 y ss.

²⁷ Sobre la discusión entre ambas escuelas, *vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho penal. Introducción*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pp. 481 y ss.

Resulta innegable que no es ajena a esta configuración objetiva de la tipicidad una cierta predilección por enfatizar, como misión última del Derecho penal, la tutela de bienes jurídicos frente a la determinación de la conducta ciudadana. No obstante, existen a nuestro juicio razones estrictamente técnico-jurídicas que la respaldan; es pertinente en este momento proceder a una explicación algo más detallada de estas razones, que ya fueron objeto de enunciación en el apartado anterior.

Una concepción principalmente objetiva de la tipicidad se apoya, en primer lugar, en la *caracterización general de la antijuridicidad* en el ordenamiento español. En este sentido, más allá del Derecho penal, cabe afirmar que, con carácter general, la ilicitud (la antijuridicidad) no depende en otras ramas del ordenamiento jurídico de la voluntad del sujeto de quebrantar la ley, sino de la existencia objetiva de una infracción.²⁸

Es indudable, no obstante, que, dentro del ordenamiento jurídico, el Derecho penal ocupa una posición singular, tanto por la cualidad como por la intensidad de las consecuencias que asocia a la infracción. Esta singularidad no entraña una *forma diferente* de construir la *antijuridicidad*, pero sí determina que la *ilicitud no sea suficiente* para acordar la aplicación de la consecuencia jurídica prevista. A diferencia de lo que ocurre en otros sectores del ordenamiento, la imposición de la pena requiere, como ya se ha indicado, algo más que la antijuridicidad penal, *algo más* que tiene que ver con la existencia de una determinada relación del sujeto con su acción penalmente antijurídica y que se traduce en la exigencia de *culpabilidad* (y, en particular, de dolo) como elemento del delito adicional al injusto penal. Esta exigencia de culpabilidad distingue al Derecho penal del resto de ramas del ordenamiento

jurídico, aunque, ciertamente, la diferencia se ha comenzado a diluir merced a la extensión paulatina del principio de culpabilidad a todo el ordenamiento.

Ciertamente, esta demanda de un ingrediente adicional para la intervención penal puede intentar articularse mediante la reformulación en clave subjetiva de la categoría de la ilicitud en el Derecho penal; ésta es, precisamente, la consecuencia sistemática del concepto personal del injusto y de la inclusión del dolo en el tipo como tipo subjetivo. A nuestro juicio, es, sin embargo, más congruente que la exigencia añadida del Derecho penal se manifieste en el elemento de la culpabilidad y no en la subjetivización de la antijuridicidad. Y ello, fundamentalmente, por cuanto lo que hasta el momento se ha venido denominando “ingrediente adicional” o “exigencia añadida” para la imposición de las consecuencias penales constituye el *corolario sistemático del contenido fundamental del principio de culpabilidad*: los principios de *responsabilidad subjetiva* y de *imputación personal*. Traducir una de estas dos exigencias (el principio de responsabilidad subjetiva) en una subjetivización de la antijuridicidad —como defiende el concepto personal del injusto— supone no sólo postular una diferencia entre la ilicitud específicamente penal y la ilicitud en el resto de sectores del ordenamiento jurídico, sino disociar innecesariamente el elemento de la culpabilidad del principio del mismo nombre.²⁹

Adicionalmente, es preciso considerar que una subjetivización de la antijuridicidad comportaría *vaciar de contenido el elemento de la culpabilidad*, pues a la reivindicación de la inserción del dolo en el tipo debería seguir, en buena lógica, la incorporación de la imputabilidad al injusto. Ésta sería la conclusión más plausible teniendo en cuenta que a la afirmación de la realización consciente y voluntaria de la

²⁸ Esta situación era ilustrada de forma manifiesta por el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 6 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que señalaba en su apartado 1º que “sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”. Aunque esta referencia concreta no ha sido recogida por la Ley 39/2015, de 1º de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (que deroga la referida Ley 30/1992 y entrará en vigor el próximo 2 de octubre de 2016), también esta última establece previsiones que apuntan claramente a una caracterización objetiva de la ilicitud: en este sentido, pueden destacarse la incorporación de la exigencia de dolo y culpa en un precepto distinto (art. 28) al que proclama (art. 27) el “principio de tipicidad” y la referencia en el artículo 29 a la “existencia de intencionalidad” en conexión con el “grado de culpabilidad”.

²⁹ La conexión existente entre el principio de culpabilidad y la exigencia adicional específica del Derecho penal se ve asimismo reflejada en la relativa modernidad de la consagración definitiva del principio de responsabilidad subjetiva (aspecto básico del principio de culpabilidad). Así, contrasta la permanencia hasta época reciente en los textos punitivos de vestigios del principio *versari in re illicita* (que reivindicaba la imputación al agente de cualquier resultado causalmente vinculado con sus actos ilícitos) con la raigambre de los principios ligados a la antijuridicidad penal (como los de legalidad y humanidad, que aparecen ya formulados en el siglo XVIII, o el de exclusiva protección de bienes jurídicos, apuntado por Beccaria cuando habla del “daño a la sociedad” como “verdadera medida de los delitos” [vid. BECCARIA BONESANA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. DE LAS CASAS, J.A., Comares, Granada, 2008, p. 15]).

Otra propuesta de teoría del delito

acción típica (dolo) debe preceder indiscutiblemente la comprobación de la capacidad del sujeto para obrar con la conciencia y voluntad que demanda la imputación penal (imputabilidad). Si la imputabilidad es la capacidad de “comprender la ilicitud del hecho” y de “actuar conforme a esa comprensión”, y el dolo es la actualización de esas capacidades en la realización —con esa comprensión y esa voluntad— de la conducta, la afirmación de la existencia de dolo (de dolo válido a efectos de la imputación penal) no es posible sin una previa verificación de la capacidad para actuar dolosamente. En este sentido, la incorporación al tipo de la práctica totalidad del contenido tradicionalmente asociado a la culpabilidad privaría de sentido a la propia noción de “tipo” e incluso a la división del delito en elementos.³⁰

Pero, además, como ya se apuntó en el anterior apartado, el *concepto de imputabilidad que maneja el CP español* apunta a una configuración del contenido del dolo que conduce a su inserción en el elemento de la culpabilidad. Así, si se observan las eximentes recogidas en los apartados 1º a 3º del artículo 20 CP español puede comprobarse cómo la inimputabilidad resulta de la incapacidad del sujeto para “comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”.

Esta noción de imputabilidad alude a la capacidad intelectual (capacidad para comprender la ilicitud del hecho) como antecedente o presupuesto de la capacidad volitiva (capacidad de actuar *conforme a* esa comprensión). Esto supone que el examen de la capacidad volitiva no atiende sin más a la posibilidad de actuar libremente de un sujeto, sino a la posibilidad de actuar libremente de un sujeto de quien previamente se ha afirmado la capacidad de comprender la ilicitud.

La ley presupone, pues, una concepción del dolo conforme a la cual el elemento volitivo que lo integra se proyecta tanto sobre la comprensión de los elementos de la propia conducta como sobre el carácter antijurídico

de esta última. Se trata, por tanto, de una noción de dolo que incluye el conocimiento de la antijuridicidad —*dolus malus*— y que, en tal medida, sólo puede formar parte del elemento de la culpabilidad (ya que a la afirmación del conocimiento de la antijuridicidad debe anteceder la afirmación de la propia antijuridicidad).

Como puede comprobarse, todos estos argumentos conducen no sólo a la defensa de una concepción objetiva del tipo, sino a una noción del dolo inclusiva del conocimiento de la prohibición y a su consideración como auténtico fundamento de la culpabilidad y objeto principal del reproche asociado a ésta. Un reproche, por tanto, que se dirige al sujeto por haber querido realizar el injusto penal.

B) Toma de posición sobre la naturaleza del dolo

Se asume, pues, una concepción del dolo —tradicional, por otra parte— conforme a la que éste exige *conocer* que se está realizando el tipo de injusto y *querer* realizarlo. Consta, por tanto, de dos elementos: (i) *intelectivo*: conocimiento de los elementos de la acción típica y de la significación antijurídica de ésta; y (ii) *volitivo*: voluntad de realizar el tipo de injusto.³¹

En cuanto al elemento intelectual, el sujeto debe tener, por una parte, conocimiento de los elementos de la conducta típica, esto es, ha de saber que tales elementos se hallan presentes en su comportamiento. Este conocimiento debe alcanzar tanto a los elementos descriptivos como a los elementos normativos del tipo: en el caso de los primeros, ha de extenderse, en su caso, al resultado, si bien basta con que el sujeto tenga conciencia de la probabilidad de que aquél se produzca como consecuencia de su acción; en el caso de los elementos normativos, el grado de conocimiento exigible al sujeto para afirmar la existencia de dolo es el habitual de los profanos en la materia jurídica y no el propio del especialista.³² Por otro lado,

³⁰ La categorización del delito en elementos es una estrategia para acceder racionalmente a un fenómeno complejo, como es el delito, cuyos aspectos se encuentran en la realidad íntimamente imbricados. Sigue así el principio sentado por Descartes en el *Discurso del método* (“dividir cada problema en tantos problemas particulares como convenga para resolverlos mejor”) y, por ello, pierde utilidad si conduce finalmente al punto de partida: un examen unitario de la multiplicidad del objeto de estudio (*vid.* DESCARTES, R., *Discurso del método y Meditaciones metafísicas*, traducción de GARCÍA MORENTE, Tecnos, Madrid, 2005, p. 82).

³¹ *Vid.* COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 555 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte General*, 17ª ed., Dykinson, Madrid, 1994, pp. 459 y ss., y —defendiendo una doble posición del dolo en el injusto y en la culpabilidad— RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, pp. 165 y ss.

³² Basta, como señala Mezger en frase de cita obligada, con que el sujeto lleve a cabo “una valoración paralela en la esfera del profano”: es decir, no es preciso que efectúe una calificación jurídica del elemento normativo (MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, t. II, 3ª ed., trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955).

el sujeto debe tener además conciencia de la antijuridicidad de su comportamiento, esto es, tiene que saber que su conducta es contraria al ordenamiento jurídico. Basta también en este caso con el conocimiento propio del profano, sin necesidad de calificar jurídicamente el hecho: sólo es preciso saber que el hecho está prohibido.³³

En lo referente al elemento volitivo, todo lo que es objeto de conocimiento tiene que ser objeto de resolución de voluntad. No es suficiente un mero deseo, sino que se precisa un auténtico *querer*, si bien esta voluntad puede tener distintas intensidades y diferentes manifestaciones.

No obstante, hay que dejar constancia de que un sector doctrinal cada vez más numeroso entiende que el dolo se compone exclusivamente de elementos intelectivos (*teoría intelectual o cognitiva*). MIR PUIG, uno de sus principales representantes, señala por ejemplo que basta para afirmar el dolo con el conocimiento de la conducta típica sumado a la “voluntariedad general” que se exige para calificar un hecho como acción a efectos del Derecho penal. De este modo, según MIR PUIG, para que haya dolo no es preciso que exista una aprobación, consentimiento o aceptación adicionales al carácter voluntario del hecho: “el dolo es la *voluntad consciente* resultante, sin más, de sumar el conocimiento a la voluntariedad básica de todo comportamiento humano”.³⁴ Algunos de los autores que defienden esta concepción intelectual del dolo fundan su argumento en la regulación del error que contiene el

artículo 14.1 CP español, deduciendo del tenor de este precepto que “el concepto de dolo sólo se extiende al conocimiento de los elementos (constitutivos) del tipo”.³⁵ Esta concepción intelectual del dolo ha hallado eco jurisprudencial en nuestro país, en particular desde la sentencia de 23 de abril de 1992 (RJ 1992/6783, “caso del aceite de colza”), que, en alguna medida, supuso un punto de inflexión en la aproximación del Tribunal Supremo a esta cuestión. Así, son cada vez más frecuentes pronunciamientos judiciales que estiman que obra con dolo quien “conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca”.³⁶

Un paso más da, incluso, la *teoría de la normativización del dolo*, propuesta en nuestra doctrina con carácter general por Vives Antón (para quien la afirmación del dolo no depende de “procesos mentales”, sino de reglas sociales y jurídicas puestas en relación con las competencias del autor) y manejada por un relevante sector doctrinal en el terreno del Derecho penal económico y de la empresa.³⁷ Esto es, de concebir el dolo como mero conocimiento, se pasa a una concepción del dolo basada en el *deber* de conocimiento. Así, por ejemplo, Martínez-Buján Pérez postula que para afirmar la presencia de una actuación dolosa en

³³ Conforme a la jurisprudencia [vid. las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2004 (RJ 2005/1114), 2 de marzo de 2006 (RJ 2006/2182), 7 de marzo de 2007 (RJ 2007/1782) y 24 de febrero de 2009 (RJ 2009/450)], para apreciar la concurrencia de este elemento es suficiente un conocimiento “eventual” de la prohibición (“basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del proceder incorrecto”). En ocasiones, la exigencia mengua hasta el punto de afirmar la satisfacción de este requisito si el autor “sospecha” que su conducta es contraria a Derecho [entre otras, vid. las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2006 (RJ 2006/3312), 23 de noviembre de 2006 (RJ 2007/583) y 15 de febrero de 2007 (RJ 2007/3385)].

³⁴ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 269. Una defensa pionera en España del concepto intelectual del dolo puede hallarse ya en GIMBERNAT ORDEIG, E., “Acerca del dolo eventual”, en *Estudios de Derecho penal*, op. cit., p. 193.

Siguen, en cambio, identificando un elemento volitivo en el dolo, entre otros, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 144 y ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, I, Universitas, Madrid, 1996, p. 405, y MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 267 y ss.

³⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Problemas actuales del dolo”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 67. De forma más matizada, FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 65, 1998, p. 278; RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 28 y ss., y SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 650. En relación con el paralelo § 16.1 del StGB, vid. STRUENSEE, E., “Consideraciones sobre el dolo eventual”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, octubre, 2009, p. 3.

³⁶ Vid. las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2008, 10 de febrero de 2009, 2 de julio de 2009, 26 de octubre de 2009 y 30 de diciembre de 2010 (RJ 2008\7134, RJ 2009\1541, RJ 2009\5976, RJ 2010\112, y RJ 2011\416, respectivamente).

³⁷ VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 229 y ss.

Otra propuesta de teoría del delito

este ámbito del Derecho penal no es preciso acreditar, “en cuanto que hecho psíquico”, ni el conocimiento de los elementos de la acción típica (en particular, del resultado), ni el conocimiento de su significación antijurídica, ni la voluntad de realización de la conducta. Cuando el autor es un operador que domina las técnicas del sector de actividad, es suficiente a tal efecto la comprobación de su “despreocupación” hacia el menoscabo del bien jurídico y la afirmación *normativa* (en la que juega un papel esencial la capacitación profesional del autor) de su conocimiento y voluntad en relación con el peligro de producción de ese menoscabo.³⁸ Aunque menor, sin duda, que la existente en relación con la tesis estrictamente intelectual, la concepción normativa del dolo ha hallado también acogida en algunas sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo; entre ellas merece la pena destacar las sentencias de 4 de diciembre de 2002 (RJ 2002/2031) y de 27 de julio de 2007 (RJ 2007/7107).³⁹

Lo cierto es que las diferencias prácticas que resultan de adoptar una u otra de estas teorías no son generalmente de gran importancia, ya que, aun en el ámbito de las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que acogen una concepción mixta del dolo (intelectiva y volitiva), el conocimiento del hecho funciona en la mayor parte de los casos como principal indicio para la acreditación de la existencia de voluntad.⁴⁰ En este contexto, la consecuencia principal de la recepción de la teoría intelectual por parte del Tribunal Supremo ha sido la simplificación de la prueba procesal del dolo, no tanto por el rechazo de la necesidad de acreditar la voluntad (tesis que, como se acaba de indicar, coincide en la práctica con la afirmación de la voluntad a partir del conocimiento como único indicio) cuanto por la relajación en las exigencias probatorias del conocimiento.⁴¹ Esta relajación, al exacerbarse, ha dado lugar a sentencias como las recién citadas, en las que actúa una suerte

³⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte General, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 353 y s. Esta normativización se traduce, por ejemplo, en la imputación de dolo a autores que obran sin aprehender la existencia de peligro cuando esa aprehensión incorrecta no es racional en atención a los datos objetivos de la realidad (vid. DÍAZ PITA, M.M., *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 312 y s.). RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, *op. cit.*, pp. 425 y ss., admite la posibilidad de imputación del conocimiento a partir de características personales del autor (no sólo de su capacitación profesional), si bien propone criterios contextuales para la moderación de esta imputación.

³⁹ En la primera de estas sentencias, el status ocupado en la empresa por los acusados es aducido por el Tribunal como fundamento de la imputación del dolo, al señalar que “el acusado, y su padre, mantenían en la empresa una determinada posición, ‘status’, con dominio de la actuación fabril realizada y con conocimiento de la normativa específica que le obligaba a determinados comportamientos en materia de medio ambiente, pues la actividad era peligrosa para el bien jurídico y, por lo tanto, eran conocedores, o debieron serlo, de las específicas prevenciones dispuestas por el ordenamiento en prevención de los riesgos que su actividad representaba. En definitiva, infringieron el deber establecido en la normativa que, dada la actividad fabril, conocían”. La equiparación del deber de conocimiento al efectivo conocimiento determina, en este caso, una imputación estrictamente normativa del dolo.

En la segunda, se invoca el “principio de ignorancia deliberada” para afirmar que “cuando se está en posición de conocer y en la obligación de conocer, y se evita ese conocimiento, lo que no es obstáculo para que se lucre a consecuencia de la colaboración que voluntariamente se ofrece, se adquiere una responsabilidad directa derivada de las consecuencias de su antijurídico actuar”. La responsabilidad a título de dolo se imputa, pues, por un deber de conocimiento acompañado de una “voluntaria” ausencia de este último. Sobre la punición a título de dolo de los supuestos de ignorancia deliberada, vid. también la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de marzo de 2010 (JUR 2010/165768).

⁴⁰ Se llega, de hecho, al punto de que la mera existencia de conocimiento opera como presunción *iuris tantum* de la existencia de voluntad. La sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2010 (RJ 2010/3238) — a la que se hará referencia más extensa en la siguiente nota — admite tácitamente la existencia de esta presunción, al cargar probatoriamente al acusado con la obligación de aportar los “datos individualizados” que permitan “sólo en circunstancias extraordinarias [...] escindir probatoriamente ambos elementos” (el volitivo y el intelectual).

⁴¹ La sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2010 (RJ 2010/3238) ha dejado constancia expresa de esta situación al indicar que “la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta. Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción”. La sentencia refleja la realimentación entre doctrina y jurisprudencia que se ha producido en este ámbito: “la obliteración procesal del elemento de la voluntad ha acabado afectando, sin duda, a la construcción del dolo en su dimensión teórico-dogmática. El hecho de haber quedado ese elemento diluido o desdibujado debido a su posición subordinada y a su carencia de autonomía en el marco del proceso, ha determinado en gran medida su absorción por el conocimiento del peligro concreto de la acción”. Esta explicación en términos de prueba procesal de la recepción judicial de la teoría intelectual del dolo ha sido posteriormente recogida también por las sentencias de la Sala 2ª de 17 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7501) y 8 de octubre de 2010 (RJ 2010/7827).

de presunción de conocimiento fundada en un previo deber de conocer. Aunque este proceso se ha manifestado con mayor intensidad en ciertos delitos de estructura compleja y con autores que presentan un grado alto de especialización profesional (como los delitos ambientales o los delitos tributarios), se advierten ya propuestas que persiguen extender su aplicación a delitos más habituales y en los que el autor no cuenta habitualmente con competencias profesionales específicas.⁴²

En nuestra opinión, como se colige de cuanto ya se ha indicado, estas concepciones del dolo no encuentran un fundamento dogmático suficiente en la ley penal en vigor. Los argumentos relativos al artículo 14 CP español no permiten obviar el contenido del artículo 20 CP, al que ya se ha aludido en varias ocasiones a este respecto, y que, como ya se ha puesto de manifiesto, permite afirmar que el CP español presupone una concepción del dolo en la que, por proyectarse el elemento volitivo tanto sobre la comprensión de los elementos de la propia conducta como sobre el carácter antijurídico de esta última, se incluye necesariamente el conocimiento de la antijuridicidad.

Pero además de este argumento legal, existen razones dogmáticas adicionales que abonan la adopción de una concepción mixta del dolo. En particular, es indudable que la aplicación de teorías con este sesgo normativo puede conducir (y, de hecho, está ya conduciendo en algunos casos) a la desaparición de las fronteras entre dolo e imprudencia y a que, en presencia de autores altamente cualificados, se esté consolidando (y cada vez de modo menos subrepticio) una presunción de dolo en el enjuiciamiento de las conductas delictivas en las que aquellos intervienen.⁴³ Convertir las especiales competencias del autor en el fundamento (prácticamente único) del dolo no sólo supone un ataque a principios constitucionales como el de responsabilidad subjetiva o el derecho a la presunción de inocencia, sino que acaba, en

buena medida, con la especialidad de la pena dentro del ordenamiento jurídico como consecuencia restringida a la realización de infracciones *culpables*. La normativización del dolo ha dado lugar, de este modo, a un ámbito de expansión del Derecho penal que, pese a contar con un grado mayor de beneplácito de la doctrina, se apoya —como en otros espacios de expansión— en una reducción de garantías⁴⁴ (en este caso, de las conectadas con el aspecto subjetivo del delito) con el fin de permitir castigar más, más duramente y más fácilmente.

C) Toma de posición sobre la naturaleza de la responsabilidad penal por imprudencia

En el marco de la teoría del delito esbozada en las anteriores páginas, la *imprudencia* aparece fundamentalmente como un supuesto de ausencia de dolo. Así, la doctrina penal la ha concebido por tradición como un subelemento del delito que comparte naturaleza con el dolo y que opera subsidiariamente respecto de él. Según esta consideración, la imprudencia (designada preferentemente en este contexto con el término “culpa”) se ha presentado como uno de los dos posibles contenidos de alguno de los elementos de la infracción penal, y en particular: (i) como una de las *formas de la culpabilidad*, tesis defendida por la teoría clásica del delito que, en el marco de una noción estrictamente psicológica de la culpabilidad, reconoce en la imprudencia —culpa— una forma de relación psicológica entre el autor y la acción típica y antijurídica; y (ii) como una *clase de tipo*, posición patrocinada por ciertos modelos partidarios de un concepto personal del injusto y definida por la integración de la imprudencia en el tipo subjetivo de igual manera que el dolo. Como puede comprobarse, en estos dos modelos la imprudencia o culpa comparte con el dolo no sólo una idéntica ubicación dogmática (respectivamente, la culpabilidad y la tipicidad), sino una misma naturaleza *psicológica*.

⁴² Cfr., por ejemplo, el grupo de casos de “delitos cometidos en el ámbito del tráfico viario” examinado por DÍAZ PITA, M.M., *El dolo eventual, op. cit.*, pp. 330 y ss. Es particularmente ilustrativo el análisis que hace la autora al calificar como homicidio doloso la conducta de quien “tras revisar su vehículo, sale a probarlo en compañía de un amigo. Elige un circuito para carreras de carts y lanza el vehículo a gran velocidad por la estrecha, angosta y sinuosa pista plagada de curvas muy acentuadas (pensada para una clase de vehículos distinta al utilizado). El coche vuelca falleciendo el acompañante”. Las razones aducidas por la autora para apreciar la presencia de dolo son (i) la existencia de una situación de peligro patente para la vida del acompañante, (ii) la cognoscibilidad de la situación de peligro por parte de cualquier persona y (iii) la efectiva realización de la conducta, que se valora como “decisión a actuar contraria al bien jurídico”.

⁴³ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2015, pp. 6 y ss.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Edisofer, Madrid, 2011, pp. 165 y ss.

Otra propuesta de teoría del delito

Aunque ésta puede calificarse como la tesis *tradicional*, es cierto, no obstante, que en el seno de ambos paradigmas terminan imperando doctrinas que advierten en la imprudencia una naturaleza parcialmente diversa de la del dolo. Así ocurre, por un lado, con la teoría neoclásica del delito, que, aun conservando la caracterización de la culpa como una forma de la culpabilidad, identifica como núcleo de aquélla un elemento de carácter normativo —la infracción del deber de cuidado— integrado en una culpabilidad mixta de naturaleza normativo-psicológica. Y, del mismo modo, en el ámbito de la concepción personal del injusto se impone la idea de que la imprudencia entraña una alteración global de la estructura del tipo con efectos tanto en el tipo objetivo (con la incorporación de la infracción del deber de cuidado) como en el tipo subjetivo.⁴⁵ Esta última teoría aparece en las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que integran la “infracción de la norma social de cuidado” en el tipo objetivo del delito imprudente y especifican que el tipo subjetivo de éste incluye “la ausencia de intención o voluntad con respecto al resultado dañoso” y “la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado cuyo cumplimiento se omite conscientemente”.⁴⁶

Todas estas concepciones se apoyan de modo sustancial en la configuración jurídica de la imprudencia como una institución subsidiaria del dolo, cuyo examen sólo tiene sentido cuando se ha verificado la ausencia de éste. Esta subsidiariedad entre dolo e imprudencia no resulta discutible en el marco del ordenamiento jurídico español. En este sentido, tanto los términos del artículo 5 CP español (“no hay pena sin dolo o imprudencia”) como los del artículo 10 CP (“son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”) evidencian el carácter subsidiario de la exigencia de imprudencia para la existencia de responsabilidad criminal (“dolo

o imprudencia”, “dolosas o imprudentes”) o, cuando menos, la relación de dependencia entre ambas nociones.

Ahora bien, la subsidiariedad entre el dolo y la imprudencia no es un argumento suficiente para afirmar ni la identidad de naturaleza entre ambas categorías ni su pertenencia común a uno de los elementos del delito (ya sea la tipicidad o la culpabilidad). Antes al contrario, por los motivos que se expondrán a continuación, el dolo y la imprudencia no constituyen —pese a la tradición doctrinal y a las apariencias legales— especies distintas de un mismo género (es decir, no son posibles manifestaciones alternativas de un mismo fenómeno) ni juegan un papel equivalente en la estructura de la infracción penal.

A diferencia del dolo —que, como se acaba de indicar, se define por su naturaleza psicológica y por su carácter esencial como contenido de la culpabilidad—, la imprudencia, ni por su contenido ni por el modo en el que se presenta en el CP español, puede considerarse un elemento psicológico, ni como forma de la culpabilidad (como fundamento de una suerte de culpabilidad “imprudente” alternativa a la “dolosa”) ni como elemento subjetivo del tipo.⁴⁷ Esta tesis se fundamenta en las siguientes razones.

En primer lugar, existe un vínculo entre la imprudencia y una tipicidad objetivamente considerada (como la que se ha descrito al comienzo de este mismo apartado) que deriva de la propia naturaleza de la falta de cuidado, que constituye, tanto desde una perspectiva etimológica como jurídica, el componente sustancial de la imprudencia. Frente a lo que ocurre con el dolo, la falta de cuidado es un juicio que se predica de la conducta objetivamente considerada y no de la conexión entre ésta y la voluntad del sujeto que la realiza. Así resulta de la existencia de comportamientos descuidados en los que no es apreciable una relación psicológica entre el autor y el hecho que éste ejecuta.⁴⁸

⁴⁵ Por todos, HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada, 2002, pp. 127 y ss.

⁴⁶ *Vid.* las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2001 y 19 de julio de 2002 (respectivamente, RJ 2001/9074 y RJ 2002/7676).

⁴⁷ El rechazo de la posibilidad de fundar el modelo de imputación propio del delito imprudente sobre bases psicológicas lleva a PÉREZ DEL VALLE, C., *La imprudencia en el Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 158 y ss., a argumentar que la imputación personal se produce, tanto en el dolo como en la imprudencia, a partir de la idea de “evitabilidad individual de la conducta peligrosa”, reconduciendo al delito doloso los supuestos de evitabilidad más grave y al imprudente los de evitabilidad menos grave. Esta mayor o menor gravedad no responde directamente al conocimiento o desconocimiento, ni a ningún otro dato psicológico, sino que se adscribe (se imputa) al sujeto en función de la significación de su comportamiento verificado “de acuerdo con la totalidad de los roles que lo conforman como persona en el Derecho”, toda vez que del conjunto de éstos se derivan las expectativas de comportamiento del sujeto.

⁴⁸ Tal es el caso, por ejemplo, de los supuestos en los que el autor ni siquiera es consciente de la falta de cuidado presente en su conducta (e. g., el automovilista que se salta inadvertidamente un semáforo en rojo). *Vid.* ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General...*, op. cit., pp. 1021 y ss.

En consecuencia, la falta de cuidado (y, por extensión, la imprudencia) no constituye un fenómeno psicológico, sino un elemento normativo (un juicio de valor negativo) que recae sobre la conducta. Como tal, sólo puede formar parte del juicio objetivo de reproche que caracteriza al injusto penal y no de un juicio subjetivo de reproche, ya se asocie a la culpabilidad, ya se asocie al denominado “tipo subjetivo”.

Pero, además, los términos que emplea el legislador a la hora de incriminar los comportamientos imprudentes indican también este vínculo entre la imprudencia y un injusto penal objetivamente descrito. En este sentido, es revelador comprobar cómo, en la sanción de estas conductas, el CP español alude en todas las ocasiones a la realización de los hechos “por imprudencia”. Es ésta una expresión a la que la preposición *por* dota de un sentido causal que, de nuevo, evidencia que la imprudencia está, ante todo, vinculada a una tipicidad concebida en términos objetivos (basada en la causación de resultados penalmente desvalorados) y es ajena a la relación psicológica entre el autor y su conducta.⁴⁹

Estas dos razones (por una parte, la conexión de sentido entre la falta de cuidado y una tipicidad objetivamente considerada, y, por otra, la referencia legal a la imprudencia como un elemento ligado ante todo a la causación del resultado) justifican, a nuestro juicio, el rechazo a que la imprudencia se considere un contenido de la voluntad subsidiario del dolo, cualquiera que sea la ubicación dogmática que se proponga para ambos (culpabilidad o tipicidad).

La divergencia estructural entre el dolo y la imprudencia es especialmente clara cuando, como aquí, se defiende una concepción psicológica del primero de estos elementos. En todo caso, a nuestro juicio puede mantenerse también la diferencia en relación con un concepto normativo del dolo, pues mientras en la imprudencia se aprecia una normatividad “esencial” (la imprudencia es, ante todo, un quebranto del cuidado debido), la normatividad del

dolo es de carácter accesorio (la normatividad está en el modo de imputación y no en la naturaleza del elemento que se imputa).

Por el contrario, la imprudencia se revela como una clase de infracción penal o, si se prefiere, como una forma especial de imputación de responsabilidad penal, definida, frente a las infracciones penales dolosas, por las siguientes características:

a) la exigencia de un *elemento típico adicional* de naturaleza *objetiva*: una falta de cuidado en la realización de la acción a la que cabe imputar objetivamente la producción del resultado.

b) la *falta de dolo* y, por tanto, la presencia de una culpabilidad con un contenido sustancialmente distinto. El autor de una infracción imprudente no conoce y/o no quiere el injusto penal que efectivamente realiza, ya que no conoce y/o no quiere el resultado típico imputable objetivamente a su conducta.

De este modo, la particularidad de la imprudencia no está ligada a la configuración especial de un único elemento del delito, sino que se manifiesta en un nivel de generalidad tal que permite calificar la imprudencia como una *forma de imputación criminal heterodoxa y alternativa al modelo estándar de imputación*, propio de las infracciones dolosas.⁵⁰ En otras palabras, es un modo adicional y suplementario de atribución de responsabilidad penal, en el que los elementos que integran el modelo ortodoxo resultan alterados, bien por exceso (el injusto penal, “enriquecido” por la exigencia adicional de que el resultado típico se haya producido a causa de un comportamiento descuidado), o bien por defecto (la culpabilidad, “deficitaria” en la medida en que está ausente el dolo, que es el objeto fundamental del juicio de reproche subjetivo distintivo de este elemento). De esta excepcionalidad de la responsabilidad criminal por imprudencia es muestra el sistema de *numerus clausus* que incorpora el artículo 12 CP español al establecer que “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigan cuando *expresamente* lo disponga la Ley”.

⁴⁹ Así, por ejemplo, el artículo 142.1 CP español califica como reo de homicidio imprudente al que “por imprudencia grave causare la muerte de otro”, el artículo 152.1 CP español castiga al que “por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores” y el artículo 301.3 CP español castiga al que realiza los hechos descritos en el 301.1 CP (blanqueo de bienes) “por imprudencia grave”. Ciertamente, cabría aducir que el recurso alternativo a la expresión “con imprudencia” resultaría también lingüísticamente aceptable, pero, precisamente por ello, no debe minimizarse la relevancia de la decisión legislativa de emplear únicamente “por imprudencia”. Del mismo modo, tampoco debe obviarse que ambas preposiciones no resultan intercambiables en el caso del dolo, puesto que aludir a la realización de un hecho “por dolo” constituye un uso anómalo del lenguaje.

⁵⁰ Sin necesidad de remontarse a los primeros finalistas, la consideración del delito imprudente como una forma especial de responsabilidad penal se sigue manteniendo hoy en día por la doctrina española (Cfr: CUELLO CONTRERAS, J., y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de derecho Penal. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 161 y ss.).

Otra propuesta de teoría del delito

Hay, pues, sin duda, subsidiariedad entre dolo e imprudencia, como apuntan los arts. 5 y 10 CP español, pero es una subsidiariedad entre modelos cualitativamente distintos de imputación penal —como da a entender el citado artículo 12 CP— y no entre formas de la culpabilidad o contenidos del tipo.

Como *forma especial de imputación criminal*, el delito imprudente presenta, como se ha indicado, un injusto y una culpabilidad diferentes de los que conforman el modelo estándar de delito.

La especialidad del *injusto* no se plantea en relación con los elementos de la acción y la falta de justificación (que no presentan particularidades relevantes), sino en el ámbito de la tipicidad, en el que se exteriorizan algunos de los rasgos que convierten al delito imprudente en una modalidad excepcional de imputación de responsabilidad criminal.

Así, en primer lugar, todas las infracciones penales imprudentes son tipos que exigen la producción de un resultado separable espacio-temporalmente de la acción (tipos de resultado).⁵¹ Pero, como ocurre con cualquier tipo de resultado, también en el caso de los delitos imprudentes la relevancia penal exige algo más que la mera realización del resultado; se precisa que este último:

(i) haya sido causado por un sujeto que ha desarrollado una conducta generadora del riesgo de producción de tal resultado o que se ha abstenido de desarrollar una conducta que podría haber conjurado dicho riesgo;

(ii) sea imputable objetivamente a la conducta del sujeto.

Hasta aquí, no obstante, no se aprecian divergencias entre el tipo de los delitos imprudentes y el de las correspondientes infracciones dolosas. La diferencia radica en que, para la tipicidad de las infracciones penales imprudentes, es además necesario (i) que el sujeto haya ejecutado la acción típica sin observar el cuidado debido, y (ii) que el resultado acaecido sea imputable precisamente a esa falta de cuidado. Es este descuido en la realización de la acción típica (que, en términos de imputación objetiva, se traduce en el resultado) el elemento adicional que separa la tipicidad de las infracciones imprudentes y la de las infracciones dolosas.

A este respecto, naturalmente, en la medida en que sólo alcanzan relevancia penal las acciones descuidadas que producen resultados típicos, el ámbito propio de la responsabilidad penal por imprudencia viene constituido por la inobservancia del cuidado exigible al realizar acciones *peligrosas para ciertos bienes jurídicos*. El conjunto de acciones peligrosas susceptibles de ocasionar un resultado penalmente relevante es potencialmente infinito. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, la conducción de vehículos a motor, la utilización de armas, la posesión de animales, la gestión y control de procesos industriales, el empleo de objetos de uso diario idóneos para causar daños (tales como un cuchillo de cocina o un cigarrillo encendido), etc.

Se trata, como puede verse, de acciones que, siendo peligrosas, resultan a la vez socialmente útiles o, cuando menos, socialmente tolerables en tanto que posibles manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad.⁵² En esa medida, el ordenamiento

⁵¹ Este resultado puede consistir en muerte (art. 142 CP), aborto (art. 146 CP), lesiones (art. 152 CP), lesiones al feto (art. 158 CP), alteración del genotipo humano (art. 159.2 CP), sustitución de un niño por otro (art. 220.5 CP), insolvencia (art. 259.3 CP), daños (art. 267 CP), blanqueo de bienes (art. 301.3 CP), falta de suministro de medios para el desarrollo de la actividad laboral con las medidas de seguridad e higiene adecuadas (art. 317 CP), daños al patrimonio histórico (art. 324 CP), peligro o daños para los recursos naturales y el medio ambiente (art. 331 CP), destrucción de especies protegidas de flora o de su hábitat (art. 332.3 CP), caza, pesca, adquisición, posesión, destrucción o tráfico de especies protegidas de fauna u obstaculización de su reproducción o migración (art. 334.3 CP), liberación de energía nuclear y emisión de radiaciones ionizantes (art. 344 CP), adquisición, producción o utilización — entre otras conductas— de materiales nucleares o sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar muerte, lesiones graves o daños sustanciales a la calidad del aire, el suelo, las aguas o a animales y plantas (art. 345.3 CP), estragos (art. 347 CP), incendio (art. 358 CP), elaboración, suministro o comercio de sustancias, medicamentos o alimentos peligrosos (art. 367 CP), falsedades documentales (art. 391 CP), sentencia o resolución judicial manifiestamente injusta (art. 447 CP), perjuicio manifiesto de los intereses encomendados (art. 467.2 CP), acuerdo, práctica o prolongación ilegal de la privación de libertad o de la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado (art. 532 CP), divulgación de secretos e informaciones relativas a la Defensa Nacional (art. 601 CP), y falta de adopción de medidas para evitar la comisión de delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (art. 615 bis. 2 CP).

⁵² Al menos, así ocurre en la inmensa mayoría de los delitos imprudentes. Como señala GIMBERNAT ORDEIG, E., “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, t. 47, Fasc/Mes 3, 1994, p. 27, “el grueso de los delitos imprudentes de acción que tienen lugar en la realidad pertenece al [...] grupo [...] caracterizado por que mediante un comportamiento activo se crea (o se incide en) un foco de peligro ab initio lícito — riesgo permitido— que, no obstante y como consecuencia de la acción, rebasa ese riesgo permitido hasta convertirlo en prohibido, desembocando entonces el foco de peligro, causalmente, en un resultado típico”.

jurídico no prohíbe su realización, limitándose a exigir la adopción de las medidas necesarias para evitar que el peligro que entrañan se actualice en una efectiva lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos. Estas medidas delimitan el modo en el que debe ejecutarse la acción para que, teniendo en cuenta la peligrosidad inherente a la misma, no se produzca el resultado lesivo para el bien jurídico. Así, según las características de la concreta acción, las medidas que caracterizan el comportamiento diligente pueden consistir (i) en omitir la realización de la acción, (ii) en prepararse e informarse previamente a la realización de la acción peligrosa, o (iii) en ejecutar la acción con prudencia, adecuadamente, reduciendo el peligro hasta lo permitido.

La ausencia del cuidado debido se produce, precisamente, cuando el comportamiento del sujeto no se ajusta a las medidas prescritas para la realización de la acción peligrosa. Y en tanto que la diligencia en la realización de una conducta se identifica con la observancia de medidas que concretan la manera en la que aquella *debe* ejecutarse, es posible afirmar que el sujeto que desarrolla el comportamiento está obligado a poner tales medidas en práctica, obligación que suele denominarse “*deber de cuidado*”. Desde esta perspectiva, el elemento típico propio de la infracción penal imprudente aparece normativamente descrito como “infracción del deber de cuidado”.

Es frecuente que los autores disputen acerca de si la determinación de las medidas que conforman el deber de cuidado ha de producirse únicamente en términos objetivos (esto es, atendiendo en exclusiva a la peligrosidad de la acción) o si, por el contrario, ha de tener también en cuenta parámetros subjetivos, de forma que el deber objetivo de cuidado resulte “modulado” en atención a las características del sujeto que actúa. Quienes defienden la consideración adicional de estos últimos elementos sostienen, por ejemplo, que no es exigible el mismo comportamiento al cirujano experto de condiciones excepcionales que al cirujano que practica su primera intervención. En nuestra opinión, esta discusión sobre la naturaleza del deber de cuidado no es sino un aspecto del debate relativo a la determinación de los factores que permiten calificar un comportamiento como “diligente”.

Como es conocido, son raras las situaciones en las que existe una ordenación minuciosa de las medidas en las que se plasma la realización cuidadosa de la conducta (la regulación administrativa de la circulación de vehículos a motor y la protocolización de actos médicos son algunos ejemplos en los que esta ordenación sí existe). En la mayoría de los casos, en cambio, la decisión acerca de si una acción peligrosa se ha ejecutado diligentemente exige tomar en consideración criterios consuetudinarios y normas sociales que no han sido objeto de formalización. Así las cosas, la existencia de supuestos en los que, para decidir si una acción puede calificarse de diligente, hayan de tenerse en cuenta las facultades personales del autor (su “poder individual”) dependerá de lo que al respecto prescriban las reglas de diligencia —cualquiera que sea su grado de codificación— relativas a la acción desarrollada.⁵³

Ahora bien, como ya se ha indicado, la realización descuidada de la acción ha de causar, además, el resultado típico, que debe ser objetivamente imputable a aquélla. Aun cuando la relación de imputación objetiva no presenta rasgos particulares en el caso de las infracciones imprudentes, sí conviene precisar que es precisamente en el marco de esta relación en el que han de abordarse cuestiones que parte de la doctrina y de la jurisprudencia han presentado tradicionalmente como “elementos” de la imprudencia adicionales a la ausencia del cuidado debido (o infracción del deber de cuidado). Se trata, en concreto, de la exigencia de que el resultado sea *previsible* y *evitable* para el sujeto, esto es, la exigencia de que, en el momento de realizar la acción descuidada, exista la posibilidad de que el sujeto (i) se represente la eventual concurrencia futura del resultado típico y (ii) evite la producción de este último desarrollando la diligencia debida. Aunque en ocasiones la previsibilidad y la evitabilidad se han presentado como elementos “psicológicos” de la imprudencia,⁵⁴ lo cierto es que su carácter es puramente objetivo, ya que no se trata de una particular disposición de la voluntad del sujeto, sino de una característica de la situación. En este sentido, los supuestos de imprevisibilidad y/o inevitabilidad del resultado se dan en circunstancias en las que (i) no es apreciable una co-

⁵³ Sobre esta discusión, *vid.* COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, pp. 574 y ss.

⁵⁴ *Vid.*, de entre las más recientes, la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015/782).

Otra propuesta de teoría del delito

rrelación suficiente entre el resultado y la intensidad del riesgo generado por la acción, (ii) o ni siquiera existe propiamente relación de causalidad.⁵⁵

Cabe señalar, por último, que, de modo excepcional, la relevancia penal de ciertas conductas imprudentes está supeditada a la presencia de otros elementos típicos adicionales a la inobservancia del cuidado debido, además de los exigidos para la tipicidad de la comisión dolosa de la misma conducta.⁵⁶ La existencia de estas exigencias adicionales abona precisamente la tesis de la excepcionalidad de la imprudencia como forma especial de imputación fundada en un injusto penal distinto del propio de las infracciones dolosas.

En segundo lugar, en cuanto se refiere a la *culpabilidad*, como ya se indicó con anterioridad, la infracción penal imprudente se caracteriza por un déficit en el ámbito de la culpabilidad derivado de la falta de dolo, ya que el autor de la infracción imprudente no conoce y/o no quiere el resultado típico imputable a su conducta. Como es obvio, esto determina una alteración radical de la configuración estándar de la culpabilidad, dada la ausencia del fundamento sobre el que gravita el juicio de reproche característico de este elemento.

El examen completo de la cuestión exige, no obstante, analizar en qué medida la infracción penal imprudente requiere la concurrencia de los otros dos componentes que integran la culpabilidad “ortodoxa” propia de las infracciones dolosas: la imputabilidad y la exigibilidad de otra conducta.

A nuestro juicio, la respuesta a este interrogante es afirmativa.

En relación con la imputabilidad, es preciso determinar cómo opera en el terreno de las infracciones

penales imprudentes el concepto establecido en el artículo 20 CP español, que, como ya se ha visto, comprende tanto la capacidad para comprender la ilicitud del hecho como la capacidad para dirigir la propia actuación conforme a esa comprensión. En este sentido, la clave está en observar que, cuando el precepto legal alude a la capacidad de comprensión de la “ilicitud” del hecho, esta capacidad intelectual ha de entenderse referida al injusto específico de la infracción imprudente, es decir, a la realización de la acción peligrosa sin observar el cuidado debido. Ello supone que, para afirmar la imputabilidad en relación con una infracción imprudente, es necesario que el sujeto goce —en un primer momento— de la capacidad de advertir la naturaleza peligrosa y descuidada de su acción y, en segundo lugar, de la capacidad de dirigir su actuación conforme a tal comprensión (esto es, de la capacidad de observar el cuidado debido).

Se habla de imprudencia *consciente* o con previsión cuando el sujeto no sólo goza de esta capacidad de advertir el peligro, sino que, además, lo advierte efectivamente. Por el contrario, cuando la capacidad de previsión no se actualiza en la efectiva previsión del peligro, la imprudencia es *inconsciente* o sin previsión. Pese a la raigambre de esta clasificación de la imprudencia, su utilidad está circunscrita a la delimitación de los casos de imprudencia fronterizos con el dolo eventual.

Del mismo modo que la existencia de imprudencia no exige el conocimiento del peligro, tampoco es necesario que el sujeto conozca el carácter descuidado de su conducta para que ésta pueda constituir una infracción imprudente. Como ya se ha indicado, hay casos de imprudencia en los que el autor no es

⁵⁵ Es posible pensar, por ejemplo, en el caso de un sujeto que, cuando va conduciendo su automóvil por una vía urbana a una velocidad ligeramente superior a la permitida reglamentariamente (y, por tanto, de forma negligente), se topa con que un peatón que, caminando por la acera, se lanza de forma inopinada a la calzada delante del vehículo para acabar con su vida, alcanzando efectivamente su propósito. Puede defenderse que el resultado de muerte es, en estas condiciones, imprevisible para el conductor, pero la irrelevancia penal de su comportamiento derivaría, en su caso, de la falta de correlación entre el riesgo generado por la acción negligente del conductor y el resultado de muerte.

En relación con la evitabilidad, puede considerarse el caso del médico de guardia que, al atender a un paciente que presenta un concreto cuadro de síntomas, actúa sin sujetarse al protocolo señalado para tales casos (por ejemplo, le envía a casa sin realizar los análisis establecidos). Si el paciente fallece tras este comportamiento del médico, pero su muerte se habría producido igualmente aunque el médico hubiera efectuado los análisis pertinentes (porque en aquel momento, la situación del paciente era ya irreversible), la razón por la que el fallecimiento no es penalmente reprochable al médico no es propiamente su inevitabilidad, sino la falta de relación causal (hipotética, en este caso) entre tal resultado y la conducta negligente del médico.

⁵⁶ Así ocurre, por ejemplo, con la sustitución de un niño por otro o con la producción de daños. En el primer caso, el tipo de la infracción imprudente (art. 220.5 CP español) exige, de modo añadido, que la sustitución tenga lugar “en centros sanitarios o socio-sanitarios” y que los autores sean “los responsables” de la “identificación y custodia” de los niños; en el segundo de los casos, el tipo de la infracción imprudente (art. 267 CP español) requiere que la cuantía de los daños causados supere una determinada cuantía (80 000 euros), mientras que el tipo de la infracción dolosa no exige un requisito paralelo (aunque si los daños no exceden de 400 euros, se prevé la imposición de una pena inferior).

consciente de la falta de cuidado presente en su comportamiento. Naturalmente, si para la calificación de una acción como imprudente no es imprescindible la concurrencia de un elemento cognoscitivo relativo a la inobservancia del cuidado, con menor razón cabe exigir —como hacen con cierta frecuencia las sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo— un elemento volitivo consistente en “querer la conducta descuidada” o en “infringir voluntariamente el deber de cuidado”.

Por otro lado, en cuanto atañe a la exigibilidad de otra conducta, su operatividad en el terreno de las infracciones imprudentes tiene lugar en los mismos términos que en el ámbito de las infracciones dolosas,

por lo que no resultan necesarias precisiones adicionales a las ya realizadas.

A la vista de lo anterior, y como reflexión final, merece la pena subrayar una vez más que, si bien la punición de los ilícitos imprudentes está —como se acaba de ver— condicionada a la existencia de culpabilidad, se trata de una culpabilidad distinta de la que integra el modelo general de responsabilidad penal. Ello permite sostener, a nuestro juicio, que, sin constituir un caso de responsabilidad objetiva, la naturaleza subjetiva característica de la responsabilidad penal es menos tangible en el caso de la responsabilidad penal por imprudencia, lo que, de nuevo, refrenda la necesidad de tratar esta última como un supuesto especial de imputación.



La seguridad en los sistemas de información como un bien jurídico de carácter autónomo. Perspectiva europea y española (*)



Jorge Alexandre González Hurtado

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: *El ordenamiento jurídico penal español ha venido actualizando sus disposiciones en materia de delincuencia informática de forma acorde a la mayor parte de preceptos internacionales en la materia. En cambio lo ha hecho sin plantearse la idoneidad de agrupar sistemáticamente dichos tipos penales de forma unitaria en el Código Penal. Podemos preguntarnos si llegado el momento actual, esta política criminal sigue siendo la más acertada, mas cuando otros países, como es el caso de México, así han decidido hacerlo.*

PALABRAS CLAVE: *Delitos informáticos, cibercrimen, Código Penal, bien jurídico protegido.*

ABSTRACT: *The Spanish penal law has been updating its provisions on cybercrime according to most of the international conventions in this area. However, it has not considered gathering such offenses in a unique field in the Criminal Code. We may wonder whether the present time, this criminal policy continues to be the most successful, especially when other countries, such as Mexico, has decided to change this view radically.*

KEY WORDS: *Computer-related crimes, cybercrime, criminal code, legal interest protected.*

SUMARIO: *1. Estado de la cuestión. 2. Delincuencia informática desde un nuevo punto de vista contrario a la anclada legislación española. 3. La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal federal de México. Un ejemplo que seguir en España. 4. Opinión del autor. 5. Bibliografía.*

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

(*) El presente artículo toma como referencia la idea planteada a lo largo de mi tesis doctoral 'Delincuencia informática: daños informáticos del artículo 264 del Código Penal y propuesta de reforma' que fue calificada en su defensa pública con la nota de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

1. Estado de la cuestión

El legislador español, siguiendo la preocupación de la Comunidad Internacional, así como de la Unión Europea en materias relacionadas con el uso de las nuevas tecnologías,¹ ha manifestado su lógica adhesión a la misma tipificando las acciones que suponen un atentado contra la seguridad en los sistemas informáticos, dando cabida a la mayor parte de las exigencias internacionales en nuestro Código Penal. Sin embargo, en la actualidad ello no ha supuesto la verdadera consagración de este valor —la seguridad en los sistemas de información— como un bien jurídico superior digno de protección penal. Así, en España, los delitos informáticos en sentido amplio —delitos cometidos contra o través de medios informáticos— por su ubicación en el Código, protegen principalmente diversos bienes jurídicos, lo que plantea problemas de interpretación al quedar vinculados sus elementos típicos por los parámetros comunes de interpretación de los delitos con los que se encuentran agrupados.

En consonancia con la preocupación que en el ámbito internacional existe, parece haberse iniciado un camino —al menos en el ámbito doctrinal— en el que se entiende que este tipo de delitos tienen por objeto de protección un bien jurídico de primer orden relacionado con las nuevas tecnologías, pudiendo proteger, además, otros bienes jurídicos que se manifiesten con menor intensidad (intimidad, patrimonio, etc.). Posicionamiento éste que sería inverso a la visión actual del legislador español y de la doctrina tradicional, en la que el bien jurídico protegido principal es aquel relativo al lugar donde se encuentran ubicados en el Código y, en menor medida, son tipos protectores de un bien jurídico indeterminado pero vinculado a la informática. Por todo ello, parece recomendable un análisis del punto de vista que sobre este asunto se tiene en la actualidad en España y, eventualmente, la proposición de un nuevo modelo que, en nuestra opinión, resolvería algunos problemas y mostraría de forma más acertada las preocupaciones existentes en el ámbito público internacional, pero fundamental-

mente reflejaría de mejor manera la realidad social actual. A este asunto dedicaremos las siguientes páginas.

2. Delincuencia informática desde un punto de vista contrario a la anclada legislación española

A) Delitos informáticos y teoría del bien jurídico protegido

Tal como ha sido redactado el Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest de 23 de noviembre de 2001 y, en menor medida, como están descritas las acciones merecedoras de reproche penal en la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información, puede extraerse la idea de que los delitos informáticos en sentido amplio, tanto si son delitos cometidos a través de la informática como si son delitos cometidos contra sistemas informáticos, responden a una clasificación relativamente cerrada. Tales conductas ya no se pueden considerar nuevas, pues al menos en el ámbito práctico y el ámbito extra penal vienen reflejándose de forma constante desde finales de la década de 1980, siempre agrupadas de una forma muy similar.² En el ámbito penal, consecuencia de ello, se abre el debate sobre la naturaleza de los tipos penales a través de los que se introducen estos abusos de los sistemas de información, sobre su objeto de protección general y sobre la necesidad, o no, de regular de alguna forma específica aquellos delitos en los que participan con mayor o menor intensidad los sistemas informáticos.

Ya se ha dejado entrever al comienzo que por delitos informáticos, en sentido amplio, se pueden llegar a entender casi cualquier delito clásico en el que se haya usado un sistema informático,³ lo que en la práctica se traduce en una importante complicación de cara a regular los delitos informáticos de forma unitaria en la legislación penal. En cambio, como ya hemos indicado, desde las instituciones internacionales sí se ha introducido un grupo cerrado de acciones que son en las que, en un sentido menos generalista, se pueden subsumir los delitos informáticos en sentido amplio. Estas con-

¹ Véanse: Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest de 23 de noviembre de 2001, Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011; y Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013.

² Tanto en los principales trabajos de la OCDE (1986, 1992 y 2002) como en los de las Naciones Unidas (1994) se realizan agrupaciones similares: daños informáticos, acceso ilícito a sistemas informáticos, falsificaciones informáticas, fraudes informáticos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial y más recientemente delitos relacionados con la pornografía infantil.

³ Por ejemplo delitos de injurias o calumnias, o en un caso extremo un delito contra la inviolabilidad de las Cortes (ataque a los sistemas informáticos del Congreso que impiden que se vote alguna medida, por ejemplo).

ductas serían las que engloban delitos en los que los sistemas informáticos son la herramienta fundamental para la comisión del delito —estafa y falsificación informática—, delitos en los que el sistema informático es el objeto del delito —acceso ilícito y daños informáticos—, y delitos relacionados con el contenido, en los que los sistemas informáticos facilitan de forma sustancial la comisión de los mismos —propiedad intelectual o pornografía infantil—.

Tal listado respeta sustancialmente las diversas clasificaciones de los estamentos internacionales, y al respecto cabe preguntarse si sobre el mismo sería posible extraer algunas conclusiones comunes en los delitos que pueda justificar la idea de aglutinarlos en el Código Penal español (en adelante CPesp) dentro de un Título (o quizá dentro de un Capítulo en el Título XXIII del Libro II, vinculado al orden socioeconómico como realiza el Código Penal francés, u en otro Título, como veremos a continuación) que se pudiese denominar “de los delitos informáticos”.⁴

Pero, a fin de comenzar por el principio, es obligación recordar que la mayor parte de la doctrina española⁵ ha venido a consagrar la idea de exclusiva protección de bienes jurídicos como barrera al poder punitivo del Estado,⁶ y es con base en la misma conforme a la que se han ordenado, en términos generales, los delitos en el Libro II del Código Penal español. La

teoría clásica de protección de bienes jurídicos como legitimación para la actuación del Estado en materia punitiva⁷ ha supuesto la base sobre la que se ha construido nuestro sistema penal vigente y básicamente el de todos los países de nuestra cultura jurídica. Doctrina que exige, para la justificación de los tipos penales, que las conductas en ellos descritas provoquen —o puedan hacerlo— la lesión de un bien jurídico⁸. Queda así excluida del poder punitivo del Estado la regulación de meras inmoralidades⁹ o, como se ha señalado más recientemente, de intereses sociales mayoritarios,¹⁰ que no siempre deben ser identificados con un bien jurídico existente. De todo ello se deduce que, si bien se ha manifestado en varias ocasiones la idea de que la seguridad en el campo de la informática y las telecomunicaciones es un campo relevante con un interés social innegable, este hecho no es suficiente para elevar dicho concepto a la categoría de bien jurídico, para lo cual serán necesarios otros requisitos.

Sin embargo, a pesar del conocimiento de lo que un bien jurídico no es, lo cierto es que tampoco existe una definición pacífica en la doctrina que limite el alcance del propio concepto de bien jurídico.¹¹ La doctrina constitucionalista ha venido a señalar que el punto de partida para la conceptualización de un bien jurídico debe tener origen en la Constitución;¹² sin embargo, reconocer la vinculación de la Constitución y el bien

⁴ URBANO CASTRILLO, E., “Los delitos informáticos tras la reforma del CP de 2010”, en *Delincuencia informática. Tiempos de cautela y amparo*, Thomson Reuters/Aranzadi, Navarra, 2012, p. 29, defiende que debería existir un Título diferenciado que distribuya en diferentes capítulos, en los que primaría un bien jurídico protegido único, y unas disposiciones comunes finales a todos los tipos penales. Incluso negando este cambio radical, al menos debería completarse un capítulo de delitos informáticos con aquellos propiamente informáticos y una agravante genérica en los demás, cuando para la comisión del tipo se aprovecharan de la facilidad que otorga el medio informático.

⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, 4ª ed., Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 173 y ss.; o QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho penal*, 4ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 67 y ss.

⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, 1999, pp. 43 y 44, señala que “el Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada”.

⁷ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. I*, Thomson Civitas, Navarra, 1997 (reimpresión de 2008), p. 51.

⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, ob. cit., p. 174, “no se trata de prohibir por prohibir, de castigar por castigar, sino de hacer posible la convivencia y la paz social”.

⁹ ROXIN, C., *Derecho...*, ob. cit., pp. 52 y 53. En España, MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 14, 1991, pp. 205 y ss.

¹⁰ Señalado por GIMBERNAT ORDEIG, E., en la presentación de HEFENDEHL, R., *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 12 y ss. En MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 60, se denomina la “perversión del concepto de bien jurídico”.

¹¹ ROXIN, C., *Derecho...*, ob. cit., p. 54. En España, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, ob. cit., p. 175; o MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, 2ª ed., Catapulta, Buenos Aires, 2003, pp. 128 y ss.

¹² ROXIN, C., *Derecho...*, ob. cit., p. 55, “el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución”; en el mismo sentido en España, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 92 y ss. Sin embargo, hay manifestaciones en contra de la idoneidad de esta vinculación, WOHLERS, W., “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico”, en HEFENDEHL, R., *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 404 y ss.

La seguridad en los sistemas de información como un bien jurídico de carácter autónomo

jurídico protegido puede ser, en ocasiones, abstracto y complicado.¹³ Este hecho le ha costado críticas reseñables a dicha teoría,¹⁴ pero debemos reconocer que al tiempo la configura de forma que los bienes jurídicos pueden ser revisados y su catálogo ampliado. Esta característica se antoja fundamental si queremos verificar la existencia de un bien jurídico digno de protección penal relacionado con los sistemas de información, pues la concepción actual del bien jurídico abarca tanto estados previos a la concreción del Derecho como deberes de cumplimiento creados por éste, siendo el caso de la informática el segundo.¹⁵ Pero tanto la mutabilidad del concepto como la sujeción —que no limitación— a los valores constitucionales no debe llevarnos a la conclusión de que no existen límites al concepto de bien jurídico. En general, el bien jurídico penal es aquel presupuesto necesario para el desarrollo personal y la realización de los individuos en la sociedad, donde encontramos, principalmente la vida o la salud como manifestaciones de lo primero, y la libertad o la intimidad de lo segundo.¹⁶ Estos bienes, además, podrán ser individuales o colectivos,¹⁷ siendo estos segundos especialmente relevantes en el ámbito que nos ocupa, pues están vinculados al orden social o comunitario del individuo. Ahora bien, entender que la seguridad de los sistemas de información responde adecuadamente a la teoría del bien jurídico será, en una parte fundamental, una “cuestión valorativa”.¹⁸ Hecha esta apreciación, cabe destacarse que parece adecuado suponer que para que podamos hablar de bien jurídico protegido debemos encontrarnos, al menos, ante valores vinculados al reconocimiento constitucional. Además, debe veri-

ficarse la existencia de un interés social de protección, entendido en el sentido de cuál será la afectación para el individuo en caso de ser vulnerado y, vinculado con lo anterior, es necesario graduar el riesgo de afectación del bien jurídico, y por tanto la necesidad de estipular su protección en las normas penales del Estado.

En la búsqueda de un bien jurídico relativo a la seguridad en los sistemas de información debemos realizar igualmente la asociación de los presupuestos anteriores a la realidad de los sistemas informáticos en la actualidad. En el caso español, la vinculación de la seguridad en los sistemas de información y los valores constitucionales aparece en primer lugar en el artículo 1º de la propia Constitución Española de 1978 (en adelante CEsp) al señalar como uno de los valores fundamentales la libertad y la justicia. Así, en el Título preliminar se establece que los poderes públicos deberán remover “los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud” (artículo 9.2 CEsp). En el Título primero, el artículo 10 CEsp consagra el libre desarrollo de la personalidad. Si bien el desarrollo de la libre personalidad es un concepto sumamente general, no escapa a la lógica entender que cuando los sistemas informáticos han pasado a formar parte de la realidad cotidiana de la vida de los ciudadanos, un ataque contra estos sistemas afectará, en función de la intensidad del mismo, al desarrollo de la personalidad.¹⁹ En todo caso parece correcto afirmar que la libertad reconocida en la Constitución Española va más allá de la mera libertad de circulación o establecimiento, y se configura como una verdadera facultad de autodeterminación personal, en todos los ámbitos propios de la vida de la persona.²⁰

¹³ Es destacable la compleja construcción doctrinal realizada por GIMBERNAT ORDEIG, E., en la presentación de HEFENDEHL, R., *La teoría...*, ob. cit., pp. 17 y 18, para encajar los delitos relativos a la tortura animal, dentro de los valores constitucionales establecidos, en orden a establecer así el bien jurídico que protegen tales tipos penales en nuestro ordenamiento.

¹⁴ JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 47 y 48.

¹⁵ Las normas penales que regulan la seguridad en los sistemas de información no podían responder a la protección de bienes constitucionalmente recogidos, pues en muchos casos son muy posteriores a estos textos constitucionales; sin embargo, ello no obsta para que, una vez producida la aparición de la informática, las normas que la protegen no puedan basar su existencia en nuevos bienes jurídicos sobrevenidos, tan dignos de protección como los originales. ROXIN, C., *Derecho...*, ob. cit., pp. 54 y ss., ejemplifica esta situación con la protección de bienes jurídicos que suponen ciertos delitos tributarios o la provocación de ruidos.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho...*, ob. cit., p. 59.

¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, ob. cit., p. 174, aunque sobre la idoneidad de la teoría del bien jurídico para proteger bienes colectivos señalaremos más adelante algunas voces discrepantes.

¹⁸ MIR PUIG, S., *Delincuencia informática*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 205 y ss., “la apreciación de cuándo un interés es fundamental para la vida social y cuándo no lo es [...] se trata de una cuestión valorativa”.

¹⁹ Piénsese en un ataque general contra los sistemas informáticos que gestionan las redes de comunicaciones e Internet que inutilice todos los sistemas de telefonía y de comunicación electrónica en general. Por no hablar de ataques contra el sistema de regulación del tráfico de una ciudad o los sistemas informáticos de plantas de suministro de electricidad.

²⁰ DE ESTEBAN ALONSO, J., y GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *Tratado de Derecho constitucional, II*, 2ª ed., Universidad Complutense Madrid, Madrid, 2004, p. 76.

Siguiendo esta línea de razonamiento debemos buscar la conexión entre la libertad constitucionalmente establecida y la utilización de sistemas informáticos, y verificar si el uso de éstos es una manifestación de la libertad constitucionalmente reconocida, de tal modo que el nexo constitucional requerido para la apreciación del bien jurídico quede establecido. Según nuestra posición, la libertad para utilizar los medios informáticos sin más límite que el derecho de los demás debe, efectivamente, entenderse subsumido en el concepto constitucional tanto del artículo 1.1 como del 9.2 de la Constitución Española, pues la utilización de estos medios informáticos no es sino una manifestación moderna de la libertad clásica. No se debe confundir esta libertad general, en todo caso, con los ámbitos de la libertad y seguridad establecidos en el artículo 17 de la Constitución, referidos específicamente al derecho de no ser privado de libertad en su manifestación física.²¹

También, desde un ámbito constitucional de la seguridad en relación con los sistemas informáticos, el Estado garantiza el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CEsp), lo que desde la óptica que ahora interesa parece ser imposible si no se garantiza la seguridad de las redes de comunicaciones y los sistemas informáticos que en ellas participan. La seguridad —como ocurre con la libertad— viene reflejada en la Constitución Española desde diversos prismas: seguridad jurídica (artículo 9.2), seguridad personal (artículo 17.1), seguridad social (artículo 41), seguridad ciudadana (artículo 104.1) y seguridad pública (artículo 149.1.29), siendo estas dos últimas las que a nuestro estudio interesan, pues se vinculan estrechamente con la posibilidad de ejercer el derecho a la libertad informática ya señalado y que el Tribunal Constitucional de España ha interpretado indicando que “la seguridad pública, entendida como actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de

la tranquilidad y el orden ciudadano, según pusimos de relieve en las SSTC 33/1982, 117/1984, 123/1984 y 59/1985, engloba, como se deduce de estos pronunciamientos, un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad intuitiva del bien jurídico así definido”.²² Por tanto, seguimos pudiendo apreciar la posibilidad de vincular la libertad y la seguridad en los sistemas de información con el mandato constitucional dado. La libertad es un derecho general que requiere del establecimiento de un marco de seguridad para su protección.²³ Éste ámbito de la seguridad ha encontrado diverso desarrollo legislativo, en España principalmente en la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado,²⁴ que establece, en lo que ahora interesa, la organización básica del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil. En el caso del Cuerpo Nacional de Policía, establece en sus artículos 29 a 36 la estructura básica de la Policía Judicial, donde se señala que corresponde al Ministerio del Interior “organizar Unidades de Policía Judicial”, atendiendo a criterios “de especialización delictual” (artículo 30.1). Pues bien, con el fin de seguir tal mandato, en la actualidad la estructura orgánica del Cuerpo Nacional de Policía²⁵ establece en su jerarquía la Unidad de Investigación Tecnológica (UIT), creada en 2012, y que supone deslindar definitivamente la investigación en asuntos relacionados con la informática de la delincuencia económica, Unidad en la que se encuadraban las investigaciones de este tipo hasta la creación de la UIT. Dentro de la UIT quedan por tanto ubicadas tanto la Brigada Central de Investigación Tecnológica (BIT)²⁶ como la Brigada Central de Seguridad Informática (BSI), cuyas funciones son “la investigación de las actividades delictivas relacionadas con la protección de los menores, la intimidad, la propiedad intelectual e

²¹ SSTC 71/1994, de 3 de marzo, 86/1996, de 21 de mayo y 120/1999, de 27 de junio.

²² STC 104/1989, de 8 de junio, FJ. 3.

²³ DE ESTEBAN ALONSO, J., y GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *Tratado...*, ob. cit., p. 79, “este derecho [la seguridad] hay que entenderlo como la garantía jurídica del individuo frente al poder, para evitar no sólo la privación de su libertad, sino también cualquier forma arbitraria de represión”.

²⁴ Manifestación de esta máxima constitucional debe entenderse también la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, si bien en la misma no se hace referencia a los sistemas informáticos, por lo que la excluimos de nuestro estudio.

²⁵ Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

²⁶ La BIT, antes perteneciente a la Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEP Central), enmarcada bajo la Comisaría General de Policía Judicial, ahora depende jerárquicamente de la UIT. Una breve reseña se encuentra en LÓPEZ, A., “La investigación policial en Internet: estructuras de cooperación internacional”, en *Revista de Internet, Derecho y Política. Revista d'Internet, dret i política*, núm. 5, 2007, p. 67; y FERNÁNDEZ LÁZARO, F., “La Brigada de Investigación Tecnológica: la investigación policial”, en VELASCO NÚÑEZ, E. (dir.), *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?*, Consejo General del Poder Judicial/Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006, pp. 133 y ss.

La seguridad en los sistemas de información como un bien jurídico de carácter autónomo

industrial y los fraudes en las telecomunicaciones y la investigación de las actividades delictivas que afecten a la seguridad lógica y a los fraudes”.²⁷ También en España, la otra gran Fuerza de Seguridad, la Guardia Civil, en su estructura²⁸ y de forma análoga, cuenta con el Grupo de Delitos Telemáticos (GDT),²⁹ competente en la investigación “que alcanza a todas aquellas conductas delictivas realizadas a través de los sistemas de información o contra éstos, lo que se conoce popularmente como cibercrimen”.³⁰

Es decir, tanto la UIT como el GDT tienen como función proveer de la seguridad pública³¹ necesaria para el ejercicio de lo que podríamos denominar “las libertades informáticas”, lo que nos da una idea tanto de la autonomía de esta libertad respecto de otras como de la relevancia asignada por el Estado a este campo.

En todo caso, lo cierto es que el único precepto constitucional que en España se refiere expresamente a la informática es el artículo 18.4 CEsp, que señala que “la ley limitará el uso de la informática” con el fin de garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos, y más importante que ello, el pleno ejercicio de sus derechos a éstos.³² La ubicación y redacción de este precepto en la Constitución Española genera dudas en cuanto a los límites a los que se refiere al establecer que la ley regulará el uso de la informática. Si se está hablando en todo caso de

garantizar el honor, la intimidad, las relaciones familiares y otros derechos análogos, o si cuando se refiere a “pleno ejercicio de los derechos” debe entenderse cualquier otro derecho. A este respecto se ha manifestado la doctrina al vincular el artículo 18.4 CEsp con el artículo 197 CPesp en su plano tecnológico,³³ y se ha llegado incluso a utilizar la expresión de libertad informática, vinculada a la autodeterminación informática —no siempre referidas exactamente a la misma idea— sobre la idea de la protección en el tratamiento informático de datos personales.³⁴ Esta idea de libertad informática, con la que nuestra posición es coincidente, no agota, en todo caso, el sentido de la libertad informática entendida como la libertad de utilizar los sistemas de información para el completo desarrollo de la persona, sino que es una parte integrante de la misma.

En todo caso, puede preverse el valor constitucional que tiene la utilización de la informática, aunque posiblemente los usos y peligros que sobre ella se cierren hayan sido sobradamente excedidos respecto de lo que pudo suponer el constituyente español de 1978.

Por último, también se ha tratado de relacionar la seguridad en los sistemas de información con el ámbito de protección constitucional desde el ámbito del artículo 20.1.d de la Constitución Española, en el que siguiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁵ se

²⁷ Página web de la UIT: http://www.policia.es/org_central/judicial/estructura/funciones.html.

²⁸ Real Decreto 400/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior.

²⁹ El GDT pertenece a la Unidad Central Operativa, dentro de la Jefatura de Policía Judicial, bajo la Dirección Adjunta Operativa de la Guardia Civil. Sobre su labor, expresada por el ex jefe del órgano (2000-2011), se puede ver SALOM CLOTET, J., “Delito informático y su investigación”, en VELASCO NÚÑEZ, E. (dir.), *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006, pp. 103 y ss.

³⁰ Página web del GDT: https://www.gdt.guardiacivil.es/webgdt/home_alerta.php

³¹ Denominación que acuñó el Tribunal Constitucional en la STC 104/1989, de 8 de junio.

³² En un sentido limitado lo ha entendido parte de la doctrina, DE ESTEBAN ALONSO, J., y GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *Tratado...*, ob. cit., p. 124. En nuestra opinión, aceptando la idea de que su ubicación no es la más adecuada, debemos apoyar la idea de que la Constitución se refiere, por un lado, a la ley en sentido general (ley penal, civil, etc.), y por otro, a que los ejercicios que debe garantizar con la limitación del uso de la informática son todos los existentes y no sólo los relativos al honor, la intimidad y las relaciones familiares. En este sentido existen voces novedosas que pretenden una visión más amplia de dicho precepto constitucional; ADÁN DEL RÍO, C., “La persecución y sanción de los delitos informáticos”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 20, 2006, p. 153, “aunque el acento se coloque en garantizar la intimidad, se está reconociendo la dificultad de delimitar todos los bienes jurídicos afectados, por lo que el texto constitucional en realidad ha extendido la protección a todos los derechos”; también HERRÁN ORTIZ, A.I., *El Derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 99 y ss. En realidad siguen la pauta abierta mucho tiempo atrás en PÉREZ LUÑO, A.E., “La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 9, 1979, pp. 59 y ss.

³³ REQUEJO NAVEROS, M.T., *El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética*, Colex, Madrid, 2006, pp. 32 y ss.

³⁴ HUERTA TOCILDO, S., y ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C., “Intimidad e informática”, en *Revista de Derecho penal*, núm. 6, 2002, pp. 16 y ss., señalan, además, que “como hemos visto, el propio Tribunal Constitucional parece avalar esta tesis diferenciadora al considerar que la llamada ‘libertad informática’ es un ‘derecho autónomo’ (SSTC 11/1998 y 30/1999) dirigido a controlar el flujo de informaciones relativas a uno mismo aunque no pertenezcan al ámbito más estricto de la intimidad”.

³⁵ Artículo 19 de la DUDH que establece el derecho universal recibir y difundir información, sin limitaciones y por cualquier medio de expresión.



reconoce el derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”, de tal manera que, como se señala en la Declaración de Ginebra de 2003, tal derecho deba revisarse en favor de la realidad tecnológica a la que nos enfrentamos hoy en día³⁶ y adquiera especial relevancia la protección de los sistemas informáticos que permiten el desarrollo de este derecho universal.³⁷

Por tanto, y como ya se ha señalado, la aparición de la informática en la Constitución Española y el resto del ordenamiento es, directa o indirectamente, recurrente. De todo ello, creemos que podemos responder afirmativamente a la pregunta sobre si es adecuada la inclusión de la libertad de utilizar sistemas informáticos, y la seguridad que el Estado debe proveer para ello, como un valor constitucionalmente protegido; cuestión fundamental para continuar con la búsqueda de un bien jurídico relacionado con los sistemas de información. Por otro lado, a la pregunta sobre si la vulneración de este posible bien colectivo de la seguridad informática puede suponer una afectación sobre el individuo y el desarrollo de su personalidad y su desenvolvimiento en la sociedad actual, creemos que se debe responder de manera totalmente afirmativa. En la totalidad de los países de nuestro entorno la utilización masiva de tecnología y sistemas informáticos de forma individual por los ciudadanos es máxima, no se trata simplemente de una forma de ocio, sino que realmente existe un uso social completo en todos los ámbitos del desarrollo de la individualidad del sujeto (económico, laboral, contractual, administrativo, cultural, médico, etc.). Así, el interés colectivo trasciende del mero interés “de la mayoría”, al suponer su vulneración la producción de un daño en esferas propias de cada individuo.

Por último, la construcción del bien jurídico exige que el riesgo sobre el mismo sea real para justificar la creación de los tipos penales destinados a protegerlo. En nuestra opinión, este punto es el menos discutible de esta parte de la investigación. El peligro real de ataques

sobre sistemas de información no sólo es un riesgo, es una realidad.³⁸ Si existe una característica constatable en nuestro Derecho penal en relación con los delitos informáticos es que su aparición ha sido muy posterior a éstos, y ya son bien conocidos no sólo los riesgos, sino los posibles efectos de las acciones delictivas.

Precisamente la relevancia del riesgo para la aceptación del bien jurídico característico de los delitos informáticos radica en otro ámbito. La intensidad del riesgo sobre el bien jurídico va a ser uno de los elementos más relevantes a la hora de hacer una selección adecuada de los tipos penales que integran la protección del mismo; en efecto, tal riesgo no se manifestará con la misma intensidad en los delitos de daños informáticos que en los de estafa informática, o en los delitos relativos al contenido (pornografía infantil o propiedad intelectual); pues no en todos ellos aparecerá un riesgo para el bien jurídico de entidad suficiente, y por lo tanto su ubicación sistemática en el Código deberá mantenerse inalterada incluso aceptando la necesidad de incluir un nuevo Título relativo a los delitos informáticos. En ciertos delitos informáticos, el bien jurídico protegido principal no será el relacionado con la seguridad informática, sino con los ya existentes, siendo en todo caso este nuevo bien el afectado de forma secundaria. Al contrario, algunos tipos penales, como veremos, tendrán como objeto primordial la defensa de esta seguridad informática, y de forma secundaria, la protección de otros bienes jurídicos también relevantes.³⁹

B) Construcción del bien jurídico protegido en los delitos informáticos: la seguridad en los sistemas de información

En la actualidad debemos entender que el Derecho penal español, y de forma análoga el Derecho penal de la mayor parte de países de europeos con un sistema codificado, no consagran un bien jurídico prote-

³⁶ COTINO HUESO, L., *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 58.

³⁷ Sobre la vinculación de la protección del derecho a la información y la seguridad informática se manifiesta COTINO HUESO, L., *Libertad...*, ob. cit., pp. 76 y ss., al inclinarse por entroncar la defensa de los sistemas de información con la libertad de expresión e información, al ser estos “cauces superdesarrollados” de transmitir y difundir información. Por lo tanto, velar por la seguridad de los mismos se convierte en una obligación pública, que debe destinar de cuantos medios disponga (se entiende, por tanto, también el Derecho penal) a este fin.

³⁸ Se pueden consultar a este respecto los datos que aparecen en las Memorias Anuales de la Fiscalía General de España desde el año 2010.

³⁹ GALÁN MUÑOZ, A., “Expansión e intensificación del derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 15, 2006, p. 23, señala con razón que “este concepto [criminalidad informática] se delimita atendiendo al hecho de que todos los delitos que se incluyen en su seno afectarían a un bien jurídico colectivo común, con independencia del concreto valor individual que también se pudiese lesionar o poner en peligro por tal conducta”.

La seguridad en los sistemas de información como un bien jurídico de carácter autónomo

gido relacionado con la informática o los sistemas de telecomunicaciones.⁴⁰ En principio todos los delitos informáticos en sentido amplio protegen bienes jurídicos diversos. En España, el delito de acceso ilícito regulado en el artículo 197 bis y ss. CPesp se encuentra ubicado en los delitos de revelación de secretos, lo que indica que el bien jurídico protegido es la intimidad. El delito de estafa informática del artículo 248.2.a CPesp o los actuales daños informáticos (264 y ss. CPesp) protegen el bien jurídico patrimonio, la falsedad informática (donde se protege la seguridad en el tráfico jurídico)⁴¹ o los delitos relativos al contenido (propiedad intelectual o pornografía infantil) en los que se protege el derecho patrimonial que el autor tiene sobre su creación literaria, artística o científica (artículos 273 a 277 CPesp),⁴² y por otro lado la seguridad del menor o su derecho a la propia imagen (artículo 189 CPesp).⁴³

Se deduce por tanto que el Código penal español no establece la existencia de un bien jurídico vinculado a la informática que merezca protección, y en el momento actual en el que nos encontramos, en el que los sistemas informáticos han copado absolutamente todas las facetas de la vida en la sociedad, cabría, al menos, preguntarse si eso es o no es correcto,⁴⁴ y en su caso tratar de definir ese bien jurídico digno de protección relacionado con los sistemas informáticos, así como analizarlo convenientemente para resolver las incógnitas subyacentes.

B.1. La seguridad en los sistemas de información ¿bien jurídico digno de protección penal?

Comenzando con el análisis de los instrumentos internacionales más relevantes desde una perspectiva euro-

pea, es decir, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia aprobado en Budapest en 2001, la Decisión Marco de 2005 y su sucesora, la Directiva de 2013, debemos señalar que si bien el concepto de bien jurídico no aparece en sus diversas exposiciones de motivos, sí hacen referencia a la trascendencia de los sistemas informáticos en la sociedad actual, y la necesidad de su protección. El Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest de 2001 señala en su preámbulo como uno de los motivos que lo originan “los profundos cambios provocados por la digitalización, la convergencia y la globalización continua de las redes informáticas”. Pero en lo que ahora nos interesa es muy importante la vinculación de estos cambios con el mantenimiento del nivel de libertad de los individuos al señalar la necesidad de garantizar “la libertad de expresión, que comprende la libertad de buscar, obtener y comunicar información e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, así como el respeto de la intimidad”, lo que da buena cuenta del nexo, ya señalado en esta investigación, de la aparición de una posible libertad informática, como manifestación de la libertad clásica. Sin embargo, aparte de estas menciones, pronto comienza el articulado del mismo sin hacer más puntualizaciones a este respecto.

En cuanto a la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, se expresa en una línea similar, algo más detallada, en la que se pone de manifiesto la vinculación de estos ataques contra sistemas informáticos con objetivos terroristas, al haberse convertido las infraestructuras de la información en elementos vitales de los Estados, y así expresa que “esto pone en peligro la realización de una sociedad de la información segura

⁴⁰ MATA Y MARTÍN, R.M., “Criminalidad informática: una introducción al cibercrimen”, en *Actualidad penal*, núm. 36, 2003, p. 34, expone sustancialmente esta visión negativa sobre la existencia de un bien jurídico inherente a la informática cuando determina que lo importante para que una actividad informática deba ser entendida como delictiva es que se pueda vincular a un bien jurídico preexistente manifestado por el legislador.

⁴¹ Debemos entenderlo en su sentido más amplio, pues partiendo de las interpretaciones del Tribunal Supremo encontramos muy diversas concreciones del bien sobre las que ahora no interesa debatir. La STS de 27 de mayo de 1988 establece que el objeto de protección es “el ataque a la fe pública o a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos”. En otras sentencias se hace referencia a bienes similares, SSTS de 13 de diciembre de 1990, de 27 de junio de 1991, y de 27 de abril de 1992.

⁴² Cuestión pacífica tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte especial de Derecho penal*, tomo III, 2ª ed., Revista Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 658; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Protección penal de la propiedad industrial”, en VV.AA., *Propiedad industrial. Teoría y práctica*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 361; o BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010, pp. 482 y 483; también STS 1479/2000, de 22 de septiembre. Aunque BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “La reforma de los delitos contra la propiedad industrial”, en *Documentación Jurídica*, núms. 37-40, 1985, p. 740, entendía que debe observarse un bien de naturaleza colectiva.

⁴³ Doctrina que procede de la STS 22 de junio de 2010, en la que modificaba su anterior criterio, en el que señalaba que el bien jurídico protegido era “la libertad o indemnidad sexual del menor”.

⁴⁴ Tal lógica evolución ya se señala a mediados de la década de los años noventa en PÉREZ LUÑO, A.E., *Manual de informática y derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 70.



y de un espacio de libertad, seguridad y justicia, y por tanto exige una respuesta por parte de la Unión Europea” justificando así la regulación penal aprobada.⁴⁵ No se puede afirmar que desde los organismos internacionales se esté aceptando la existencia de un nuevo bien jurídico superior. Sin embargo, atendiendo a su enunciado, especialmente en la Decisión Marco, parece quedar suficientemente acreditado que la seguridad informática que se propugna con la regulación se basa en la protección de la libertad informática, que sí queda reconocida. En esta línea sigue la evolución europea del problema, ya que en la Directiva 2013/40/UE hace hincapié en su preámbulo que alguna de las acciones contra los sistemas informáticos “puede por sí sola constituir un grave peligro para el interés público”.⁴⁶ Podemos por tanto confirmar la tendencia a incardinar la relevancia de la seguridad de los sistemas informáticos, tanto en la libertad individual de los ciudadanos como en la protección de valores colectivos de la sociedad. Lo que convierte a la propia seguridad informática en un elemento de peso considerable en la configuración de una sociedad libre y segura.

Por su parte, el legislador español, en la exposición de motivos de la LO 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal, que introdujo últimamente novedades sustanciales en materia de delincuencia informática (especialmente en lo referente al acceso ilícito y a los daños informáticos), excluye toda posible concepción de un nuevo bien jurídico al señalar en el preámbulo de la ley de reforma que “se ha resuelto incardinar las conductas punibles en dos apartados diferentes, al tratarse de bienes jurídicos diversos”.⁴⁷ A este respecto, la reforma de 2015, a través de la LO

1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, no ha variado en nada esta concepción, si bien ha completado algunas lagunas en los tipos penales introducidos en 2010, principalmente tipificando el abuso de dispositivos.⁴⁸ En todo caso, y en lo que ahora nos interesa, no parece caber interpretación al respecto, aunque también es cierto que la exposición de motivos en ambas reformas, en lo relativo a estos aspectos, brilla por su brevedad y simplicidad, al limitarse a señalar que tal modificación se debe a la imposición europea y parece desprenderse del escaso interés mostrado tanto en fase prelegislativa como en la legislativa que abrir un debate doctrinal sobre la conveniencia de la ubicación de estos delitos y la posible existencia de un nuevo bien jurídico no era en ningún caso prioritario.⁴⁹ De ello se resuelve hacer la transposición desde un ámbito de literalidad, sin entrar en otros debates, lo que desde un punto de política legislativa puede entenderse por la amplitud de las reformas penales llevadas a cabo en 2010 y 2015, pero que no debe ser excusa para que no se plantee en un futuro este debate.

Por tanto, entre la velada referencia a un posible bien jurídico relacionado con los sistemas informáticos, y la negativa visión a este respecto del legislador español, debemos señalar que nuestra posición no sólo está de acuerdo con aquello que se intuye desde el ámbito internacional, sino que va a más allá de éste, al afirmar la existencia de este bien jurídico, no compartiéndose, por tanto, desde nuestro punto de vista, la visión simplista del legislador español.⁵⁰

⁴⁵ SÁNCHEZ MEDERO, G., “Internet: Un espacio para el cibercrimen y el ciberterrorismo”, en *Crisis analógica, futuro digital. Actas del IV Congreso Online del Observatorio para la Cibersociedad, celebrado del 12 al 29 de noviembre de 2009*, Meddia, Cultura i Comunicació (edición electrónica sin numerar), establece la relación entre el paso de la ciberdelincuencia hacia el ciberterrorismo trazando una como la evolución de la otra.

⁴⁶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, C., “Delitos informáticos”, en *Base Informática*, núm. 43, 2009, p. 15, señala como ejemplo que “uno de los motivos que está parando el crecimiento del comercio electrónico es la desconfianza debido a la inseguridad de los consumidores que no se “fían” de utilizar la red para realizar las compras de una forma más cómoda, como puede ser desde casa sin tener que desplazarse, hablamos de la seguridad técnica en el pago electrónico”.

⁴⁷ Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, Apartado XIV.

⁴⁸ Debe destacarse a este respecto que en la tramitación parlamentaria de esta reforma el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia en el Congreso de los Diputados asumió la tesis aquí expuesta, presentando una reforma integral de los delitos informáticos. Dicha propuesta fue finalmente rechazada, desgraciadamente sin siquiera ser debatida, gracias a la mayoría absoluta del grupo que apoyaba al gobierno. http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF#page=1 (Enmiendas 577 y siguientes).

⁴⁹ URBANO CASTRILLO, E., “Los delitos...”, ob. cit., p. 18. También en URBANO CASTRILLO, E., “Infracciones patrimoniales por medios informáticos y contra la información, como bien económico”, en VELASCO NÚÑEZ, E. (dir.), *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?*, Consejo General del Poder Judicial/Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006, p. 155, ya se señala que “no parece discutible que el mundo de la informática y de las nuevas tecnologías requiere un tratamiento jurídico propio, penal incluido [...] La inexistencia de un apartado concreto sobre ‘delitos informáticos’ es un hecho. Sin embargo, parece defendible que existiera, dada la especificidad de estas conductas”.

La seguridad en los sistemas de información como un bien jurídico de carácter autónomo

Ya hemos señalado al hacer el estudio de la teoría del bien jurídico que, si bien la discusión doctrinal sobre éste no es pacífica, no cabe duda de que las premisas principales existen: la vinculación a la Constitución a través de la libertad y la seguridad no sólo es una cuestión interpretativa, sino que en la normativa internacional queda recogida explícitamente. Y de esta importante manifestación se puede deducir la obvia influencia de la afectación de estos derechos de libertad y seguridad en la esfera personal, aún a pesar de encontrarnos ante un peligro presentado de forma colectiva. El riesgo de vulnerar este posible bien jurídico, al igual que su vinculación constitucional, queda de nuevo manifestado en la normativa internacional, pues el Convenio de 2001 lo recoge explícitamente al señalar como motivo de la aprobación del mismo “el riesgo de que las redes informáticas y la información electrónica sean utilizadas igualmente para cometer delitos”,⁵¹ pero más allá va, si cabe, la Decisión de 2005, en la que, amén de utilizar la palabra “peligro”⁵² en lugar de riesgo, señala que “se ha comprobado la existencia de ataques contra los sistemas de información [...]”, lo que supone hablar no ya de riesgo, sino de la concreción de ese riesgo en acciones que ponen en peligro la libertad y seguridad en los sistemas de información.

De todo lo expuesto, creemos correcto afirmar que existe dicho bien jurídico relativo a los sistemas de información, y que su formulación más adecuada sería la de “**seguridad en los sistemas de información**”,⁵³

nomenclatura que hemos venido utilizando de forma abstracta, pero que se puede considerar que recoge sustancialmente las preocupaciones de la mayor parte de la doctrina moderna; esto es, la protección unitaria de los sistemas de información, y, por ende, de su utilización, siendo una visión mucho más avanzada que aquella que sigue pretendiendo establecer que los bienes jurídicos actuales son capaces de integrar todo tipo de nuevos delitos, incluidos los de naturaleza informática. Esta posición, aunque contraria al criterio del legislador español y la mayor parte de países europeos, parece ser respaldada mayoritariamente, como hemos señalado, y al menos en su concepción general, por la doctrina más moderna.⁵⁴ Creemos adecuado establecer que el bien digno de protección penal debe ser la seguridad porque es un concepto más general y que no sólo protege la libertad informática, que puede ser considerada como una facultad individual, sino que se configura como un verdadero bien colectivo, ya que los delitos que protegen la seguridad en los sistemas de información tienen un factor general que se extiende más de allá de la mera libertad individual.⁵⁵

El siguiente paso que debe afrontar la doctrina, pues, es ajustar dicho bien jurídico a los tipos penales actualmente existentes para conocer cuáles de ellos deben ser integrados en un eventual nuevo Título del Código Penal español, y cuáles, por el contrario, pueden mantenerse dentro de los límites actuales junto con otros delitos tradicionales.

⁵² En esta línea se manifiesta MORILLAS CUEVA, L., “Nuevas tendencias del Derecho penal: Una reflexión dirigida a la cibercriminalidad”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 94, 2008, pp. 18 y ss., se refiere a la “aparición de modernos bienes jurídicos y del surgimiento de nuevos riesgos”. También AROCENA, G.A., “De los delitos informáticos”, en *Revista de la Facultad de Derecho UNC*, vol. 5, núm. 1, 1997, pp. 44 y ss.; y DÍAZ GÓMEZ, A., “El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest”, en *REDUR*, núm. 8, diciembre de 2010, pp. 181 y ss. En palabras de éste último, “cualquier solución pasa por una visión conjunta de todos ellos. Son pues las peculiaridades que plantean los nuevos delitos las que justifican su análisis particular; luego es necesario agrupar los tipos con rasgos y problemas comunes para un tratamiento adecuado y armonioso [...] La autonomía de los delitos informáticos debe ser afianzada y desligada de los tipos comisivos tradicionales. Ello, por una razón tanto teórica (si bien las modalidades comisivas informáticas pueden asociarse a tipos ya existentes, la función de las nuevas figuras delictuales sería la protección de la información y no del bien jurídico tradicional) como funcional (garantizar una adecuada persecución de estas conductas).

⁵³ DE LA MATA BARRANCO, N.J., y HERNÁNDEZ DÍAZ, L., “El delito de daños informáticos. Una tipificación defectuosa”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 29, 2009, p. 329, señalan que, según pretende afirmar el Convenio, “no se trata de entender que se protege la información contenida en soportes informáticos porque tenga más valor en sí misma que otra información contenida en otros soportes, pero sí que ello se hace por la importancia que tiene individual y socialmente su integridad y accesibilidad al estar situada en redes o sistemas informáticos de los que hoy en día dependen todos los ámbitos públicos y privados, más allá del daño al dato o sistema concretos”.

⁵⁴ “Esto pone en peligro la realización de una sociedad de la información segura y de un espacio de libertad, seguridad y justicia.” También utiliza la palabra “amenaza” con el mismo significado: “para responder con eficacia a esas amenazas es necesario un planteamiento global en materia de seguridad de las redes y de la información [...]”.

⁵⁵ Se sigue la tesis de GALÁN MUÑOZ, A., “Expansión...”, ob. cit., p. 23, que determina que “el injusto típico de estos nuevos delitos se configura atendiendo a la afectación de un bien jurídico colectivo e institucional de perfiles poco definidos: La seguridad y la confidencialidad de los sistemas informáticos”. Cercana a esa línea sobre la seguridad informática como núcleo de protección se manifiesta ADÁN DEL RÍO, C., “La persecución...”, ob. cit., p. 156, cuando señala que “se puede desarrollar y potenciar el reconocimiento de un nuevo grupo de delitos autónomos en el Código Penal, que tengan en cuenta principios nuevos, una suerte de seguridad o de privacidad informática o de otro modo, pero que no dependan en su interpretación del ámbito patrimonial o de la intimidad o cualesquiera otros bienes jurídicos tradicionales”.

B.2. Delitos informáticos que pueden integrar el nuevo bien jurídico

Podemos señalar que, si bien desde nuestra posición es correcta la creencia en la existencia de un valor superior merecedor de protección penal, que además es de primer orden y refleja valores constitucionales tal y como se ha desarrollado la sociedad y que posee las características de ser sustancialmente autónomo, general y colectivo, dicho valor ni es inequívoco ni se han fijado por ahora unos límites al mismo. Por ello, es ahora el momento de tratar de acotar ese bien jurídico digno de protección, y con base en el mismo analizar si existe, y con qué intensidad, en los diferentes tipos de delitos informáticos señalados en el ámbito internacional.⁵⁶

Como hemos señalado, la seguridad en los sistemas de información no se va a manifestar con igual intensidad en todos los delitos informáticos. Conocer cuáles de ellos integran el núcleo de los delitos contra la

seguridad en los sistemas de información es esencial para poder llevar a cabo una proposición de reforma coherente.

En principio, salvo mejor criterio, deberán integrar tales delitos aquellos que ponen en peligro el correcto funcionamiento de las redes de información, así como los elementos que forman parte de las mismas. Se entiende, por tanto, que aunque el bien jurídico es común, el objeto material puede diferir en los diferentes tipos penales, de forma que el grupo de estos objetos va a quedar relativamente restringido. Así, éstos se clasificarían de la siguiente manera: a) datos informáticos, que incluye tanto a los programas informáticos como a los documentos electrónicos, en general; podemos usar la expresión “información informática” para referirnos a todos ellos; b) sistemas informáticos, que incluye tanto a ordenadores como dispositivos de telefonía móvil, videoconsolas, equipos médicos informatizados, etc.; y c) redes informáticas, los ca-

⁵⁶ Entendemos que el reconocimiento de este nuevo bien jurídico de ámbito colectivo responde a las dudas planteadas por la doctrina, que ha ido aceptando en los últimos años la dualidad entre delitos informáticos en sentido abstracto (todos aquellos en los que aparecen elementos informáticos, y que pueden ser eventualmente cualquier delito tradicional) y delitos informáticos en sentido estricto (aquellos en los que el objeto material del delito es el propio sistema informático o sus elementos lógicos, y cuya aparición en el Código es escasa y muy determinada). A favor de contemplar la posibilidad de la existencia de un nuevo bien jurídico protegido de tratamiento autónomo que afecta a un reducido número de tipos penales se muestran: REYNA ALFARO, L.M., “La criminalidad informática: cuestiones para una reflexión inicial”, en *Actualidad Penal*, núm. 21, 2002, p. 545; URBANO CASTRILLO, E., “Infracciones...”, ob. cit., pp. 155 y 156, “otra razón que aconsejan ese tratamiento separado y específico de la criminalidad informática, es su incidencia en las categorías y conceptos jurídicos clásicos”; NAVA GARCÉS, A.E., *Delitos informáticos*, 2ª ed., Porrúa, México, 2007, p. 97, señala que “cabe destacar que los delitos informáticos [refiriéndose exclusivamente a los delitos de acceso ilícito, daño y sabotaje informático y estafa informática] van más allá de una simple violación a los derechos patrimoniales de las víctimas”; ROVIRA DEL CANTO, E., *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Comares, Granada, 2002, p. 69, “no puede partirse ya de la base de configurar el delito informático únicamente sobre el bien o interés jurídico tradicional afectado”; BARRIO ANDRÉS, M., “La ciberdelincuencia en el Derecho español”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 83, 2011, p. 278, “ahora bien, los delincuentes han encontrado en Internet un campo especialmente abonado para la comisión de delitos, lo que exige una respuesta penal específica a estas conductas”, para luego señalar como delitos de esta respuesta penal específica los delitos relacionados con la pornografía infantil, el acceso ilícito y la causación de daños; MAZA MARTÍN, J.M., “La necesaria reforma del Código Penal en materia de Delincuencia Informática”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 2, 2003, p. 299, concluye en su estudio sobre el sabotaje informático en “la conveniencia del tratamiento independiente y separado del sabotaje informático respecto del delito de daños, máxime cuando en éste se protege exclusivamente el patrimonio de un tercero, a diferencia del carácter pluriofensivo de aquel, que se refiere también a otros intereses económicos distintos del meramente patrimonial”; en sentido similar también, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “Consideraciones político-criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho penal en la red”, en *Internet y Derecho penal. Consejo General del Poder Judicial*, número 10, 2001 p. 277; ANDRÉS DOMÍNGUEZ A.C., “Los daños informáticos en la Unión Europea”, en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 1, 1999, pp. 1726 y ss.; o RODRÍGUEZ MOURULLO, G., LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., y ALONSO GALLO, J., “Derecho penal e Internet”, en FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A., CREMADES GARCÍA, J., e ILLESCAS ORTIZ, R. (coords.), *Régimen jurídico de Internet*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 280 y ss. En contra: MATELLANES RODRÍGUEZ, N., “Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código Penal”, en DIEGO, DÍAZ-SANTOS M.R., y SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000, p. 132, se posiciona a favor de la actual regulación a través de las figuras típicas tradicionales al señalar que la protección de los intereses patrimoniales “se pueda[e] seguir ofreciendo desde tipos penales no específicamente informáticos”; MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001, pp. 63 y ss.; o GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., “Reflexiones sobre la ciberdelincuencia hoy. En torno a la ley penal en el espacio virtual”, en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, núm. 3, 2005, p. 90, para quien “la utilización pervertida y abusiva de las altas tecnologías en la dinámica comisiva de un hecho ilícito no cambia la naturaleza de éste (el delito seguirá siendo, por ejemplo, una estafa, o un delito de falsedad documental, o de blanqueo de capitales o fraude fiscal...)”; aunque es cierto que la misma autora ha manifestado en GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., “Reflexiones...”, ob. cit., p. 71, que “es hora de replantearse si tiene sentido seguir abordando esta materia como algo excepcional”. Con dudas, GALLARDO RUEDA, A., “Delincuencia informática: la nueva criminalidad de fin de siglo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 65, 1998, p. 373, “cierto es que la estafa, el robo de información, la copia ilegal, la apología del terrorismo, de la pornografía y de la violencia, la invasión ilícita de la intimidad... son delitos de siempre. Pero también es cierto que la tecnología ha hecho posible diluir la rotundidad de conceptos como el espacio y el tiempo”.

La seguridad en los sistemas de información como un bien jurídico de carácter autónomo

nales de transmisión de los datos informáticos entre sistemas informáticos, se encuentren o no en determinado momento realizando su función de canal de comunicación.

Además, cabe señalar que en este bien jurídico que planteamos no existe sólo el riesgo de su vulneración en forma de resultado (delitos de lesión), sino que existen ciertas manifestaciones que, se ha comprobado, sin llegar a producir un daño concreto, pueden poner en riesgo dicho bien con suficiente entidad como para que estas acciones deban ser igualmente incardinadas como delitos contra la seguridad en los sistemas de información (delitos de peligro). Es decir, no sólo el daño concreto provoca la vulneración del bien jurídico, sino que acciones encaminadas a la perpetración del daño, pero que nada tienen que ver con él, deben ser igualmente perseguidas al menos en los casos más flagrantes. Nos referimos fundamentalmente a la creación de virus informáticos u otro *software* malicioso, y su difusión por las redes informáticas. La entidad de estas acciones, aunque pudieran no producir daños concretos sobre las clases de objetos materiales referidos, pone manifiestamente en peligro la seguridad en los sistemas de información. Por ello, en nuestra elección de los tipos penales que integran la protección de la seguridad de los sistemas de información se encontrarán tanto delitos de resultado como delitos de peligro.

En este contexto, aunque no vamos ahora a realizar una propuesta más pormenorizada ni una aconsejable propuesta de reformulación de los tipos en torno a la protección de los sistemas de información, podemos señalar sin lugar a dudas que deben incluirse entre ellos los delitos de acceso ilícito y muy estrechamente ligado el intrusismo informático, daño informático, sabotaje informático, abuso de dispositivos y desórdenes públicos en las telecomunicaciones.

A pesar de las diferencias obvias en cada tipo penal, todos ellos reúnen una serie de características comu-

nes más allá del figurado bien jurídico protegido que defendemos.⁵⁷ En primer lugar existe una coincidencia sustancial entre los objetos materiales a que se refieren estos delitos —datos informáticos, sistemas informáticos y redes informáticas—, además, la comisión de estas conductas típicas, más allá de suponer un daño en sentido amplio para el sujeto propietario de los datos, el sistema o la red, va a crear una situación de desconfianza hacia la utilización de los medios informáticos en la sociedad.⁵⁸ Quebrantar la confianza en la utilización de los sistemas informáticos va a suponer un daño —general— de entidad mucho mayor que el daño —concreto— efectivo que se pueda producir sobre los objetos del delito, ya suponga éste un atentado al patrimonio u otros bienes jurídicos tradicionales relevantes. Así, la hipotética situación en la que a través de un ataque informático se accede ilícitamente a los documentos almacenados en un servidor *web* en el que se encuentran los datos relativos a las compras realizadas por sus usuarios; mucho más allá de un posible —pero no automático— delito contra la intimidad, genera una inseguridad creada en los usuarios de sistemas y redes informáticas a continuar ejerciendo su libertad informática, en la que radica la verdadera trascendencia de la acción. No se trata de que la posible vulneración de la intimidad sea de mayor o menor entidad, debido a que posiblemente los sistemas informáticos a los que se ha accedido contengan datos de usuarios de escaso valor en relación con su intimidad, sino que el mero hecho de tal acción crea la desconfianza en esos usuarios, que les plantea la razonable duda sobre lo acertado de utilizar sistemas informáticos en el futuro.⁵⁹ Puede resultar igualmente conveniente poner como ejemplo el bloqueo de una página *web*, en la que cientos de miles de usuarios realizan consultas diariamente. Dicha acción puede no implicar un ilícito —civil o penal— meramente patrimonial que afecta al propietario de la *web* atacada, sino que va a trascender

⁵⁷ Se puede pensar, de una forma análoga, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad vial.

⁵⁸ URBANO CASTRILLO, E., “Los delitos...”, ob. cit., p. 18, señala que “cuando hablamos de delito informático nos referimos a un tipo de delito, ya sea tradicional o propio de la sociedad de la información, propiciado por las tecnologías que ésta aporta”, lo que deja entrever claramente que se posiciona a favor de las dos soluciones a la hora de regular los delitos informáticos en el Código, por un lado aquellos para los que bastará una simple acomodación de tipos clásicos, y por otro aquellos que por sus características especiales, y homogéneas entre ellos, deberán propiciar una regulación autónoma del resto de figuras vigentes.

⁵⁹ Sigue esta idea CORCOY BIDASOLO, M., “Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 21, 2007, p. 10, al señalar que “se parte de que el buen funcionamiento de los sistemas es condición indispensable para el normal desarrollo de las relaciones económicas y personales de nuestros días, porque de ello depende que no se colapsen las actividades del mundo bancario, bursátil, de seguros, transportes, gestión tributaria, Seguridad Social, sanitario [...] Esta segunda posibilidad es la admitida en muchas legislaciones locales estadounidenses que tipifican, de forma autónoma, conductas de acceso ilegal a un sistema informático, su uso sin autorización y la manipulación ilícita y modificación de datos informatizados”.



al propietario del objeto para suponer una vulneración de la seguridad y confianza de los usuarios en las redes de información. O siguiendo dentro de lo que hasta ahora en España se consideran delitos patrimoniales, un ataque contra los servidores de la administración pública con el fin de borrar los datos informáticos de los ordenadores en un determinado ámbito (licitaciones públicas, por ejemplo) encuentra una discutida cabida como delito patrimonial.⁶⁰ En todo caso, aunque pueda existir el daño patrimonial clásico, parece claro que el bien jurídico que se encuentra principalmente vulnerado no es el patrimonio, sino la seguridad informática de los sistemas y redes informáticas. Todavía más, la mera distribución de virus informáticos no puede considerarse delictiva sino como manifestación de un atentado contra la seguridad en los sistemas de información, pues objetivamente tal acción puede provocar resultados dañinos (en ocasiones, de máxima intensidad) en sistemas informáticos, lo que requiere, por su relevancia, a pesar de tratarse de un mero riesgo abstracto, la intervención del Derecho penal.

Sin embargo, y a pesar de la reciente reforma del Código Penal español de 2015,⁶¹ tanto en el delito de acceso ilícito, en el que, por su ubicación sistemática se entiende como bien jurídico protegido primordial la intimidad, como en los delitos de intrusismo informático, muy relacionado con el anterior, pero vinculado al patrimonio; así como los daños informáticos en los que el bien jurídico primordial se considera el

patrimonio, los efectos de este tipo de acciones y el perjuicio en la sociedad que suponen distan mucho de afectar exclusivamente —e incluso principalmente— a los bienes jurídicos tradicionales protegidos en los tipos penales que los acompañan en el Código Penal en la actualidad. Además de éstos, el artículo 560 CPesp que tipifica realmente una suerte de sabotaje informático, suponemos, de especial gravedad atendiendo a la penalidad señalada (de uno a cinco años) por causar daños “que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones” como manifestación de desórdenes públicos, podría ubicarse perfectamente, y con mayor facilidad al tratarse ya de un delito que protege un bien jurídico colectivo, en el catálogo de tipos penales destinados a proteger la seguridad en los sistemas de información. Por último, no debemos olvidar las acciones de abuso de dispositivos, que también deben tenerse en cuenta para una completa cobertura penal de este tipo de delincuencia.

Este listado sería por tanto el de los delitos que integrarían la protección de la seguridad en los sistemas de información y los que, a la postre, deberían formar el núcleo de los delitos contra la seguridad en los sistemas de información, que deberían sufrir una reordenación en el Código Penal español,⁶² consecuencia de la cual sería necesario realizar una reevaluación de la interpretación de sus elementos típicos bajo este nuevo prisma.

⁶⁰ DE LA MATA BARRANCO, N.J., y HERNÁNDEZ DÍAZ, L., “El delito...”, ob. cit., p. 330, aunque se refieren al antiguo 264.2 CPesp su conclusión es igualmente válida: “que los daños informáticos lesionen o pongan en peligro la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistema informáticos no impide que, al mismo tiempo, se vulnere la propiedad u otro tipo de intereses de carácter económico; las conductas que describe el art. 264.2 tendrían, en este sentido, carácter pluriofensivo”. También RODRÍGUEZ MOURULLO, G., LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., y ALONSO GALLO, J., *Derecho...*, ob. cit., pp. 261 y ss.; y ROVIRA DEL CANTO, E., *Delincuencia informática...*, ob. cit., pp. 71 y ss.

⁶¹ En contra de una visión de bien colectivo en la llamada “seguridad informática” se muestra GALÁN MUÑOZ, A., “La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales”, en *Revista Penal*, núm. 24, 2009, pp. 95 y ss., que determina que el acceso a un sistema informático ajeno sólo afecta al sistema accedido y a su legítimo usuario y no existe otra afeción real de índole colectiva. Violar la seguridad de un sistema informático, en opinión del autor, no es violar la seguridad informática como valor general del ordenamiento, que, es cierto, no descarta su existencia. Construye así el derecho a la inviolabilidad informática, estrechamente relacionado con la intimidad, pero sin ser exactamente igual. Nuestra posición difiere sustancialmente de este punto de vista, pues consideramos, al contrario que el autor, que la seguridad informática como bien colectivo sí se ve vulnerada con la realización de la conducta típica, en tanto que, en el acceso ilícito a un sistema informático, el peligro que tal acción supone para la sociedad tiene una intensidad notablemente mayor por motivos muy diversos. El sujeto que es capaz de acceder vulnerando las medidas de seguridad de un sistema informático puede, a través de dicho acceso, proveerse de múltiples herramientas para acceder a otros sistemas, datos, o producir otra serie de acciones delictivas como daños, estafas, u otros tipos penales, con una capacidad de daño sustancialmente mayor. No es un problema exclusivo del propietario de la máquina a la que se ha accedido ilegítimamente, la capacidad del sujeto de llevar a cabo tal conducta pone en peligro cualquier otro sistema informático que se encuentre conectado al anterior, que hoy en día, con la existencia de Internet, puede ser eventualmente cualquier equipo del mundo. Pero como hemos señalado, la diferente visión parte esencialmente de la consideración diferente de los bienes jurídicos tutelados, siendo la opción elegida por el legislador más cercana a la posición del autor que a nuestra propuesta.

⁶² Aunque bajo la jurisdicción francesa es ilustrativo el ejemplo aparecido en prensa hace un tiempo: “Un ataque informático a gran escala ha afectado durante semanas al Ministerio francés de Economía. El asalto [...] se centró en documentos preparativos del G20 y de otros asuntos internacionales” (EFE - 07/03/2011).

3. La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal federal de México. Un ejemplo que seguir en España

Desde el reconocimiento de que la regulación penal de cada país siempre tiene peculiaridades que un extranjero, aunque hermano, nunca llega a conocer en su totalidad, lo cierto es que no he podido evitar realizar una pequeña, casi sistemática comparación entre la regulación de los delitos informáticos en España y en México. Y lo cierto es que las conclusiones que he extraído de esta comparación son, por una parte, esperanzadoras respecto de cómo pueden hacerse las cosas bien y pronto (el grueso de la regulación mexicana data del año 1999), como fue el caso de México en esta particular temática, y por otro lado, de cierta envidia al comprobar la situación en mi país, España.

Y es que el Código Penal federal de México recoge agrupados de forma más o menos análoga a la proposición expuesta anteriormente para España los tipos penales en los que el bien jurídico relativo a la seguridad en los sistemas de información se manifestaría con mayor intensidad. No sólo eso, sino que tal configuración legal fue establecida allá por el año de 1999, recogiendo en un Código Penal nacional por primera vez, y de forma muy similar, las recomendaciones de las tres normas internacionales de alcance al respecto, que por ejemplo, en Europa, habían tenido un impacto muy limitado en los ordenamientos penales, a saber:

a) En 1989 se aprueba la recomendación R(89)9 del Consejo de Europa.⁶³ En ella se reconoce la revolución que supuso la implantación de las tecnologías de la información tanto en un sentido positivo como

también en un sentido negativo, relativo a los abusos y el crimen derivado de la misma. El texto de la recomendación, tras una introducción a la situación existente en la que repasa los trabajos de la OCDE (la ONU no trataría esta materia hasta el 8º Congreso en 1990), procede a realizar un documento completo desde diversas perspectivas del delito informático. La recomendación divide su contenido en cinco puntos fundamentales, resultando ahora de interés el segundo de ellos, en el que se centra en la elaboración de un listado sobre las conductas que deberían ser consideradas delictivas en los ordenamientos de los Estados; haciendo una doble lista de conductas delictivas: en la primera de estas listas establece aquellas conductas que en todo caso deberían ser consideradas delictivas y, en una segunda lista, enumera una serie de supuestos de regulación recomendada.⁶⁴ Podemos extraer de este sistema de doble lista el hecho de reconocer una mayor preocupación por un tipo de conductas que por otras, y el priorizar los esfuerzos legislativos en las materias de la lista de mínimos.

- b) En 1992 la OCDE elaboró un conjunto de normas para la seguridad de los sistemas de información con intención de ofrecer las bases para que los Estados y el sector privado pudieran erigir un marco de seguridad para los sistemas informáticos.⁶⁵
- c) La ONU, siguiendo una línea de trabajo similar a la de la OCDE, elaboró en 1994 el “Manual de las Naciones Unidas sobre Prevención y Control de Delitos Informáticos” con intención de ofrecer las bases para que los Estados y el sector privado pudieran erigir un marco de seguridad que proteja los sistemas informáticos. Ésta fue una de las herramientas más importantes a nivel internacional en la lucha contra los delitos informáticos, tanto por su nivel de concreción

⁶¹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁶² Sobre la anterior regulación de los daños informáticos —aunque creemos extensible al resto de los delitos descritos— ya se manifiesta MARCHENA GÓMEZ, M., “El sabotaje informático: entre los delitos de daños y los desórdenes públicos”, en *Internet y Derecho Penal. Consejo General del Poder Judicial*, núm. 10, Madrid, 2001, p. 363, al señalar que “el día a día demuestra que esa visión [delitos en los que el interés primordial es el patrimonio de la víctima] ha sido desbordada por una realidad que impide ver en el patrimonio ajeno el único bien jurídico dañado o amenazado por la acción delictiva”.

⁶³ Recommendation n° R(89)9 of the Committee of Ministers to Member States on Computer-related Crime and Final Report of the European Committee on Crime Problems (aprobada por el Comité de Ministros el 13 de septiembre 1989 en la reunión 428 de Delegados), Council of Europe Publishing and Documentation Service, Estrasburgo, 1990.

⁶⁴ En la Recommendation n° R(89)9 on computer-related crime..., ob. cit., pp. 36-68, se reconocen dentro de la lista mínima el fraude informático, la falsificación informática, daños a datos o programas informáticos, el sabotaje informático, el acceso ilícito, la interceptación ilícita y delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La lista opcional de conductas a regular incluye la alteración de datos o programas informáticos, el espionaje informático, la utilización de un ordenador sin consentimiento de su titular y la utilización de un programa informático sin el consentimiento de su titular.

⁶⁵ OCDE: “Guidelines for the Security of Information Systems”, 1992:

www.oecd.org/internet/interneteconomy/oecdguidelinesforthesecurityofinformationsystems1992.htm

como por realizarse en el seno de la mayor organización internacional que existía.⁶⁶

Resulta importante señalar que la legislación mexicana de 1999, que introduce los delitos informáticos, toma la correcta —y poco común— decisión de incorporar a su ordenamiento la normativa internacional, con pocos cambios en lo sustancial. Así, mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de mayo de 1999, se introdujo un nuevo Capítulo II en el Título IX del Libro II referente al “Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática”, y que comprende los actuales 211 bis 1 y 211 bis 7. Estos siete artículos del Código Penal federal recogen casi en su totalidad las conductas que ponen en riesgo la seguridad en los sistemas de información, y además lo hacen desde una perspectiva no tanto individual, sino de defensa de intereses colectivos. Ello se puede observar a la perfección en el nivel de detalle alcanzado en su redacción, en especial en el párrafo segundo de los artículos 211 bis 2 y 211 bis 3 cuando tipifica el acceso y el daño informático a ordenadores del Estado, que ha sido ampliado a los equipos de seguridad pública en 2009.⁶⁷ En la misma línea tipifica el acceso y daño a sistemas informáticos de entidades financieras del país. Tipo penal absolutamente novedoso en aquel momento y previsor de la importancia de la informática en el siglo que estaba por venir.

Lo cierto es que hoy por hoy, mediada la segunda década del siglo XXI, aquella decisión de introducir en el ordenamiento penal mexicano las recomendaciones internacionales con tal nivel de detalle ha permitido a México ser pionero en la regulación de la delincuencia informática en el mundo, y un buen ejemplo para el resto de países de nuestro entorno, como sin duda es España.

Es igualmente cierto, y debemos señalarlo que no parece que esté todo el camino recorrido en la legislación mexicana, pudiendo, como propongo, para la española, deslindar definitivamente a los delitos informáticos de otros tipos penales y crear un nuevo Título que recoja, sustancialmente, lo contenido en los artículos 211 bis 1 a 211 bis 7, pues, como hemos señalado, parece que cuestiones contenidas en esos

artículos referidas al orden público —como son los párrafos segundo y tercero de los artículos 211 bis 3 y siguientes— mucho tienen que ver con lo que hemos venido a denominar en este artículo “seguridad en los sistemas de información” como bien jurídico autónomo y digno de protección penal, y algo menos con el bien jurídico intimidad con el que comparten Título en el Código Penal federal.

Por otro lado, el Código federal no contempla lo que se ha venido a llamar abuso de dispositivos que faciliten la comisión de delitos, actividades que empiezan a ser consideradas un elemento básico de la delincuencia informática más bien a partir del Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest de 2001. Es cierto también, y así debe ser advertido, que tales hechos típicos se encuentran de forma más o menos extensa contenidos en los códigos penales de las entidades federativas, aunque siempre desde una perspectiva del fraude económico, y no como hechos merecedores de protección desde la perspectiva de la seguridad en los sistemas de información.

En todo caso, y concluyendo este brevíssimo curso, la legislación penal mexicana a nivel federal es un buen espejo donde debería mirarse el ordenamiento español, pues en definitiva de eso se trata, y es labor de los que nos dedicamos a la investigación saber valorar los aciertos ajenos y proponer la introducción de los mismos en los ordenamientos que de forma más cercana nos afectan.

4. Opinión del autor

Reconociendo las bondades de la actual normativa que ha venido a completar el ordenamiento penal español en casi todos los aspectos en los que la regulación no respondía a los designios internacionales al respecto, a la hora de hacer un análisis crítico de la regulación española se plantean algunos problemas no resueltos. El más importante es el relativo a la determinación del bien jurídico protegido por los delitos informáticos. La doctrina más clásica y el legislador español afirman que el único bien jurídico —o los únicos bienes— que se protegen en estos delitos son bienes jurídicos tradicionales, en los que la única novedad es la aparición

⁶⁶ ONU: “Manual de las Naciones Unidas sobre prevención y control de delitos informáticos”, en *Revista Internacional de Política Criminal*, núms. 43 y 44, Naciones Unidas, 1994.

⁶⁷ DECRETO de 24 de junio de 2009 por el que se adicionan diversas disposiciones al Código Penal federal: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf/CPF_ref100_24jun09.pdf.

La seguridad en los sistemas de información como un bien jurídico de carácter autónomo

de un sistema informático en algún momento del proceso delictivo. El hecho de realizarse tales ataques por medios informáticos, o contra elementos informáticos, no confiere una naturaleza diferente al bien jurídico protegido.

Por su parte, la doctrina más moderna —que es coincidente con la seguida por el legislador en México para la regulación de este fenómeno—, por el contrario, cree que esta interpretación no es adecuada, pues si bien es cierto que se protegen unos bienes individualizables y concretos, junto a ellos se propone la existencia de un nuevo bien jurídico colectivo merecedor de protección penal.

Es cierto también que en España no se han realizado estudios pormenorizados de la situación y existen escasas propuestas al respecto, pero parece fuera de toda duda que la realidad ha evolucionado de tal manera que cuando se ataca un sistema informático no sólo se está produciendo un daño concreto para un individuo concreto, sino que se está vulnerando “algo más”, cuyo objeto no se ha sabido definir detalladamente todavía, pero que gira en torno a la idea de libertad informática y la seguridad en los sistemas informáticos, que deben ser considerados autónomamente como valores protegibles y protegidos de nuestro ordenamiento. Una sociedad interconectada, como la actual, debe tener un ordenamiento que sea consciente de la importancia de la herramienta que interconecta a la propia sociedad y la proteja directa y autónomamente.

Debemos, por tanto, confirmar lo acertado de la tendencia a incardinar la relevancia de la seguridad en los sistemas informáticos tanto en la libertad individual de los ciudadanos como en la protección de valores colectivos de la sociedad; y a este respecto conviene aplaudir la pionera legislación en México. La seguridad informática en un elemento de peso considerable en la configuración de una sociedad libre y segura. Y así debe ser considerada en los ordenamientos más avanzados.

5. Bibliografía

- ADÁN DEL RÍO, C., “La persecución y sanción de los delitos informáticos”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 20, 2006.
- ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “Consideraciones político criminales sobre la delincuencia informática: el papel del derecho penal en la red”, en *Internet y Derecho Penal. Consejo General del Poder Judicial*, núm. 10, 2001.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ A.C., “Los daños informáticos en la Unión Europea”, en *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 1, 1999.
- AROCENA, G.A., “De los delitos informáticos”, en *Revista de la Facultad de Derecho UNC*, vol. 5, núm. 1, 1997.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, 1999. BAJO FERNÁNDEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010.
- BARRIO ANDRÉS, M., “La ciberdelincuencia en el Derecho español”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 83, 2011.
- COTINO HUESO, L., *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- DE ESTEBAN ALONSO, J., y GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *Tratado de Derecho constitucional. II*, 2ª ed., Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., y HERNÁNDEZ DÍAZ, L., “El delito de daños informáticos. Una tipificación defectuosa”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 29, 2009.
- DÍAZ GÓMEZ, A., “El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest”, en *REDUR*, núm. 8, diciembre de 2010.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, C., “Delitos informáticos”, en *Base Informática*, núm. 43, 2009.
- FERNÁNDEZ LÁZARO, F., “La Brigada de Investigación Tecnológica: la investigación policial”, en VELASCO NÚÑEZ, E. (dir.), *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?*, Consejo General del Poder Judicial/Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006.
- GALÁN MUÑOZ, A., “Expansión e intensificación del derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 15, 2006.
- GALLARDO RUEDA, A., “Delincuencia informática: la nueva criminalidad de fin de siglo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 65, 1998.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal*, 4ª ed., Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
- GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., “Reflexiones sobre la ciberdelincuencia hoy. En torno a la ley penal en el espacio virtual”, en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, núm. 3, 2005.
- HEFENDEHL, R., *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- HERRÁN ORTIZ, A.I., *El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales*, Dykinson, 2002.
- HUERTA TOCILDO, S., y ANDRÉS DOMÍNGUEZ, C., “Intimidad e informática”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 6, 2002.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- LÓPEZ, A., “La investigación policial en Internet: estructuras de cooperación internacional”, en *Revista de Internet, Derecho y Política. Revista d’internet, dret i política*, núm. 5, 2007.
- MATA Y MARTÍN, R.M., *Delincuencia informática y derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001.
- _____, “Criminalidad informática: una introducción al cibercrimen”, en *Actualidad Penal*, núm. 36, 2003.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, N., “Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código Penal”, en DIEGO, DÍAZ-SANTOS M.R., y SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000.
- MAZA MARTÍN, J.M., “La necesaria reforma del Código Penal en materia de delincuencia informática”, en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 2, 2003.
- MIR PUIG, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 14, 1991.
- _____, *Delincuencia informática*, PPU, Barcelona, 1992.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MORILLAS CUEVA, L., “Nuevas tendencias del Derecho penal: Una reflexión dirigida a la ciberdelincuencia”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 94, 2008.
- NAVA GARCÉS, A.E., *Delitos informáticos*, 2ª ed., Porrúa, México, 2007.
- PÉREZ LUÑO, A.E., “La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución española de 1978”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 9, 1979.
- _____, *Manual de informática y derecho*, Ariel, 1996.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte especial de Derecho penal*, t. III, 2ª ed., Revista Derecho Privado, Madrid, 1978.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho penal*, 4ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2010.
- REQUEJO NAVEROS, M.T., *El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética*, Colex, Madrid, 2006.
- REYNA ALFARO, L.M., “La criminalidad informática: cuestiones para una reflexión inicial”, en *Actualidad Penal*, núm. 21, 2002.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., y ALONSO GALLO, J., “Derecho penal e Internet”, en FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A., CREMADES GARCÍA, J., e ILLESCAS ORTIZ, R. (coords.), *Régimen Jurídico de Internet*, La Ley, Madrid, 2001.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Protección penal de la propiedad industrial”, en VV.AA., *Propiedad industrial. Teoría y práctica*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- ROVIRA DEL CANTO, E., *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Comares, Granada, 2002.
- ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General*, t. I, Thomson Civitas, Navarra, 1997 (reimpresión de 2008).
- SALOM CLOTET, J., “Delito informático y su investigación”, en VELASCO NÚÑEZ, E. (dir.), *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?*, Consejo General del Poder Judicial/Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006.
- SÁNCHEZ MEDERO, G., “Internet: Un espacio para el cibercrimen y el ciberterrorismo”, en *Crisis analógica, futuro digital. Actas del IV Congreso Online del Observatorio para la Cibersociedad, celebrado del 12 al 29 de noviembre de 2009*, Meddia, cultura i comunicació (edición electrónica sin numerar).
- URBANO CASTRILLO, E., “Infracciones patrimoniales por medios informáticos y contra la infor-

La seguridad en los sistemas de información como un bien jurídico de carácter autónomo

mación, como bien económico”, en VELASCO NÚÑEZ, E. (dir.), *Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?*, Consejo General del Poder Judicial/Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006.

_____, “Los delitos informáticos tras la reforma del CP de 2010”, en *Delincuencia informática. Tiempos*

de cautela y amparo, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

WOHLERS, W., “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico”, en HEFENDEHL, R., *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Disfunciones procesales y garantías constitucionales en el sistema ideado por la LO 5/2000, de 5 de enero, de responsabilidad penal del menor

Santiago Javier Granado Pachón

Universidad de Huelva (España)

RESUMEN: El presente trabajo realiza un análisis sobre la afectación del sistema procesal creado por la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM) LO 5/2000 en torno a determinadas garantías constitucionales. Estas injerencias sobre Derechos fundamentales relacionados con el proceso hacen discutible su acierto. La edad del enjuiciado no permite justificar el carácter irrecurrible de las resoluciones de incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, ni la posibilidad de que el mismo Juez de Menores que intervino las comunicaciones telefónicas enjuicie al infractor o que establezca una regulación relacionada con el instituto de la conformidad, que vulnere el derecho a un proceso equitativo. Con todo, el legislador es ajeno a estas disfunciones procedimentales, hasta el punto de que la actual reforma del Código Penal incorporada por la LO 1/15, de nuevo olvida regular pormenorizadamente el instituto de la prescripción para los menores, consintiendo una hermenéutica desfavorable para éste, que se concreta en la aplicación analógica in malam partem.

PALABRAS CLAVE: Disfunciones procesales, responsabilidad penal de los niños, prescripción, procedimiento equitativo, analogía in malam partem.

ABSTRACT: This paper analyzes on the involvement of the judicial system created by the Spanish Law about criminal responsibility of children (LORPM): LO 5/2000 regarding certain constitutional guarantees. These interference on fundamental Rights issues with the process, make arguably its success. The age does not justify the unappealable nature of the decisions to initiate the proceedings for the prosecution, or the possibility that the same juvenile judge intervened telephone communications prosecute the offender or to establish a regulation concerning the agreement that violates the right to a fair trial. However, the legislator did not receive these procedural failures, to the extent that the current Spanish reform of the Criminal Code incorporated by LO 1/15 again forgets to prescribe in detail the statute of limitations for minors, consenting to an unfavorable hermeneutics as the analogy in malam partem.

KEY WORDS: Procedural dysfunctions, criminal responsibility of children, prescription, fair procedure, analogy in malam partem.

SUMARIO: 1. Disfunciones en la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor (LORPM 5/2000) en torno al derecho “al juez ordinario predeterminado en la ley”. 2. Disfunciones en torno al derecho a un proceso equitativo en la regulación de “la conformidad” de la LO 5/2000. 3. Consideraciones sobre la aplicación analógica del instituto de la prescripción en la LO 5/2000 a partir de las reformas del código penal por la LO 5/2010 y LO 1/2015. 4. Aspectos críticos de la fase de instrucción en la LO 5/2000: la omnipresencia del Ministerio Fiscal y la posible afectación a garantías constitucionales.

1. Disfunciones en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM 5/2000) en torno al derecho “al juez ordinario predeterminado en la ley”

El artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Libertades Fundamentales consagra el derecho al juez natural o al juez ordinario predeterminado en la ley, con las notas de independencia e imparcialidad.¹ Del mismo modo, nuestro sistema interno, a través del artículo 24.2 de la Constitución Española (CE), lo regula dentro del conjunto de los derechos fundamentales de la persona, en consonancia con el derecho a un proceso con todas las garantías. Al respecto, el Tribunal Constitucional Español (TC), en numerosas sentencias, entiende que el derecho al juez ordinario predeterminado en la ley constituye una garantía jurisdiccional que forma parte de las garantías básicas del proceso, siendo la primera de ellas, hasta el extremo, que sin juez imparcial no hay proceso judicial.²

Atendiendo a esta trascendental importancia del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, de natural extensión a todo proceso judicial, cabe analizar si los mecanismos procesales contenidos en la LORPM se ajustan debidamente al invocado derecho fundamental, en tanto que los artículos 16.4, 28.2, 23.3, 26.1 y 3, 33 e) de la citada norma parecen seriamente cuestionarlo en vista de que legitiman un

contacto previo del juez que ha de dictar sentencia, con el material probatorio antes de la audiencia que dé lugar a aquella.³

Este contacto por parte del Juez de Menores con el material referido se produce en distintos momentos procesales, y puede obedecer a diversos motivos. El primero que puede señalarse deriva de la regulación de la responsabilidad civil. En efecto, desde el momento en que en la LORPM se permite que, en el contexto de la pieza de responsabilidad civil, el juez pueda conocer el material probatorio ya actuado en la correspondiente fase de instrucción, así como incorporar del expediente principal a dicha pieza separada los testimonios de particulares y las actas de audiencia que considere relevantes para la decisión, se están determinando soportes legales que habilitan a la contaminación del juez, quien no debe haber conocido ni participado de elementos fácticos derivados de la instrucción del proceso.

En idéntico sentido, la LORPM contempla la posibilidad de que “ante el juez de menores” se practiquen pruebas relevantes, cuyo resultado será objeto de valoración ulterior en la correspondiente Audiencia. Este aspecto procesal aparece contemplado en el artículo 33 e)⁴ que permite la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa, a pesar de ser denegadas por el Ministerio Fiscal en la instrucción, siempre que las considere relevantes y que no puedan practicarse en el transcurso de una audiencia sino precisamente ante él.⁵ Una vez

¹ Vid. art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el cual reconoce que toda persona tiene derecho a que su causa sea conocida por un Tribunal independiente e imparcial. Del mismo modo, importa recordar también el sentido constitucional que tiene, en el proceso penal, la imparcialidad objetiva, única que aquí interesa. Tal sentido no es otro que el de asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contactos previos con el objeto del proceso, por haber sido instructores de la causa. (Vid. SSTC 145 Y 164/88, 11 y 106/89, 55 y 98/90, 138 y 151/91, 113 y 136/92.)

² Vid. Sentencia del TC 41/2005. Por otro lado, en aras de garantizar este derecho fundamental, nuestro ordenamiento configura determinados mecanismos que pretenden dotarlo de efectividad. En este sentido, la LOPJ regula la abstención y la recusación como soportes fundamentales del referido derecho. El art. 54.11 de la LECRIM regula como una posible causa de recusación “Haber participado en la instrucción de la causa penal”.

³ Esta cuestión no es nueva. El Juzgado de Menores de Valencia núm.1, a través del expediente 6/2001, elevó cuestión de inconstitucionalidad sobre determinadas disposiciones de la LORPM por entenderla contraria a determinados derechos fundamentales, entre ellos al derecho al juez ordinario predeterminado en la ley. El TC en ST de 5 de julio de 2012 (EDJ 2012/167217) entendió que tales preceptos estaban en conformidad con la Constitución Española.

⁴ Cfr art. 33 e) de la LORPM: “En los casos no previstos en el artículo anterior, a la vista de la petición del Ministerio Fiscal y de los escritos de alegaciones de las partes, el Juez adoptará alguna de las siguientes decisiones: e) practicar por sí las pruebas propuestas por las partes y que hubieran sido denegadas por el MF durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 de la presente ley, y que no puedan celebrarse en el transcurso de una audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas, dará traslado de los resultados al MF y a las partes personadas, antes de iniciar las sesiones de la audiencia”.

⁵ MARTÍN SÁNCHEZ, A., “Instrucción del procedimiento. Reglas generales”, en *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en VV.AA., CGPJ, Madrid, 2000, p. 125, haciendo referencia a la imposibilidad de recurrir la resolución del Ministerio Fiscal sobre la denegación de las pruebas solicitadas por el letrado de la defensa, específica que el letrado podrá reproducir la petición ante el Juez de Menores, cuestión que puede plantear serios problemas de contaminación del “juez imparcial” al poder practicar diligencias propias de la instrucción.

practicadas deberán ser remitidas al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, con carácter previo al inicio de las sesiones de la audiencia, propiciándose un contacto previo con el material sustentador del proceso, de todo punto incompatible con la contaminación y con la imparcialidad predicable de los órganos jurisdiccionales.

Un aspecto que cobra especial relevancia en las posibilidades contaminadoras de la imparcialidad judicial es el relativo a la práctica de determinadas diligencias de investigación, que por su afectación a los derechos fundamentales, deben ser autorizadas de manera exclusiva por el órgano jurisdiccional en el cual concurre la función de enjuiciar al menor investigado, cuyas diligencias necesarias a tal fin fueron autorizadas por aquel. El propio artículo 23.3 de la LORPM así lo expresa cuando dice: “El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de los derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de la investigación. El juez de menores resolverá sobre esta petición mediante auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada”. Como se observa, tal habilitación choca con los parámetros de imparcialidad predicables en toda función jurisdiccional, constituyendo una considerable disfunción sobre la que planea la sombra de la inconstitucionalidad.

En todo caso, existe problema de fondo fácilmente reconocible, que parte de la aplicación supletoria de la ley procesal penal: la Ley de Enjuiciamiento criminal (LECRIM),⁶ y que permite trasladar a la LORPM —caracterizada por la existencia de un Fiscal instructor del procedimiento— una regulación que parte del principio acusatorio mixto, por el que un órgano jurisdiccional asume la función instructora, y por tanto, todas las diligencias de investigación necesarias para el esclarecimiento de los hechos que puedan ser acordadas conforme a derecho, y también la de conocer y

enjuiciar el material fáctico recabado durante la fase de instrucción. La disfunciones que origina toda esta regulación se traducen en la posible recusación del Juez de Menores, órgano jurisdiccional único, y a quien le corresponde no sólo la práctica material de tales diligencias de investigación, como puede ser la intervención telefónica del menor u otras que estime necesarias, sino también la de ser quien debe juzgarlo e imponer la medida. En este sentido, atendiendo a la supletoriedad mencionada, podría resultar de aplicación el artículo de 54.11 de la LECRIM en el que se predetermina como motivo de recusación: “Haber sido instructor de la causa”.

Ahora bien, estos argumentos no parecen bastar para declarar la inconstitucionalidad de preceptos que permiten la injerencia del Juez de Menores en la fase de instrucción. El TC en Sentencia de fecha 60/1995, de 17 de marzo, se pronunció rechazando una cuestión de inconstitucionalidad sobre la adopción de medidas cautelares adoptadas por el Juez de Menores a instancias del Ministerio Fiscal, fundada en la vulneración al juez ordinario predeterminado por la ley, resolviendo definitivamente que no existía atentado contra la imparcialidad. Esta sentencia fue dictada seis años antes de la entrada en vigor de la LORPM y sus argumentos han servido de lanzadera defensiva acerca de la inexistencia de vulneración constitucional, tanto para la doctrina como para sentencias posteriores del propio TC. En particular, DOLZ-LAGO⁷ efectúa una aplicación analógica de la referida sentencia al supuesto planteado, de tal manera que la entiende extensivamente aplicable al Juez de Menores que autoriza y practica una diligencia restrictiva de derechos fundamentales a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, si solicitando ésta aquél le fuera denegada ex artículo 26.1 en relación con el artículo 33 e) de la LORPM, entendiéndose que el Juez de Menores sería recusable si la practicara de oficio sin petición de parte. En el mismo sentido, dicha imparcialidad no se verá

⁶ La Disposición Final primera de la LORPM declara derecho supletorio a la LECRIM, en particular lo dispuesto en los trámites de Procedimiento Abreviado, regulado en el Título III del Libro IV de la misma. Como expone DOLZ-LAGO, M.J., “Algunas consideraciones sobre la entrada y registro e intervenciones postales, telegráficas y telefónicas, en el proceso penal de menores”, en *Anuario de Justicia de Menores*, Astigi, 2010, p. 29, “hay que tener en cuenta que el artículo 2 de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, retituló el libro IV de la LECRIM, y el Título III, relativo al procedimiento abreviado, pasó al Título II, reservándose de nuevo el Título III al procedimiento de enjuiciamiento rápido por delito. La reforma operada por la LO 8/2006 no se percató de este cambio legislativo y mantiene en la disposición primera de la LORPM la referencia al Título III del Libro IV de la LECRIM al declarar derecho supletorio el procedimiento abreviado, cuando en realidad se corresponde al Título II y no III del libro IV de la vigente LECRIM. Ello no obsta para seguir entendiéndose supletorio de primer grado el procedimiento abreviado y no el enjuiciamiento rápido para determinados delitos”.

⁷ Cfr. DOLZ-LAGO, ob. cit., p. 31. También puede consultarse ARROM LOSCOS, R., *El proceso penal con implicación de menores*, Universitat de les illes Balears, IUB, Colección Assaigs Jurídics 8, 2003, p. 31.

Disfunciones procesales y garantías constitucionales

comprometida siempre y cuando el órgano judicial limite su resolución motivada a las peticiones del Fiscal, ya sea para aceptarlas o denegarlas, concluyendo que sólo a partir del examen particularizado de cada una de las diligencias es posible aventurar una respuesta.⁸ De ahí que, siguiendo esta doctrina, “sólo será recusable el Juez de Menores que en la práctica restrictiva del derecho fundamental hubiera abandonado una posición neutra adoptando decisiones que supongan una participación en la instrucción de la causa, con pérdida de imparcialidad objetiva”.⁹ Con carácter general, avala esta posición, el auto del TS de fecha 3 de febrero de 2011, emitido en la causa relacionada con la memoria histórica en la que estuvo implicado el Magistrado Baltasar Garzón, según el cual: “[...] se ha puntualizado, no obstante, que lo decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad estén plenamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias del caso concreto”.¹⁰

En todo caso, y en nuestra opinión, la regulación de la LORPM en materia de diligencias de investigación presenta disfunciones procesales en una materia tan básica como la afectante al derecho al juez ordinario predeterminado en la ley. En este sentido, no cabe desconocer que tal garantía constitucional se ve mermada porque la norma da pábulo a esas posibilidades en todos y en cada uno de los procesos de menores, lo que indica una alta probabilidad de vulneración efectiva, y porque al fin y al cabo el Juez deberá adoptar una decisión que podrá verse influenciada por el contacto con el material fáctico, sin que sea válida la justificación de la constitucionalidad de tales preceptos, a través del recurso relativo “a la valoración del caso concreto”, dadas las dificultades probatorias de contaminación. Por último, cabe señalar que nunca existió un procedimiento judicial donde tanto el ejercicio de la función jurisdic-

cional como la relativa al interés público y de legalidad fueran tan comunicables entre sus integrantes, ocasionando una ambivalencia funcional desconcertante.

2. Disfunciones en torno al derecho a “un proceso equitativo” en la regulación “de la Conformidad” en la LORPM

El derecho de los menores a un proceso penal equitativo fue estudiado por TEDH en sus sentencias de 16 de diciembre de 1999 (Caso Bulger: V.c. Reino Unido y T.c. Reino Unido). En las mismas se considera que este derecho es entendido en su apreciación conjunta con el derecho del acusado a participar activamente en el proceso penal, de manera que no sólo esté presente en juicio, sino que pueda escuchar y seguir el procedimiento. Esto se concreta en la exigencia esencial de que los menores acusados de una infracción penal sean tratados de una forma que tenga en cuenta su edad, su grado de madurez, su nivel intelectual, su capacidad emocional, así como la adopción de medidas que favorezcan la comprensión del procedimiento y su participación en el mismo.¹¹ En nuestra Constitución se incluye este criterio, en su artículo 24.

Pues bien, no cabe desconocer que la singularidad característica de la LORPM puede escapar al entendimiento y comprensión del menor, cuando éste es sometido a un proceso de tal naturaleza, al no resultar fácilmente comprensibles ni entendibles distintos aspectos procesales. Observase que la LORPM ofrece mayores posibilidades de contaminación judicial que la regulación referida al procedimiento de mayores, como igualmente no se puede tener certeza de qué órgano será el encargado de aprobar la solicitud de diligencias probatorias propuestas por la defensa, o cuál es la razón de por qué el Ministerio Fiscal asume en un determinado momento procesal la posición de parte, cuando inicialmente fue instructor del proceso y cuando en algún otro asumió, sin embargo, el papel de protector.¹² Estas

⁸ Cfr. SALA DONADO, C., *El proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal*, Universidad de Gerona, 2002, p. 263.

⁹ Cfr. DOLZ-LAGO, ob. cit., p. 37.

¹⁰ *Id.* Auto del TS de 3 de febrero de 2011 (Sánchez-Melgar), citado por DOLZ-LAGO, ob. cit., p. 37.

¹¹ Cfr. GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., “Un nuevo reto para la Unión Europea: la delincuencia juvenil”, en VV.AA., *Un Derecho penal comprometido, homenaje a Landrove Díaz*, ob. cit., p. 562.

¹² Resultan interesantes, en este plano, las consideraciones de SÁNCHEZ MARTÍNEZ, FRANCISCO DE ASÍS, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 176 y ss., donde consideraba que ante el extraño protagonismo del Fiscal, el Juez se ve convertido en un “convidado de piedra” generándose una especial situación por la que se otorga a aquel un difícil papel casi esquizofrénico al asumir, por un lado, funciones punitivas, y por otro el papel de representante del menor en juicio y fuera del mismo, diciéndonos textualmente: “Así, pues, primero debe poner en evidencia al menor —hacerle asumir el rol de acusado, algo sin duda poco educativo— y luego protegerle y aplicar las medidas educativas en su interés”.

cuestiones encierran una gran complejidad no solo jurídica, sino también material, para quien adolece de la capacidad de comprensión del adulto, pudiendo dar lugar a dificultades prácticas para lograr una participación efectiva del menor en el procedimiento. En este sentido, es interesante la sentencia del TEDH de 15 de junio de 2004,¹³ la cual expresa: “El derecho a una participación efectiva se garantiza cuando el menor acusado tiene una comprensión amplia de la naturaleza del procedimiento judicial y de lo que éste representa para él, incluido el significado de la pena que se le pudiera imponer”. De ahí que sea fundamental, como garantía nuclear del proceso, que el menor conozca no sólo el alcance de la medida que se adopte, sino también, y de manera específica, el procedimiento concreto o la fase procedimental de que dimana la imposición de dicha consecuencia.

Como es sabido, la resolución que ponga fin al procedimiento no tiene por qué tener su origen en la fase de audiencia, existiendo otras fases procesales de las que puede derivar una resolución sobre el fondo. De hecho, nuestra LORPM regula toda una suerte específica de naturaleza procedimental caracterizada por su celeridad, que camina desde el reconocimiento de los hechos por el menor hasta el establecimiento de la consecuencia jurídica, siempre que ésta sea previamente aceptada por el afectado, quien además debe poseer un amplio conocimiento de sus particularidades. Tratamos, como ha podido intuirse, con el instituto de la conformidad.¹⁴ Esta institución da virtualidad no sólo a cuestiones ambientales del procedimiento, como la celeridad o la economía procesal, pretendiendo dar facilidad al cumplimiento de la medida por cuanto se hace más fácil ejecutarla si se cuenta con el consentimiento del menor. Sin embargo, entendemos que en su regulación por la LORPM, se vulnera el derecho a un proceso equitativo, como a continuación expresaremos.

La LORPM parte de la regulación de dos tipos de conformidades. La primera es conocida como

conformidad *previa a la audiencia* (artículo 32 de la LORPM),¹⁵ y la segunda es la conformidad *en el mismo acto de la vista* (artículo 36 de la LORPM). La conformidad previa a la audiencia únicamente permite llegar a ella cuando se solicite una medida distinta al internamiento, cualquiera que sea su modalidad. Esta solicitud debe ser realizada conjuntamente por el menor y su letrado, sin que de oficio pueda ser acordada por el Ministerio Fiscal o por el Juez de Menores. Sin embargo, la conformidad del artículo 36 de la LORPM nos ofrece una regulación que parece escaparse de las consideraciones subjetivas de su destinatario, tan reclamadas por la sentencias del TEDH, como son las indicaciones relativas a la madurez o a la edad, en cuanto presupuestos que pueden condicionar la acertada elección de su designio sancionador en el procedimiento.

Pues bien, el derecho a un proceso equitativo en el sentido propuesto por el TEDH se ve vulnerado, porque el artículo 36 de la LORPM permite la conformidad sobre cualquier medida de las regladas en la ley, incluida el internamiento en régimen cerrado, sin límite temporal alguno, salvo los propios del régimen general. En este sentido, la conformidad en el régimen penal de adultos puede resultar más beneficiosa, pues existen límites que impiden determinadas conformidades.¹⁶

No obstante, con la aplicación del artículo 36 de la LORPM se está permitiendo que puedan alcanzarse acuerdos para un internamiento en régimen cerrado que exceda de los seis años y un día, que, como decimos, constituye el límite temporal marcado en la LECRIM. Es más, a esta conformidad que puede alcanzarse en el mismo acto de la audiencia, puede llegarse en contra de la opinión del letrado del menor, eso sí, siempre que el Juez de Menores lo autorice, razone y motive en su sentencia, posibilidad que hace brotar reminiscencias pasadas acerca del amplio poder del juzgador en los

¹³ Cfr. GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., ob. cit., p. 562.

¹⁴ La principal ventaja que aporta el instituto de la conformidad es la posibilidad de materializar la pretensión de celeridad procedimental dando respuesta efectiva a la producción múltiple de delitos y faltas. En el caso de la Jurisdicción de menores, toda la normativa internacional incide en la idea de asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos, para que ella pueda tener una acción educativa y eficaz.

¹⁵ Vid. art. 32 de la LORPM: “Si el escrito de alegaciones de la acusación solicitara la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e) a ñ) del apartado 1 de artículo 7 y hubiere conformidad del menor y de su letrado, así como de los responsables civiles, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de Menores en los términos del artículo 36, éste dictará sentencia sin más trámite. Cuando el menor y su letrado disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará la audiencia a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad”.

¹⁶ Vid. art. 655 de la LECRIM, por el que no se permite conformar un asunto con pena superior a pena correccional, esto es, seis años y un día de prisión.

Disfunciones procesales y garantías constitucionales

procesos de menores. De ahí que sobre esta regulación planea de manera evidente la vulneración a un proceso equitativo, pues al menor infractor, a pesar de su edad y de la baja intensidad en su propio desarrollo emocional, se le está permitiendo aceptar la medida más severa que, sin límite alguno, le pueda imponer el Juez de Menores. Parece conveniente, por tanto, una revisión de su articulado, al contradecir los principios constitucionales e internacionales referidos.

3. Consideraciones sobre la aplicación analógica del instituto de la prescripción en la LORPM a partir de las reformas del Código Penal por la LO 5/2010 y la LO 1/2015

El instituto de la prescripción gobernada por la LORPM, tanto en lo referido a los delitos como a las medidas impuestas, parte de un doble contenido, por cuanto de manera autónoma e independiente establece plazos concretos prescriptivos en su artículo 15, y por otro lado remite de manera supletoria a las disposiciones del Código Penal en lo referente al cómputo general de los plazos de prescripción y su interrupción, que se encuentran regulados por el artículo 132 de éste cuerpo legal, sucesivamente reformado por la ley 5/2010 de 22 de Junio¹⁷ y por la LO 1/15. En particular, esta última reforma ha perdido una gran oportuni-

dad para remediar los problemas que viene planteando la prescripción en el sistema de justicia juvenil, continuando el legislador con su perpetuo silencio.

Las diferencias afectantes a la LORPM, derivadas de la reforma de la Ley 5/2010 de 22 de junio, son sustanciales con respecto al régimen anterior, sin que la actual reforma propiciada por la LO 1/15 haya ejercido influencia alguna en todo el entramado relacionado con la prescripción. En este aspecto es interesante destacar que mientras el antiguo artículo 132.2 del Código Penal establecía que “la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena”, el artículo 132.2 del Código Penal¹⁸ —Ley 5/2010— dispone que: “Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta”.

La reforma del Código Penal (LO 5/2010) origina un problema en las bases de la articulación de la interrupción de la prescripción en el ámbito de la LORPM, por cuanto deja en entredicho la capacidad

¹⁷ La reforma del Código Penal en materia de prescripción aparece justificada a través del punto IX de su Exposición de Motivos, donde se concreta “que en el ámbito de la prescripción del delito, con el objeto de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada del instituto, que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos. Para llevar a cabo esta tarea, se ha prestado especial atención a la necesidad de precisar el momento del inicio de la interrupción de la prescripción estableciéndose que ésta se produce, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable. Para entender que ello ocurre se requiere, cuando menos, una actuación material del Juez Instructor. Del mismo modo, se ha considerado necesario abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción pueda tener la presentación de denuncias o querellas, y para ello se opta por suspender el cómputo de la prescripción por un máximo de seis meses o dos meses, según se trate de delito o falta, desde dicha presentación, siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada. Si el órgano judicial no la admite a trámite o no dirige el procedimiento contra la persona denunciada o querellada, continúa el cómputo de prescripción desde la fecha de la presentación. También continuará el cómputo si dentro de dichos plazos el Juez no adopta ninguna de las resoluciones citadas”.

¹⁸ El nuevo apartado 2 del art. 132 dice: “La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes: 1ª. Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta. 2ª. No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia. Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia. Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo”.

del Ministerio Fiscal para interrumpir la prescripción de delitos y faltas cometidos por menores, al socaire de su carácter no judicial, cualidad que lo hace difícilmente conciliable con la habilitación y potestad necesaria para el dictado de “una resolución judicial motivada” que pueda originar la interrupción.¹⁹ Es en este sentido en el que cabe predicar la influencia negativa de la reforma señalada sobre la LORPM. El legislador, quien parece acudir según estime oportuno o no a un visión unitaria del ordenamiento jurídico penal,²⁰ olvida²¹ los pormenores jurídicos y procesales de la Jurisdicción de menores y la afectación que por subsidiariedad puede generar cualquier modificación en el contenido de determinadas instituciones. La situación actual se concreta en que se ha generado la existencia de resoluciones encontradas entre distintas Audiencias Provinciales, algunas de las cuales realizan una hermenéutica en contra del reo. En realidad, la mencionada reforma del Código Penal originó en esta materia disfunciones en la aplicación material del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE, como también en el principio de legalidad penal.

Ahora bien, la FGE en su Circular 9/11, pretendiendo salvar y paliar los efectos negativos de la reforma del Código Penal en la LORPM, propone una posible solución forzando una interpretación extensiva de los llamados “Decretos del Fiscal” afirmando

que, “no obstante la reforma del Código Penal, el decreto de incoación del expediente del Fiscal goza de capacidad interruptiva, por ser el Fiscal el instructor y quien dirige el proceso, aun cuando sólo puede producirse una vez incoado el expediente de reforma y no en las diligencias preliminares de investigación”. No obstante, a pesar del esfuerzo por parte de la FGE de otorgar dicha potencia a tales decisiones del Fiscal, éstas, de manera objetiva, no gozan del carácter jurisdiccional requerido, que queda reservada siguiendo el artículo 45 de la Ley orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) o el artículo 141 de la LCRIM a las denominadas Providencias, Autos y Sentencia emanadas directamente de los jueces y Tribunales.²²

Este argumento pretendido por la FGE ha sido válido para algunas Audiencias Provinciales. Así, la Sentencia de la AP de las Palmas de 21 de noviembre de 2011 (Recurso 24/2011),²³ acoge esta interpretación extensiva recogiendo de modo expreso que no se produce una interpretación en contra de Reo, sino que se trata de un asimilación integradora de una evidente imprevisión legal que debe completar el aplicador jurídico. Este razonamiento es también compartido por la AP de Santa Cruz de Tenerife²⁴ en sentencia de fecha de 9 de diciembre de 2013, mencionando que a través de la labor integradora realizada por los aplicadores jurídicos en este ámbito, no se hace necesario

¹⁹ Antes de la reforma, los juzgados de menores venían aplicando de manera unánime la Circular 1/2007 de 23 de noviembre, de tal manera que se entendía interrumpida la prescripción por las actuaciones del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción, como consecuencia de que el referido artículo 132.2 no exigía el carácter jurisdiccional de tales resoluciones.

²⁰ No se olvide que las primeras reformas de la LORPM tuvieron como excusa la modificación del Código Penal en materia de terrorismo, y de otros delitos especialmente graves.

²¹ A este olvido se refiere igualmente la SAP de Madrid de fecha 16 de enero del año 2012, afirmando que el legislador de la reforma de 2010 ha olvidado las peculiaridades del procedimiento establecido en la LORPM y particularmente la asignación, al Ministerio Fiscal, de la función instructora ex artículos 16 y 23 de la misma.

²² *Vid.* ST AP de Guadalajara, Sentencia N° 43/12, de fecha 19 de abril de 2012, en el Recurso de Apelación 94/2012, por la que no cabe reconocer naturaleza de resolución judicial motivada, según la dicción del vigente artículo 132.2.1° del CP a los Decretos de la Fiscalía de Menores.

²³ *Vid.* Sentencia AP de las palmas de 21 de noviembre de 2011. Esta sentencia, consciente del problema surgido por la reforma del Código Penal, sigue la línea doctrinal marcada por la FGE, entendiendo que la asimilación del Fiscal de menores, en su ámbito, al juez de instrucción, no es ajena a la propia jurisprudencia constitucional, bastando recordar al respecto la STC 206/2003 que al analizar la naturaleza del procedimiento de menores previsto en la Ley de menor refiere que en la misma se atribuyen al Fiscal las actuaciones de investigación que, si bien formalmente no son sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción formalmente equiparable a la del sumario. Luego, al parecer de la Sala, son perfectamente equiparables los efectos del Decreto del fiscal con la resolución judicial exigida por el artículo 132.2 del CP. Por otra parte, la mención que esta Sentencia realiza a la propia del Tribunal Constitucional olvida, sin embargo, que este mismo tribunal garante del cumplimiento de los derechos fundamentales, en otra Sentencia número 30/2005 / EDJ 2005/3697, por la que vuelve a analizar la cuestión relativa al valor probatorio de las declaraciones prestadas por un coimputado menor de edad ante el fiscal de menores, se apartó de dicha doctrina, matizándola de esta manera: “la declaración inculpativa se realizó no ante un órgano judicial investido constitucionalmente de imparcialidad, sino ante el Ministerio Fiscal sin posibilidad de contradicción”.

²⁴ Sigue también esta misma línea la jurisprudencia de imprescriptibilidad de la AP de Álava en Sentencia de 22 de abril de 2012 (EDJ 2012/376335), que entiende que es bastante para interrumpir la prescripción la resolución del Juzgado de Menores o incluso el Decreto Fiscal en el que se ordena la incoación del expediente y se establece una imputación a un menor por parte del Fiscal. *Vid.* ST de Sec. 2 de la AP de Albacete, de fecha 2 de febrero de 2012 (n° 25/2012), ST de la Sec. 1ª de la AP de Badajoz de 16 de diciembre de 2011.

Disfunciones procesales y garantías constitucionales

elevant al legislador petición alguna de reforma legislativa de la LORPM.²⁵ Sin embargo, otras Audiencias Provinciales, como la de Barcelona en sentencia de 13 de marzo de 2012,²⁶ entiende que una aplicación coherente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hace en gran parte inaplicable al proceso de menores la regulación de la prescripción contenida en el Código Penal vigente, produciéndose una situación de vacío normativo que comporta consecuencias indeseadas tanto para el legislador como para los operadores, proponiendo una reforma urgente de la LORPM que colme dicha laguna legal.

Llegados a este punto, nuestra postura no debe ser otra que la mantenida por el criterio seguido en la ST de la Audiencia Provincial de Barcelona, pues únicamente a través de una regulación autónoma del instituto de la prescripción dentro de la LORPM podrían solventarse las disfunciones materiales que se producen en la aplicación de la justicia, siempre en aras de la promoción de la Seguridad jurídica y de respeto a los derechos fundamentales. Avala esta necesidad reformadora el pronunciamiento que sobre la prescripción de las penas ha recogido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 22 de Junio de 2000,²⁷ cuando nos dice que “es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, así como con los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción”. Esta declaración incluida en la sentencia referida aboga por llenar de contenido la Seguridad Jurídica derivada de la aplicación del instituto de la prescripción a través de la actividad legislativa, en detrimento de utilizar la vía interpretativa con los riesgos propios derivados de las contradicciones. Tal es el riesgo, que nuestro TC también se ha pronunciado al respecto acerca de la interpretación que pudiese hacerse sobre vacíos normativos relacionados con la prescripción. En particular,

la Sentencias 29/2008, de 20 de febrero, refiere que la prescripción en el ámbito punitivo está conectada con el derecho a la libertad (artículo 17 de la CE) y, por ende, sin posibilidad de interpretaciones en *malam partem* (25.1 CE), resultando conculcado el derecho a la libertad como dicen otras (127/1984, de 26 de diciembre, 28/1985, de 27 de marzo, 241/1994, de 20 de julio, 322/2005, de 12 de diciembre, y 57/2008, de 28 de abril) “[..] tanto cuando se actúa bajo la cobertura impropia de la ley como cuando se proceda contra lo que la misma dispone, y por ello los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor ‘en tanto que perjudiquen al reo’” [...] (SSTC 29/2008, de 20 de febrero ; y 37/2010, de 19 de julio).

4. Aspectos críticos de la fase de instrucción en la LORPM: La omnipresencia del Ministerio Fiscal y la posible afectación a garantías constitucionales

4.1. La omnipresencia de Ministerio Fiscal en la LORPM: la fase instructora y “el papa Fiscal”

Una de las características más llamativas de la LORPM es la atribución al Ministerio Fiscal de una “omnipresencia funcional” en todo el entramado procedimental derivado del sistema penal de menores. Esta omnipresencia determina que el Ministerio Público asuma potestades tan amplias que le permiten tanto ejercitar la acción penal como también realizar las diligencias de investigación necesarias para la comprobación de los hechos que se imputen al menor, así como a falta de progenitores, tutores o guardadores, suplir tal defecto, aunque representado por otro individuo perteneciente al Ministerio Público.²⁸ No obstante, para parte de la doctrina, estas extensas facultades en realidad no se ajustan a la realidad. DOLZ LAGO entiende que no hay instrucción del Fiscal propiamente dicho,

²⁵ Vid. Sensu contrario la ST de la AP de Tarragona, Sección 4, número 474/2012, de 17 de octubre, que entiende necesario elevar petición de reforma a la LOPRM.

²⁶ Vid. la ST de la AP de Barcelona de 13 Marzo de 2012 (EDJ 2012/61335). También en esta misma línea, por la que no se atribuyen efecto de interrupción de la prescripción a los denominados Decretos del Fiscal, cabe destacar la ST de la AP de Lleida de Sec. 1ª de fecha 9 de noviembre de 2012 (Nº 370/2012). Debe mencionarse igualmente la ST AP de Burgos, de 25 de junio de 2012 (EDJ 2012/157863), que entiende que el Decreto del Fiscal, a pesar de ser una resolución motivada, no constituye una resolución judicial a los efectos de la LOPJ. También consultar otras ST como la de la AP de Murcia de 3 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/259050).

²⁷ Vid. la ST TEDH de 22 de junio de 2000, referida al caso Coëme c. Bélgica, § 146.

²⁸ La conocida función de “papa Fiscal” puede contradecir los postulados del artículo 24.1 de la Constitución en cuanto al consagrado principio de unidad de actuación de la Fiscalía.

pues no instruye al modo de la clásica instrucción judicial, ni siquiera investiga, sino que realiza una labor cuasi-burocrática de acopio de certificaciones o dictámenes, que ciertamente determinan que no exista instrucción en dicho expedientes, dada su simplicidad y abundantes confesiones existentes. Es decir, según esta posición, el Ministerio Fiscal no investiga, sino que adquiere un rango de órgano administrativo de formación de un expediente preliminar²⁹ en el que se van uniendo materiales diversos —atestados de la policía judicial, informes del equipo técnico, certificaciones del registro civil, informes periciales sobre la valoración de daños— para decidir qué hacer con el menor infractor; de tal manera que cuando la policía participa la implicación de un menor es porque éste ha confesado, o existen suficientes diligencias de pruebas para implicarlo, que harían innecesaria una investigación posterior del fiscal. En definitiva, según esta posición, el fiscal no investiga porque no tiene nada que investigar, quedando el ejercicio de esa potestad para supuestos muy residuales, donde la Fiscalía de menores puede asumir y llevar a cabo un papel de efectiva dirección en la investigación.³⁰ Esta visión también es compartida por algunos autores que entienden que el Fiscal es un órgano administrativo y sus pesquisas, aunque estén destinadas a incorporarse a un proceso judicial futuro, no son actos jurisdiccionales; el proceso penal comienza más tarde, una vez que el juez de menores recibe el expediente del Fiscal, con su escrito de alegaciones.³¹ Se alude, por tanto, a la naturaleza administrativa y no procesal de la denuncia presentada ante el Fiscal o la policía judicial y de ahí la correlativa consecuencia exigida por la ley de la necesidad de comunicación al órgano judicial.³²

En este sentido, de admitirse la naturaleza administrativa del Fiscal en el proceso de menores, cabe cuestionar la validez de las diligencias practicadas a su criterio, que permite equipararlas a las llamadas diligencias policiales, que poseen una eficacia muy limitada en el proceso de adultos. En todo caso, nuestro TC³³ se ha pronunciado sobre el valor de las diligencias de investigación iniciadas por el Ministerio Fiscal, otorgándole un valor superior a las diligencias puramente gubernativas o policiales.

En contra de esta postura, Ríos Martín,³⁴ retrotrayéndose a la anterior LO 4/1992, ejemplifica su posición afirmando que se atribuyen facultades jurisdiccionales hasta el punto de que si el juez tuviera conocimiento de la comisión de algún delito o falta por algún niño mayor de 12 años, debería ponerlo en conocimiento del Ministerio Público. De esta manera, el Fiscal, además de tener la potestad de incoar el expediente, dirige la investigación de los hechos e impulsa el procedimiento correspondiente. Esta situación implica una clara violación del principio de unidad jurisdiccional establecido en el artículo 117 de la CE, en el que se establece que la justicia se administra por juez y magistrados integrantes en el poder judicial.

Otras de las funciones que asume el Ministerio Fiscal en la LORPM es la de representar al menor imputado, ante la ausencia de padres, tutores o guardadores legales, que se antoja cuanto menos curiosa para éste, de manera que mientras interroga al detenido, otro compañero conocido como “papa Fiscal”³⁵ observa la declaración en sustitución de los padres, tutores o guardadores, y con asistencia letrada. Esta posibilidad plantea problemas de garantías y de definición de términos, pues pone en cuestión si deben pertenecer a la misma institución tanto el que acusa como el que

²⁹ Cfr. MARTÍN PASTOR, J., *La dirección de la investigación oficial por el Ministerio Fiscal en el proceso de menores*, Anuario de justicia de Menores, Astigi, 2003, p. 80. Este autor, acertadamente, hace una pregunta: ¿Qué ha motivado que la fiscalía se haya convertido en una oficina administrativa de recolección de documentos, más que un ente investigador de pruebas? Para DOLZ LAGO, “la respuesta no sólo procede de la escasa tradición investigadora propia de las Fiscalías, ni de sus escasos recursos personales y materiales, ni de la práctica de evitar dilaciones prescindiendo de testimonios o declaraciones que, inevitablemente, tienen que reproducirse ante la autoridad judicial, sino, más bien, de la escasa entidad objeto de la investigación y de numerosas confesiones de los menores infractores”.

³⁰ Cfr. DOLZ LAGO, *El Fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la ley Orgánica de la ley 4/1992*, Fiscalía General del Estado, Madrid, 1995, pp. 857-894.

³¹ Cfr. LÓPEZ LÓPEZ, A.M., “Instrucción del procedimiento de menores, diligencias previas y preliminares”, p. 5. Disponible en: www.fiscalía.org.

³² *Vid.* TORRES ROSELL, N., *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1991, p. 127.

³³ *Vid.* la ST del TC 206/2003, de 1º de diciembre.

³⁴ Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C., *ob. cit.*

³⁵ Tanto el Fiscal instructor como el que asiste al menor se encuentran sometidos a las mismas finalidades del artículo 1º del Estatuto Orgánico de Ministerio Fiscal en cuanto que pertenecen a la misma institución, siéndoles de aplicación los principios de jerarquía y de unidad de actuación.

Disfunciones procesales y garantías constitucionales

protege ante la acusación, y, sobre todo, si en esta función de protección cabe insertar la posibilidad de dar instrucciones al menor. En este aspecto, la solución propuesta por la LORPM es insatisfactoria cuando menos errónea.³⁶ Este autor, con quien nos mostramos conformes, ofrece una solución que ya aparece pre-determinada en la propia ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 8, que referido a “la integración de la capacidad procesal” de los incapaces —y *el menor lo es*— permite el nombramiento de un defensor judicial mediante providencia, lo cual supone, de por sí, un expediente rápido y sencillo.³⁷ A este respecto, cabe decir que la figura del defensor judicial a que se refiere el artículo 163 se complementa mucho mejor que el nombramiento de un miembro del Ministerio Fiscal, con las necesidades del menor. La falta de capacidad de obrar no se integra con la mera presencia de alguien de forma pasiva, sino que el defensor judicial, nombrado para un asunto concreto, tiene funciones activas, relativas a la ordenación de lo necesario para el asunto para el que se nombra, en la misma medida que quienes ejercen la patria potestad.³⁸

Como acertadamente pone de manifiesto el autor citado, una de las funciones que deberá asumir el defensor judicial será la de contratar los servicios de un abogado —cuya presencia es preceptiva— o solicitarlo de oficio, lo que, de igual modo, implica una declaración de voluntad para cuya emisión es precisa la plena capacidad de obrar.³⁹ Siendo evidente que, en caso de detención y desamparo, deba citarse a la entidad pública que por Ministerio de la Ley asuma la tutela conforme al artículo 172 del Código Civil,

quien deberá ser nombrada defensora judicial disponiendo de lo necesario para que el interrogatorio del menor, tanto en las diligencias policiales como en presencia del Ministerio Fiscal en su caso, se realice garantizando el derecho de defensa a través de letrados nombrados por la misma. Se hace, pues, necesaria una reforma de la ley en los términos expuestos.

En nuestra opinión, resulta difícil entender la razón de la potestad jurídica que otorga a un órgano administrativo la posibilidad de decidir o no la apertura de un procedimiento estrictamente judicial, habida cuenta de que el Ministerio Fiscal no se limita hacer acopio de diligencias, sino que entra en una íntima relación con lo actuado, asumiendo una función que le permite dar un destino jurídico y razonado a aquellas, y sustentar o no una pretensión judicial, encarnando funciones que se alejan de la esfera administrativa y que se acercan a la estrictamente judicial. De hecho, en la fase inicial de procedimiento le está permitido realizar las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión,⁴⁰ pudiendo en consecuencia admitir o no una denuncia, o no incoar el expediente en virtud del artículo 18 de la LORPM,⁴¹ realizando por tanto funciones reservadas a la potestad jurisdiccional. De hecho, en esta línea, la principal afrenta contra la anterior doctrina parte de la propia naturaleza jurídica de la institución del Ministerio Fiscal, por cuanto éste aparece condicionado por su carácter de órgano no judicial,⁴² que a la postre implica la desposesión técnica de la potestad necesaria para decidir la apertura de un procedimiento penal de esta naturaleza, dado que

³⁶ Vid. NOGUERIA GANDÁSEGUI, S., “Observaciones críticas al proceso penal de la Ley reguladora de la responsabilidad de los menores”, en *Anuario de Justicia de Menores*, Astigi, 2003, p. 131.

³⁷ Vid. NOGUERIA GANDÁSEGUI, S., ob. cit., p. 131.

³⁸ Cfr. NOGUERIA GANDÁSEGUI, S., ob. cit., p. 133.

³⁹ Cfr. NOGUERIA GANDÁSEGUI, S., ob. cit., p. 133.

⁴⁰ Cfr. art. 16.2 de la LORPM: “Quienes tuvieren la noticia de algún hecho de los indicados en el apartado anterior, presuntamente cometido por un menor de 18 años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no a trámite la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito; custodiará las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. La resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieran formulado la misma”.

⁴¹ Cfr. art. 18 de la LORPM: “El MF podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes especiales. En tal caso, el MF dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado”.

⁴² La dirección de esta fase procedimental se atribuye a un órgano distinto del juez de menores, en concreto al Ministerio Fiscal, con la finalidad de preservar la necesaria imparcialidad del órgano judicial en un momento posterior, quien acometerá el enjuiciamiento de los hechos. Como acertadamente expone ARROM LOSCOS, en proceso penal, ob. cit., p. 57: “Dicha atribución al Ministerio Fiscal no es más que el reflejo de un opción legislativa, pues la finalidad perseguida, la citada imparcialidad del juzgador, podría haberse alcanzado también, atribuyendo la investigación al juez de instrucción”.

tal facultad decisoria se inserta dentro de la función jurisdiccional. Avala esta cuestión el hecho de que la propia LORPM, en su artículo 16,⁴³ ordene al Ministerio Público dar cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores, quien debe iniciar las diligencias de trámites correspondientes.

4.2. Afectación al derecho de defensa ex artículo 24.2 de la CE

Como venimos repitiendo a lo largo de éste capítulo, al Ministerio Fiscal en el proceso de menores se le ha dotado de un conjunto de funciones y potestades que rivalizan con las judiciales en cuanto a la importancia de su contenido, pues no sólo se le dota de funciones inspectoras, sino también decisorias, al ser el único acusador legitimado para actuar en el proceso penal de menores decidiendo sobre la oportunidad de iniciar o no el proceso.⁴⁴ Esto significa que la primera imputación al menor sobre los hechos, se realizará mediante una resolución del fiscal conocida como “Decreto de incoación”, que se dicta tras la realización de las previas comprobaciones derivadas de las diligencias preliminares, donde deberán recabarse los indicios existentes que justifican la incoación de expediente⁴⁵ y que puede nacer sin necesidad de que el menor sea previamente oído.

La inexistencia de una fase intermedia en el proceso de menores trae como consecuencia la posibilidad de que el menor conozca por primera vez la imputación de los hechos en el momento de darle traslado al Juez de Menores del escrito de alegaciones del Fiscal, de acuerdo con el artículo 31 de la LORPM después de la apertura del trámite de audiencia, de modo que el menor no habría declarado con anterioridad como imputado.

Con base en STC 186/1990, 100/1996, 149/1997, una de las garantías del derecho al proceso justo reside en que el sometido a un proceso penal adquiera la condición de imputado para conocer los hechos que se le atribuyen antes de ser acusado, que el juez instructor está obligado a oír al acusado antes de cerrar la instrucción e ilustrarle de sus derechos, así como que no se puede recibir declaración testifical cuando de las diligencias pueda inferirse la sospecha de que el declarante ha participado en el hecho punible.

Es en esta línea, donde encontramos el origen de la disfunción, por cuanto la LORPM omite la obligatoriedad de la audiencia al menor ante el instructor. Téngase en cuenta que el propio artículo 26.2 de la LORPM parte de la posibilidad de que aquél no haya declarado todavía, pues aunque el letrado pida la declaración, y aunque el Fiscal está obligado a recibirla, esta obligación puede decaer en el caso de que hubiere concluido la instrucción y hubiese elevado el expediente al juzgado de menores, sin más trámites. En este sentido, no compartimos la opinión de algunos autores,⁴⁶ que entienden que es difícil que en la práctica se produzca la posibilidad de que sea legalmente posible que el Fiscal acabe la instrucción sin haber oído al menor.⁴⁷ Entiende, en este sentido, SALOM ESCRIVÁ que es de aplicación la doctrina del TC sobre el procedimiento abreviado —STC 185/1990, de 15 de noviembre— y, en consecuencia, el Fiscal no podrá redactar el escrito de alegaciones —equivalente al de acusación— sin haber oído previamente al menor o dado al mismo la posibilidad de declarar.

Ahora bien, la integración legal en la fase de aplicación de la ley siempre es peligrosa, en cuanto que autoriza a indebidas omisiones fundamentales. En

⁴³ Vid. art. 16.1 de la LORPM: “Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el artículo 1º de esta ley. 2. Quienes tuvieren noticia de algún hecho de los indicados en el apartado anterior, presuntamente cometido por un menor de 18 años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no trámite de la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito; custodiará las piezas y documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la aprobación del hecho y de la responsabilidad del autor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. La resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieran formulado la misma. 3. Una vez efectuada las actuaciones indicadas en el apartado anterior, el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores, quien iniciará las diligencias de trámite correspondientes”.

⁴⁴ Cfr. SALOM ESCRIVÁ, J.S., “La intervención de Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de menores”, en VV.AA., *Justicia penal de menores y jóvenes, análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 221

⁴⁵ Cfr. SALOM ESCRIVÁ, J.S., ob. cit., p. 223.

⁴⁶ Por todos: SALOM ESCRIVÁ, J.S., ob. cit., p. 223. Este autor considera de suma importancia la declaración del menor en presencia del Ministerio Fiscal, porque ello servirá para que el menor ratifique su declaración ante la policía o la modifique o se retracte de ella, circunstancias que debe tener en cuenta el Fiscal y valorarlas antes de redactar su escrito de alegaciones.

⁴⁷ Posibilidad observada por Alberto M. López, que considera de suma importante la declaración del menor ante el Ministerio Fiscal, por cuanto servirá para que el menor ratifique su declaración ante la policía o la modifique o se retracte de ella, circunstancias que debe tener en cuenta el Fiscal y valorarlas antes de redactar su escrito de alegaciones.

Disfunciones procesales y garantías constitucionales

este sentido, la omisión de dicha obligatoriedad *ex lege* por los artículos 26.2 y 31 de la LORPM llevó al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado de Menores de Valencia, que a través del auto de fecha 19 de junio de 2001 denunciaba lo siguiente: “[...] Se advierte que, en el caso, el menor no declaró ante el instructor ni ante el Juez de Menores ante el juicio oral, siendo inaceptable, en opinión del órgano judicial proponente, que el menor haya estado internado en régimen cerrado sin haber podido defenderse o cuestionar su detención ante el propio instructor del expediente”.⁴⁸ El planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad pone entre las cuerdas la fase preliminar prevista por la LORPM, porque no prevé un trámite de audiencia al expedientado durante la instrucción, paralelo al de la adquisición de la condición de imputado en la instrucción penal, en la medida en que dichos preceptos no exigen que el instructor oiga al menor como imputado antes de formular acusación.⁴⁹ La sentencia del TC de 5 julio de 2012 resuelve negativamente la cuestión de inconstitucionalidad propuesta, con un argumento material, como es la existencia en Ley de otros trámites relevantes en el ejercicio del derecho de defensa del menor en la fase de instrucción, y con otro de índole más formal, pues se justifica tal ausencia de regulación ante la necesidad de reducir trámites procesales durante la instrucción del expediente, en aras de que

el proceso penal de menores se encuentra inspirado en este principio, intentando evitar la estigmatización y los efectos desfavorables en el menor que la propia sustanciación del proceso o su excesiva duración puedan ocasionarle.⁵⁰

En definitiva, tratamos con una omisión que genera una disfunción procesal consentida por el legislador. Si acudimos de manera comparativa a la reglamentación garantista de tal derecho proclamado en la LECRIM, puede observarse con detenimiento que los menores en esta fase inicial del procedimiento no cuentan con las garantías procesales previstas en los artículos 118 y 789.4 de la LECRIM, como consecuencia de que, una vez recibida la denuncia por el Ministerio Fiscal, éste puede proceder directamente conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la LORPM o, lo que es lo mismo, puede llevar a cabo la práctica de las diligencias que estime pertinente para la comprobación del hecho e investigar la responsabilidad del menor en su comisión, pero sin necesidad de que el afectado tenga conocimiento de la existencia de la *notitia criminis*, ni tampoco de la iniciación de diligencias en su contra para la averiguación de aquellos; dado que la regulación procesal de la LORPM provoca un traslado fortuito del principio de contradicción —que posee naturaleza universal en todo procedimiento judicial propio un estado de derecho— hasta prácticamente la fase ulterior de intervención judicial.⁵¹

⁴⁸ Esta cuestión de inconstitucional se planteó por el Juzgado de Menores de Valencia a través del auto de fecha 19 de junio de 2001, por el que dicho juzgado decidió elevar a cuestión de inconstitucional determinadas disposiciones de la LORPM, entre ellas los artículos 26.2 y 31 de la misma, razonando el órgano judicial con base en las STC 186/1990, 100/1996, 149/1997 y otras citadas por éstas, conforme a las cuales una de las garantías del derecho al proceso justo reside en que el sometido a un proceso penal adquiera la condición de imputado para conocer los hechos que se le imputan antes de ser acusado, que el juez de instrucción está obligado a oír al acusado antes de cerrar la instrucción e ilustrarle de sus derechos, así como que no se puede recibir declaración testimonial cuando de las diligencias pueda inferirse la sospecha de que el declarante ha participado en el hecho punible.

⁴⁹ Vid. STC Pleno de 5 de julio de 2012, “Antecedentes del hecho”, apartado b).

⁵⁰ Vid. STC Pleno de 5 de julio de 2012, p. 22. De igual modo, la circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 hace una referencia importante sobre la instrucción del proceso penal del menor. La primera es la necesidad de simplificarla y agilizarla, debiendo circunscribirse a la práctica de aquellas diligencias imprescindibles para decidir el sobreseimiento o la acusación, que sean distintas de las producidas por la Policía Judicial en el atestado o el propio Fiscal en la fase preliminar. Y la segunda, que será la fase de audiencia (la vista), con mayor importancia que en el procedimiento de adultos, donde se realizarán los informes y pericias que el caso requiera, evitando el alargamiento de la instrucción, ya que en éste procedimiento no es de aplicación estricta el principio de proporcionalidad infracción-sanción, por lo que la concreta determinación, por ejemplo, de los días de curación de la víctima, no es imprescindible para deducir la propuesta final del Fiscal.

⁵¹ Vid. Circular de la Fiscalía General de Estado 1/2000, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 15 de enero de 2000, p. 327. “[...] La instrucción del expediente, exceptuadas las medidas cautelares, las diligencias restrictivas de los derechos fundamentales, la declaración del secreto y la preconstitución de la prueba, deviene competencia y responsabilidad de Fiscal, desplazándose la tutela judicial efectiva sobre las vicisitudes acaecidas en el desarrollo de la investigación a una fase ulterior del proceso, tras la presentación del oportuno escrito de defensa [...]”

⁵² La polémica sobre lo que se ha denominado “metamorfosis del Ministerio Fiscal” no es nueva. Ésta se inicia con la conocida Sentencia de TC de 36/1991 de 14 de febrero, que declaró inconstitucional buena parte de los preceptos de la LTTM, que fueron considerados no conformes con las garantías constitucionales; declarando inconstitucional un proceso de naturaleza inquisitiva, que propició un vacío normativo a expensas de la promulgación de la nueva ley. Fue la Ley 4/1992, de 5 de junio, la que atribuyó al MF la dirección de la investigación y la iniciativa procesal, de manera que quede preservada la imparcialidad del juzgador. Ocurre, así, que las facultades que atribuía aquella ley al Fiscal son idénticas a las que actualmente asume.

A pesar de las quiebras objetivas denunciadas, algún sector doctrinal sostiene que no es procedente ni oportuno denunciar la posible inconstitucionalidad de la LORPM, alegando que el Ministerio Fiscal,⁵² en esta etapa preliminar del procedimiento, ejerce una función administrativa—*como anteriormente hemos expuesto*—, y que la auténtica fase judicial comienza cuando el Juez de Menores recibe el expediente incoado por aquel; por lo que no pueden ser extrapolables los parámetros recogidos en la LECRIM a la LORPM para paliar las fuertes restricciones que sufren tanto el derecho de defensa como el de contradicción, en la etapa preliminar. Por otro lado, no faltan quienes sostienen una postura mixta o intermedia,⁵³ por la que la naturaleza de la fase preliminar participa de elementos administrativos y jurisdiccionales, debido a que en esta etapa se producen actos procesales reservados a la exclusiva potestad jurisdiccional.

En nuestra opinión, no podemos compartir ninguna de las posturas recogidas en las líneas anteriores, en aras de preservar el derecho fundamental a la defensa que posee todo imputado. En este sentido, que se reconozca que en la fase preliminar del procedimiento se producen fuertes restricciones del derecho de defensa y del principio de contradicción conforme a una tarea administrativa, no significa que desde el punto de vista administrativo tales restricciones deban ser admisibles. Por otro lado, la LORPM contiene un ritual que sirve de complemento al Código Penal, del que además absorbe sus tipos, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, la protección a los bienes jurídicos, siendo supletoria en sus disposiciones a lo predeterminado en aquella, por lo que no cabe calificar otra cosa, en aras de la seguridad jurídica, que su merecimiento como una norma que contiene disposiciones procesales de naturaleza judicial, pero con una fase preliminar injustificadamente inquisitiva. Es más, no entendemos que la necesidad de evitar los efectos desfavorables que en el menor puede producir la propia sustanciación del proceso o su duración excesiva, trate de remediarse justificando la falta de un encuentro personal obligatorio del menor con el instructor del expediente, quien puede instar la

incoación del mismo y poner de manifiesto la existencia de indicios racionales de criminalidad sobre el infractor, sin oírlo personalmente. No estamos de acuerdo en que dicha falta pueda ser colmada a través de su presencia en la fase de audiencia ante el órgano judicial, como única posibilidad exculpatoria física del mismo, pues pretendiéndose evitar la estigmatización de menor en cuanto a que se encuentra sometido a un procedimiento judicial, paradójicamente debe esperar a la cumplimentación de todas las fases procesales que van a tramitarse hasta llegar a la fase de audiencia, para al fin encontrarse físicamente con quien puede oír su versión de los hechos. De esta realidad se infiere toda una suerte de *deshumanización procesal* de tal naturaleza, que hasta la fase de audiencia únicamente constan las circunstancias personales de identidad del menor como únicos elementos de los que ha tomado conciencia el juzgado.⁵⁴ Con todo, la brevedad del proceso no siempre se podrá conseguir, dadas las dificultades procesales para la localización de testigos o incluso para recabar informes periciales, y demás avatares procedimentales, por lo que sería conveniente, en todo caso, a pesar de los argumentos materiales proporcionados por la Sentencia del Tribunal constitucional antes mencionada, oír al menor con carácter previo a todo trámite procesal, dadas las mayores posibilidades de alcanzar el sobreseimiento en aras de la salvaguarda del propio interés superior del menor, para evitar precisamente el sometimiento de mismo a la dilación inherente a todo procedimiento judicial del que el proceso de menores tampoco escapa.

4.3. *Afectación al Derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 de la CE*

Una de las peculiaridades más llamativas de la institución del Ministerio Fiscal en este procedimiento es que sus resoluciones poseen un carácter “no judicial”. Estas resoluciones, denominadas decretos, tienen la característica insólita de que no *puedan ser recurribles*, haciendo imposible su impugnación a pesar de ser desfavorables para el menor. Es decir, no cabe recurso alguno frente a la admisión de denuncia, como

⁵³ Esta línea es mantenida por DE LA OLIVA SANTOS, Á./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R., *Derecho procesal penal*, Cera, 2004. También *vid.* MONTERO AROCA, J./ORTELLS RAMOS, M./GÓMEZ COLOMER, J.L./MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional, III*, Tirant lo Blanch. Valencia. 2014.

⁵⁴ Realmente, que el protagonismo y la participación del menor en el procedimiento de menores, hasta que llega la fase de audiencia, se reduzca a figurar de manera formal en el mismo, a través de una mera consignación de sus datos personales en el expediente, impide su participación efectiva y por tanto apunta a una posible vulneración del derecho a un proceso judicial equitativo en los términos referidos.

Disfunciones procesales y garantías constitucionales

tampoco sobre los distintos archivos que pudieran recaer en la fase preliminar, ya sea por causa de edad, por causa de no constituir infracción penal, por prescripción o por concurrir una excusa absoluta.

Igualmente cabría contar con la operatividad de las llamadas causas de exención de la responsabilidad criminal, referidas por el Código Penal en sus artículos 20.1, 20.2 y 20.3, para la enajenación mental, trastorno mental transitorio, intoxicación plena por ingestión de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas, o alteración en la percepción con grave alteración de la conciencia de la realidad, pues la apreciación de las mismas permite al Ministerio Fiscal dar igualmente por concluido el expediente *de manera inapelable*, solicitando del Juez de Menores la aplicación de las medidas que corresponda —artículos 5.2 y 7.1, letras d) y e), internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio—, quien deberá dar su fallo en sentencia y no a través de un auto de sobreseimiento libre, al resolverse

sobre la aplicación de una consecuencia jurídica relevante para los intereses del menor.

En todo caso, la circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 buscó una respuesta jurídica ante el carácter inimpugnable de los decretos emanados de los fiscales, afirmando que aquellas, no contienen un juicio definitivo sobre el fondo de la cuestión, sin que nada impida su revisión futura. La respuesta de la FGE en la circular señalada no produjo ningún efecto sedante en torno al citado carácter no impugnado de las decisiones de los representantes jerarquizados de aquella institución, pues, como ha venido declarando el Tribunal Constitucional de manera reiterada, el acceso al recurso forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución, que, sin embargo, no ha sido tenido en cuenta por el legislador, en aras de garantizar la protección judicial efectiva sobre el desarrollo de la fase preliminar de la LORPM.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal (*)

Ciro Grandi

Università degli Studi di Ferrara (Italia)

RESUMEN: *El Derecho penal de la Unión Europea es una realidad patente que no puede desatenderse. La influencia, directa o indirecta, de los organismos europeos en la configuración, aprobación y posterior desarrollo de normativas de carácter penal en los Estados miembros de la Unión no puede dejar de ser estudiada. En el presente artículo se analiza el rol del Parlamento Europeo en la aprobación de directivas de armonización penal, acudiendo a recientes ejemplos que ponen de manifiesto la permanente evolución de este proceder legislativo.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho penal europeo, directivas, Parlamento Europeo, procedimiento legislativo.*

ABSTRACT: *The criminal law in the European Union is a manifest reality that cannot be ignored. The direct or indirect influence of European organisms in the design, approval and further development of a criminal regulation in the member's states of the Union should be analyzed. The present paper reviews the role of the European Parliament in the approval of rules for criminal harmonization, appealing to recent examples that demonstrate the permanent evolution of this legislative authority's behavior.*

KEY WORDS: *European criminal law, rules, European Parliament, legislative proceeding.*

SUMARIO: *1. Parlamento Europeo y democracia penal. 2. El fortalecimiento del rol del Parlamento Europeo de Roma a Lisboa. 3. Las críticas ante la falta de poder de iniciativa legislativa del Parlamento Europeo. 4. El desarrollo real de los poderes del Parlamento Europeo en el procedimiento legislativo ordinario: las negociaciones informales y la disciplina relativa. 5. La posición de ventaja del Parlamento en la fase de primera lectura. 6. El impacto tangible de la intervención parlamentaria en la formulación de directivas de armonización penal. 7. Conclusiones.*

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

(*) Traducción de la versión italiana (*Il ruolo del Parlamento Europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*) a cargo de Dr. MIGUEL BUSTOS RUBIO, profesor asociado de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España).

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

1. Parlamento Europeo y democracia penal

Entre los múltiples principios fundamentales de interés penal que se encuentran potencialmente en tensión con las fuentes que afectan al ámbito de los espacios de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea (parte I, título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), juega un papel fundamental el principio de legalidad concebido, en su dimensión nacional, con especial atención al corolario de reserva de ley¹ “tendencialmente absoluta”: un oxímoron imperativo² que gráficamente ha fotografiado el destino permanentemente preocupado por este aspecto de la legalidad penal.

Los recientes acontecimientos acaecidos en la política criminal europea, con la aprobación de un primer conjunto de directivas de armonización de carácter sancionador, ofrecen algunas ideas adicionales sobre las relaciones existentes entre las fuentes de la Unión Europea y la democracia penal, un tema ya clásico, pero siempre de permanente actualidad.

El impacto de las fuentes legales europeas sobre los ordenamientos penales internos de cada Estado miembro ha sido, durante mucho tiempo, un hecho indiscutible, sobre el que no hay necesidad de ahondar en este momento;³ baste recordar cómo el Tratado de Lisboa ha establecido definitivamente la atribución de una competencia penal *indirecta* a la Unión Europea, susceptible de ser ejercitada a través de la adopción de *directivas* de armonización penal destinadas a ser recibidas por el ordenamiento interno de cada sistema nacional (art. 83 del TFUE).⁴

El debate actual se produce como consecuencia de una discusión que ha durado varias décadas, centrada en la oportunidad de conferir a las instituciones de Bruselas competencias legislativas en un sector tradicionalmente reservado a la competencia exclusiva de los Estados; un debate que ha estado siempre marcado por el *leit motiv* relativo al *déficit* democrático que caracterizaba —y que, de acuerdo con algunas opiniones, todavía hoy caracteriza— a la estructura

¹ Sobre el hecho de que el Derecho penal europeo deba respetar todos los corolarios de la legalidad penal, incluido el principio de reserva de ley parlamentaria, v. el *Manifiesto on the European Criminal Policy*, documento elaborado por un grupo de penalistas europeos <http://www.crimpol.eu/> disponible también en *European Criminal Law Review*, 2011, pp. 88 ss., así como M. KAFALIA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law, IVI*, pp. 7 y ss.; sobre la compatibilidad entre el sistema de justicia penal europeo configurado en el Tratado de Lisboa y los principios fundamentales del Derecho penal, v. N. GARCÍA RIVAS, “La tutela de las garantías penales tras el Tratado de Lisboa”, en *Revista General de Derecho Penal*, 2010, pp. 1698 y ss.

² M. ROMANO, *La repressione della condotta antisindacale*, Milán, 1974, pp. 171 y ss.; Id., *Commentario sistematico al codice penale*, I, Milán, 2004, sub art. 1, n. 17 y ss.

³ En el marco de una vasta bibliografía, v. A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Turin, 2004; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milán, 2011; G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Milán, 1989; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; B. FERNÁNDEZ OGALLAR, *El derecho penal armonizado de la Unión Europea*, Madrid, 2014, pp. 141 y ss.; S. RIONDANTO, *Competenza penale della Comunità europea: problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padua, 1996; R. RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padua, 1984; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milán, 2011; H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, Múnich, 2012, pp. 60 y ss.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milán, 2005; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milán, 2007; igualmente, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milán, 2010.

⁴ En particular, la técnica recogida en el art. 83 del TFUE prevé la adopción de directivas mínimas relativas a la definición de los delitos y las sanciones en ámbitos de criminalidad de especial gravedad y con dimensión transnacional (§ 1), así como en los sectores que ya estén sujetos a medidas de armonización extrapenal en el marco de determinadas políticas de la Unión, donde la aproximación a las legislaciones de los Estados miembros en materia penal resulta imprescindible para garantizar la aplicación efectiva de las mismas políticas (§ 2). Con referencia a los cambios introducidos por el Tratado de Lisboa, v. AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cargo de G. GRASSO, L. PICOTTI y R. SICURELLA, Milán, 2011; AA.VV., *Europa e diritto penale*, C.E. PALIERO y F. VIGANÒ (eds.), Milán, 2013; M. ACALE SÁNCHEZ, “Derecho Penal y Tratado de Lisboa”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008, pp. 349 y ss.; A. BERNARDI, “La competencia penal accesoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive”, en *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, núm.1, 2012, pp. 43 y ss.; B. FERNÁNDEZ OGALLAR, *El derecho penal armonizado de la Unión Europea*, cit., pp. y 197 ss.; G. GRASSO, “Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea”, en AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, M. BERTOLINO, L. EUSEBI y G. FORTI (eds.), Nápoles, 2011, vol. IV, 2307 y ss.; E. HERLIN-KARNELL, “The Lisbon Treaty. A Critical Analysis of its Impact on EU Criminal Law”, en *Eu crim*, 2010, núm. 2, pp. 59 y ss.; A. KLIP, *European Criminal Law*, Amberes, 2013, pp. 159 y ss.; S. PEERS, “EU Criminal law and the Treaty of Lisbon”, *European Law Review*, 2008, pp. 507 y ss.; C. MAPELLI MARCHENA, *El modelo penal de la Unión europea*, 2014; C. SOTIS, “Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea”, en *Cass. pen.*, 2010, pp. 1146 y ss.; F. VIGANÒ, “Fonti europee e ordinamento italiano”, *Europa e giustizia penale. Speciale di Dir. pen. e proc.*, 2011, pp. 4 y ss.; A. WEYEMBERGH, *Les développements de l'espace européen de justice pénale depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne*, en *Actualités en droit pénal*, F. ROGGEN (ed.), Bruselas, 2012, pp. 36 y ss. Sobre la polémica atribución de una competencia penal *directa* a la Unión Europea, que se ejercite mediante la adopción de reglamentos en el ámbito específico de la protección de los intereses financieros de la propia Unión (art. 86 del TFUE), confróntese las consideraciones realizadas por G. GRASSO, *ult. op. cit.*, pp. 2342 y ss.; y por C. SOTIS, *ult. op. cit.*, pp. 1159 y ss.

tradicional y al procedimiento legislativo de la Unión Europea, hasta el punto de comprometer las instancias en las que se basa el principio de reserva de ley *parlamentaria* en materia penal.⁵

Esta crítica siempre se ha centrado en la debilidad de los órganos de representación en el marco institucional europeo, que depende esencialmente de dos perfiles íntimamente relacionados: en primer lugar, la insuficiente participación en el circuito de toma de decisiones de las asambleas nacionales, primero

autorizando la cesión de soberanía mediante Tratados en materia penal, y relegando después a las mismas asambleas a los márgenes del proceso de elaboración de fuentes de la UE; y, en segundo lugar, la incapacidad del Parlamento Europeo para conferir las mismas fuentes de legitimidad democrática que las que ofrecen las legislaciones nacionales con la intervención de sus parlamentos internos.⁶

Dejando a un lado el primero de estos aspectos,⁷ el presente estudio tiene la intención de centrarse en

⁵ Sobre el tema, en general y por todos, T. RUSSO, *Deficit e anti-deficit democratico nell'ordinamento dell'Unione europea*, Salerno, 2011; más sintetizado, con múltiples anotaciones, C. CROMBEZ, "The Democratic Deficit in the European Union: Much Ado about Nothing", en *European Union Politics*, 2003, pp. 101 y ss.; C. DI LELLO, "Il principio democratico nell'Ordinamento europeo", en *L'Ordinamento europeo, i principi dell'Unione*, S. Mangiameli (ed.), Milán, 2006, pp. 203 y ss.; G. PASQUINO, "Deficit democratico", en *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 2012, pp. 417 y ss.; C. PINELLI, "Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona", en *Rassegna Parlamentare*, 2008, pp. 925 y ss.; P. PIRODDI, "Il Parlamento Europeo nel Trattato di Lisbona tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2011, pp. 801 y ss., con ulteriores y amplios reenvíos bibliográficos a las notas 9 y 64. Para echar un vistazo a un marco exhaustivo de las argumentaciones a tenor de las objeciones relativas al déficit democrático de la UE, tanto más interesante en cuanto contó con una medida neutral destacada por parte de la doctrina extranjera, v. S. C. SIEBERSON, "The proposed European Union Constitution. Will it eliminate the EU's Democratic Deficit?", en *Columbia Journal of European Law*, vol. 10, 2004, pp. 173 y ss.

En perspectiva penal, confirmando tales objeciones, también con referencias a la actuación institucional delineada en el Tratado de Lisboa, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Nápoles, 2012, pp. 293 y ss., y bibliografía allí señalada; Id., "Il Parlamento Europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge", en *Criminalia*, 2012, pp. 534 y ss.; Id., *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, IVI, 2013, pp. 341 y ss.; C. F. GROSSO, "Il fascino discreto della conservazione", en *Criminalia*, 2011, pp. 131 y s.; M. KAFIA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law*, cit., pp. 19 y s.; S. MOCCIA, "Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana", en *Dir. Pen. Proc.*, 2012, p. 929; PAONESSA, *L'avanzamento del "diritto penale europeo"*, cit., c. pp. 315 y s.; M. VENTRELLA, "European Integration or Democracy Integration in Measures Concerning Police and Judicial Cooperation", en *New Journal of European Criminal Law*, vol. 4, 2013, n. 3, pp. 290 y ss. De opinión contraria, A. BERNARDI, "I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo", en *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2012, pp. 30 y ss.; GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 2335 (con ulteriores reenvíos bibliográficos), el cual, por otro lado, había considerado obsoleta la denuncia sobre el déficit democrático de la vigencia del marco institucional precedente al Tratado de Lisboa (v. Id., "Relazione introduttiva", en AA.VV., *Per un rilancio del progetto europeo*, G. GRASSO y R. SICURELLA (eds.), Milán, 2008, p. 5); L. PICOTTI, "Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona", en AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo*, cit., p. 229; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, cit., pp. 159, 461 y ss.; R. SICURELLA, "La costruzione della dimensione penale dell'Unione europea: deriva simbolico repressiva o occasione di approfondimento dei limiti garantistici?", en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2013, pp. 52 y ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., *passim* y, de forma más sintética, Id., "Le 'qualità' della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo", en AA.VV., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 386 ss.

No puede obviarse aquella interesante opinión doctrinal que, como resultado de una profunda investigación sobre la crisis de la reserva de ley, considera hoy que en el marco evolutivo del Derecho penal europeo el corolario de la legalidad puede ser superado, y por lo tanto considera inútil, cuando no dañosa, la búsqueda de un "equivalente funcional" adaptado a las peculiaridades de la estructura institucional de la Unión. La motivación garantista que anima tal fundamento no resultaría en ningún modo frustrada si se indagase una forma de aplicación más adecuada de las leyes penales con un imponente *test* de legitimidad en términos de racionalidad sustantiva y procesal: v. M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, Pamplona, 2011, *passim*; más sintéticamente, Id., "In Pursuit of Basics for a New Principle of Legal Reserve in Supranational Criminal Law", en *European Criminal Law Review*, 2012, n. 3, pp. 252 y ss., y en particular pp. 262 y ss.

⁶ Sobre ello v. J. LODGE, *The Democratic Deficit and the European Parliament*, London-New York, 1991, pp. 27 y ss.; PIRODDI, *Il Parlamento Europeo nel Trattato di Lisbona tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, cit., p. 805.

⁷ Para conocer este argumento con mayor profundidad, nos remitimos a C. GRANDI, "Processo decisionale europeo e democrazia penale. Osservazioni a margine della 'legge quadro' n. 234 del 2012", en *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, n. 2/2013, pp. 43 y ss. Sobre la oportunidad de potenciar el rol ejercitado en el marco del procedimiento normativo de la Unión por parte de los parlamentos nacionales, sin embargo, las opiniones se dividen, no faltando preocupaciones sobre el hecho de que estos últimos serían, inevitablemente, portadores de intereses excéntricos y por tanto disfuncionales a las necesidades de integración europea: v., entre otros, F. FERRARO, "Le fonti del diritto dell'Unione europea", en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 74; A. RUGGIERI, *Fonti europee e fonti nazionali al giro di boa di Lisbona: ritorno al passato o avventura nel futuro?*, IVI, pp. 140 y ss. A favor del fortalecimiento del papel de los órganos de representación nacionales seguido de un ulterior traspaso de competencias al Tratado de Lisboa se ha pronunciado el Tribunal Constitucional alemán en la célebre *Lissabon-Urteil*, sentencia sobre la conformidad constitucional de la legislación interna de autorización a la ratificación del Tratado de Lisboa y de la legislación conexa (BVerfG, 30 de junio de 2009, las versiones en alemán y en inglés también están disponibles en <http://www.astrid.eu/> donde se puede acceder también a los textos de los informes y al contenido de la conferencia "*La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea*", Roma, 21 de septiembre de 2009).

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

el análisis del papel desempeñado en la práctica por el Parlamento Europeo en la atribución de una más sólida legitimidad democrática a las fuentes de la UE en materia penal. Esta cuestión se encuentra a su vez directamente relacionada con dos factores diferenciados: en primer lugar, la capacidad de representación democrática por parte de la institución *per se*, con independencia de la dinámica del procedimiento legislativo. En segundo lugar, los poderes otorgados al Parlamento en el ámbito de ese procedimiento, poderes de los que dependen las posibilidades reales de impacto de elección de órganos para la formulación y posterior aprobación de normas europeas de armonización de los sistemas penales nacionales.

Respecto al primer factor, de acuerdo con un importante sector doctrinal el Parlamento de la Unión sufriría una carencia congénita de aptitud representativa, debida a un nutrido cúmulo de motivaciones de naturaleza esencialmente política, que aquí nos limitamos a dejar mencionadas:⁸ a) la ausencia de un “*demos europeo*” que dé sustancia al valor puramente simbólico hasta ahora adoptado por la ciudadanía de la UE; b) la falta de partidos políticos propiamente europeos, así como de una oposición dialéctica real en el seno del Parlamento de la UE que resulte comparable a la que existe en las asambleas nacionales de los Estados miembros, y que sea capaz de catalizar en el propio Parlamento las diferentes exigencias y opiniones provenientes de las distintas fuerzas sociales y de diferente signo polí-

tico de los pueblos de Europa; c) la frecuente unidad de los parlamentarios de la misma nacionalidad en torno a intereses de su país de origen, con la creación, dentro de la Asamblea, de grupos políticos nacionales de carácter transversal; d) la falta de un sistema electoral único, que resulte aplicable por igual a todos los Estados miembros (se aplican normas diferentes respecto al electorado pasivo, se exigen diversos requisitos de elegibilidad en las listas para concurrir a las elecciones, distinto umbral electoral, etc.); e) la distribución excesivamente ventajosa de escaños para los micro-Estados, en detrimento de los países más poblados, con la consecuencia de que en estos últimos dicha situación generaría un importante distanciamiento en la relación entre sujetos electores y elegidos.⁹ Según algunos, el efecto combinado de estos dos últimos aspectos críticos violaría incluso el principio democrático y el principio de igualdad en el ejercicio de los derechos electorales, comprometiendo los derechos políticos que constituyen la base de la ciudadanía europea.¹⁰

Por su parte, el segundo factor es el que constituye el objeto específico de esta investigación, la cual, después de un excursus sobre la evolución de las prerrogativas generales del Parlamento como parte del *law-making process* europeo, se propone analizar las *formas concretas* en que tales prerrogativas han sido ejercidas durante el proceso de elaboración de las directivas de armonización penal adoptadas tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa,¹¹ así

⁸ Al respecto v., ampliamente, J. CHOFRE SIRVENT, “El Parlamento Europeo y el déficit de partidos políticos”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 11, 2009, pp. 363 y ss.; N. CLINCHAMPS, *Parlement européen et droit parlementaire. Essai sur la naissance du droit parlementaire de l'Union Européenne*, París, 2006, pp. 40 y s.; I. FROMM, “Supranational Criminal Law Competence and the Democratic Deficit of the European Union”, en *Journal of European Criminal Law*, n. 2, 2008, pp. 37 y ss.; V. LIPPOLIS, “I Partiti Politici Europei”, en *Rassegna Parlamentare*, n. 4, 2002, pp. 941 y ss.; F. LAUDANI, *Rappresentanza europea, gruppi parlamentari e deficit democratico*, en www.forumcostituzionale.it, 24 de marzo de 2011; F. RASPADORI, “Il deficit di rappresentatività del Parlamento Europeo: limiti e soluzioni”, en *Studi sull'integrazione europea*, 2009, pp. 125 y ss.; también la argumentación mantenida por el Tribunal Constitucional alemán en la *Lissabon-Urteil* (cfr. *supra*, nota 7, espec. § 284 y ss.).

Para conocer las réplicas (breves) a estas consideraciones, nos remitimos a GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., pp. 117 y ss. e, *IVI*, notas 22-24. Destaca el avance respecto de un auténtico sistema de partidos europeos, como se puede comprobar con ocasión de las últimas elecciones de mayo de 2014. G. CONTI, *L'elezione del Parlamento Europeo del 2014 e il processo di consolidamento dei partiti politici europei*, en www.osservatorioaic.it, julio de 2014.

⁹ Sirva de ejemplo la comparación entre Alemania y Luxemburgo, Estados que eligen un parlamentario, respectivamente, cada 820 000 y cada 67 000 ciudadanos.

¹⁰ F. LAUDANI, *Rappresentanza europea, gruppi parlamentari e deficit democratico*, cit., p. 6.

¹¹ Se trata precisamente de los siguientes actos: Directiva 2011/36/UE, del 5 de abril de 2011, concerniente a la prevención y represión de la trata de seres humanos y la protección de las víctimas, en *DOUE* L 101, del 15 de abril de 2011; Directiva 2011/93/UE, del 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra el abuso y abuso sexual de los menores y de la pornografía infantil, en *DOUE* L 335, del 17 de diciembre de 2011 (la errónea numeración inicial de la Directiva en cuestión, 2011/92/UE, ha sido modificada en *DOUE* L 18, del 21 de junio de 2012); Directiva 2013/40 del 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra sistemas informáticos, en *DOUE* L 218, del 14 de agosto de 2013; Directiva 2014/42/UE, del 3 de abril de 2014, relativa a la congelación y comiso de bienes instrumentales y bienes provenientes del delito en la Unión Europea, en *DOUE* L 127, del 29 de abril de 2014; Directiva 2014/57/UE, del 16 de abril de 2014, relativa a las sanciones penales en caso de abusos de mercado, en *DOUE* L 173, del 12 de junio de 2014; Directiva 2014/62/UE, del 15 de mayo de 2014, sobre la protección mediante el Derecho penal del euro y otras monedas contra la falsificación, en *DOUE* L 151, del

como los *efectos tangibles* en las formulaciones textuales de las citadas directivas.

2. El fortalecimiento del rol del Parlamento Europeo de Roma a Lisboa

No puede existir duda alguna sobre el hecho de que, con objeto de superar el *déficit* democrático apuntado, el papel del Parlamento Europeo en el mecanismo de aprobación de las fuentes de la UE ha sido objeto de un fortalecimiento continuo y gradual en cada uno de los pasos que han marcado la reforma del derecho primario desde el Tratado de Roma al de Lisboa.¹²

Procediendo brevemente, puede recordarse cómo este organismo, inicialmente dotado de poderes casi exclusivos de asesoramiento o consulta, ha visto ampliadas sus competencias hasta el punto de que cada Tratado ha modificado sus áreas de intervención, incluso resultando estos últimos muy variables en el panorama mixto de los procedimientos legislativos, algunos de los cuales ni siquiera han sido totalmente recogidos todavía por vía escrita.¹³

Un hecho decisivo se identifica con la introducción del procedimiento de codecisión, inicialmente previsto en el Tratado de Maastricht y perfeccionado después por el Tratado de Ámsterdam, mediante el

cual el Parlamento Europeo se ha convertido en el actual protagonista del procedimiento legislativo, en una posición de igualdad sustancial con respecto al Consejo: en el marco de este procedimiento, la adopción de la norma en cuestión puede traer causa del acuerdo entre estos dos órganos, los cuales tienen el poder de aportar enmiendas a la propuesta realizada por la Comisión.¹⁴

No podemos dejar de mencionar, sin embargo, que con anterioridad al Tratado de Lisboa el medio previsto para la armonización de los sistemas penales nacionales era la decisión marco del tercer pilar (artículo 34 TUE., en la versión dada por Ámsterdam): este último, a diferencia de las fuentes del primer pilar, fue aprobado por unanimidad y siguiendo un procedimiento que contó con la participación del Parlamento Europeo, con funciones meramente consultivas.¹⁵

Por tanto, a pesar de la progresiva ampliación general de las prerrogativas del Parlamento Europeo, precisamente respecto del ejercicio de competencias mayormente necesitadas de legitimación representativa, contempladas en el marco del tercer pilar, y en relación con materia penal, las fuentes europeas permanecieron implacablemente expuestas a las objeciones concernientes a ese *déficit* democrático apuntado.

15 de mayo de 2014. Resulta oportuno señalar la propuesta de directiva COM(2012) 363 final, actualmente en debate, relativa a la lucha penal contra el fraude que lesione intereses financieros de la Unión Europea.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se han adoptado algunas directivas de armonización penal sobre la base de responsabilidad penal, limitada a algunos sectores y solo ante algunas conductas (sin hacerse extensible a sus respectivas sanciones), por vía jurisprudencial mediante dos célebres sentencias de la Corte: TJCE de 13 de septiembre de 2005, causa C-176/03, *Comisión c. Consejo*, sobre la cual v., por todos, G. MANNOZZI y F. CONSULICH, “La sentenza della Corte di giustizia C-176-03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici”, en *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2006, pp. 899 y ss.; también TJCE de 23 de octubre de 2007, causa C-440/05, *Comisión c. Consejo*, sobre la cual v., por todos, L. SIRACUSA, “Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo “tassello” della Corte di giustizia dell’Unione europea”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2008, pp. 241 y ss. Se trata, en concreto, de las siguientes fuentes: Directiva 2008/99CE, del 19 de noviembre de 2008, sobre tutela penal del ambiente, en *DOUE* L328, del 6 de diciembre de 2008; Directiva 2009/52/CE, del 18 de junio de 2009, que introduce normas mínimas relativas a sanciones y procedimientos del empresario que emplea a trabajadores irregulares de terceros países, en *DOUE*, del 30 de junio de 2009; Directiva 2009/123/CE, del 21 de noviembre de 2009, relativa a la contaminación provocada por buques y navíos y a la introducción de sanciones en casos de violación, en *DOUE*, del 27 de octubre de 2009.

¹² Cfr. el “Report of the Working Party examining the problem of the enlargement of the powers of the European Parliament”, c.d. “Rapport Vedel”, en *Boletín CE*, 1972, n. 4, pp. 7 y ss., aprobado en el 1972 por un grupo de expertos constituidos por la Comisión con el fin de encontrar soluciones orientadas a fortalecer las competencias del Parlamento Europeo y cuyo detallado análisis ha inspirado las sucesivas reformas tendentes a la democratización de la Comunidad y de la Unión; sobre este particular, v. PIRODDI, *op. cit.*, pp. 804 y ss.

¹³ V.: A. COSSIRI, “L’esercizio della funzione di produzione normativa nella democrazia sovranazionale: ‘Europa distati’ o parlamento protagonista?”, en http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0032_cossiri.pdf

¹⁴ Cuanto menos con anterioridad a la firma del Tratado de Lisboa, la mayor parte de los actos normativos de la Unión venían siendo adoptados mediante el procedimiento de codecisión, con una menor participación de la Asamblea: cfr. COSSIRI, *ult. op. cit.*

¹⁵ Como es sabido, el marco institucional diseñado por los Tratados de Maastricht (1992) y Ámsterdam (1997) previó la subdivisión de la Unión en tres pilares, cada uno con su propio sistema de fuentes y procedimientos de aprobación. El legislador europeo mantuvo cerrada la puerta a la armonización de las normas penales de los sistemas nacionales, recurriendo a las fuentes del primer pilar, reglamentos y directivas, aprobadas por mayoría del Consejo y mediante un procedimiento que preveía una participación más intensa del Parlamento Europeo. La competencia para adoptar directivas de armonización penal fue inmediatamente reconocida por vía jurisprudencial en las ya mencionadas sentencias de la Corte de 2005 y 2007 (cfr., *supra*, nota 11).

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

A esta incongruente situación ha tratado de poner remedio el Tratado de Lisboa, en virtud del cual se ha mejorado el papel del Parlamento, no sólo rediseñando el equilibrio de poder con los restantes organismos de la Unión en beneficio de este órgano, dentro de un *equilibrio institucional*,¹⁶ sino también fortaleciendo competencias específicas ejercitables en el propio proceso legislativo.

Sobre esta última cuestión, es de sobra conocido que dicho Tratado ha procedido a la abolición del tercer pilar y a la reunificación del sistema de fuentes y de los procedimientos de aprobación, mediante el establecimiento del procedimiento de codecisión, que actualmente se ha venido a denominar procedimiento legislativo ordinario (art. 294 TFUE), el cual converge en un mecanismo general de adopción de actos legislativos de la Unión, y más en particular, en lo que a nosotros interesa, de elaboración de directivas de armonización en materia penal (art. 83 del TFUE.)

Hay que señalar que el art. 83, § 2, segundo párrafo del TFUE, en que se prevé la adopción de directivas en materia penal de sectores que ya están sujetos a armonización normativa, recurre al “mismo procedimiento legislativo ordinario o especial para la adopción de medidas de armonización”. En este sentido, sin embargo, no puede obviarse que, siendo el procedimiento ordinario el mecanismo general y en gran medida más común para la adopción de actos legislativos, el sistema de “equiparación de procedimientos” previsto en la normativa del TFUE mencionado obligatoriamente

requerirá, en la mayor parte de los casos, el mismo procedimiento para la adopción de las directivas de armonización penal. Este mecanismo abre la puerta a la posibilidad residual, ciertamente indeseable,¹⁷ de que las directivas sean finalmente adoptadas por un procedimiento distinto de aquél otro que comporta un mayor grado de participación del órgano representativo. No obstante, esta eventualidad puede evitarse mediante el recurso al art. 48, § 7, del TUE, que establece que cuando el TFUE “disponga que el Consejo adopte actos legislativos con arreglo a un procedimiento legislativo especial, el Consejo Europeo podrá acordar una decisión que autorice a adoptar dichos actos de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario”. Como se ha señalado, “sólo de esta manera, probablemente, las directivas y las leyes penales podrían escapar de un juicio de ilegitimidad por violación del principio democrático, respetando [...] las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”.¹⁸

El mecanismo del procedimiento legislativo ordinario contemplado en el art. 294 del TFUE ofrece también, en relación con el procedimiento de codecisión regulado por el art. 251 del Tratado CE, algunos cambios destinados a fortalecer la posición del Parlamento en contraposición al papel del Consejo:¹⁹ en virtud del Tratado vigente, éste es el órgano elegido para pronunciarse por primera vez sobre la propuesta realizada por la Comisión, transmitiéndole su posición adoptada en primera lectura en el Consejo, y no viceversa. Además, una vez aprobadas por parte del Consejo las enmiendas

¹⁶ Se trata de innovaciones tan significativas como para inducir a algunos autores a identificar en la asamblea electiva la “institución líder” del proceso de integración (así, P. RIDOLA, “La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell’Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa”, en *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, a cargo de P. RIDOLA, Turín, 2010, p. 325). A modo de ejemplo, pueden recordarse las siguientes previsiones: la atribución al órgano representativo de la competencia para la elección del presidente de la Comisión (arts. 14 y 17, § 7, del TUE), así como para la aprobación colectiva de los miembros que la integran; el sometimiento de la Comisión a la responsabilidad colectiva ante el Parlamento Europeo, que puede adoptar una “moción de censura”, en cuyo caso “los miembros de la Comisión deberán dimitir de su cargo” (art. 17, § 8, del TUE); la necesaria aprobación (y no el sometimiento a simple consulta) del Parlamento para la admisión de un nuevo Estado o para la expulsión de un Estado miembro (arts. 49 y 50 del TUE); el papel fortalecido del mismo organismo en el marco de los procedimientos de revisión de los Tratados o para el procedimiento de “pasarela” que permite adoptar para la aprobación de fuentes legales procedimientos diversos a aquellos previstos para cada caso en los Tratados (art. 48 del TUE). Sobre ello, v., ampliamente, también para los restantes aspectos críticos, C. FASONE y N. LUPO, *Il Parlamento Europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona*, cit., pp. 340 y ss., con especial referencia la relación entre el Parlamento y la Comisión; PIRODDI, *op. cit.*, pp. 808 y s.; E. TRIGGIANI, “Gli equilibri politici interistituzionali dopo la riforma di Lisbona”, en *Studi sull’integrazione europea*, 2010, pp. 9 y ss.

¹⁷ Los procedimientos legislativos especiales, contrariamente a lo que ocurre con los ordinarios, no están completamente disciplinados por los Tratados, limitándose el art. 289.2 del TFUE a señalar que “en los casos específicos previstos por los Tratados, la adopción de un reglamento, una directiva o una decisión, bien por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, bien por el Consejo con la participación del Parlamento Europeo, constituirá un procedimiento legislativo especial”. Tales procedimientos, descritos de esta forma en lugar de por los diferentes artículos de los Tratados que establecen su adopción, pueden dar lugar a una “drástica reducción del debate político sobre la elección normativa”, acabando “por anular la capacidad de condicionamiento, ya de por sí exigua, de los Parlamentos nacionales” (PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 250).

¹⁸ A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea*, cit., p. 60.

¹⁹ Sobre ello, v. C. SIMONCINI, “I limiti del coinvolgimento del Parlamento Europeo nei processi di decisione normativa”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, pp. 1128 y s.

propuestas por el Parlamento, el acto se considera aprobado automáticamente en primera lectura (art. 294, § 4, del TFUE), reduciéndose el margen de discrecionalidad dado al órgano ejecutivo con la ambigua fórmula del anterior art. 251 del TCE.²⁰ Por cuanto se refiere específicamente al objeto del presente trabajo, debemos precisar que todas las directivas de armonización penal actualmente promulgadas sobre la base de art. 83 TFUE se han adoptado en fase de primera lectura, no habiendo sido necesario el recurso a lecturas sucesivas, situación que no ha sufrido variaciones significativas tras la aprobación de Tratado de Lisboa.²¹

3. Las críticas ante la falta de poder de iniciativa legislativa del Parlamento Europeo

A pesar de la innegable ampliación de las facultades atribuidas al órgano electivo de la Unión, en particular en referencia a los espacios de libertad, seguridad y justicia,²² en opinión de muchos autores las modifica-

ciones operadas por el Tratado de Lisboa en relación al *law-making process* europeo no ha conferido todavía al verdadero *ouput*, en relación a las fuentes legislativas de la UE, un grado satisfactorio de legitimidad democrática: más allá de las persistentes reservas del Parlamento Europeo que hacen que éste sea concebido como una institución suficientemente representativa, las críticas se han centrado en la reiteración de la norma que priva al cuerpo electo de la Unión de la capacidad de iniciativa legislativa,²³ que todavía hoy se encuentra reservada, en exclusiva, a la Comisión (art. 17.2 del TUE, art. 289.1 del TFUE).

Por otra parte, esta manifiesta aporía respecto a las prerrogativas tradicionales de las instituciones de representación democrática no pudo ser compensada mediante la confirmación, en el Tratado de Lisboa, de la facultad del Parlamento, de conformidad con el art. 225 del TFUE,²⁴ de estimular la iniciativa legislativa de la Comisión, que actualmente se encuentra sujeta a la obligación de motivación en caso de rechazo de la propuesta.²⁵

²⁰ El art. 251, § 2, punto segundo, de la primera versión del TCE, señalaba: “El Consejo [...] si aprobara todas las enmiendas contenidas en el dictamen del Parlamento Europeo, *podrá* adoptar el acto propuesto así modificado” (cursivas añadidas).

²¹ En particular, si el Consejo no aprueba la posición del Parlamento, ni adopta una postura propia y la transmite a este último, acompañada de motivación, se abre la fase de *segunda lectura* en el ámbito de la cual el Parlamento, dentro de tres meses, puede: a) no pronunciarse sobre el hecho o aprobar la posición del Consejo, y en ambos casos el acto se considera aprobado en su versión original; b) rechazar la posición del Consejo por mayoría absoluta de los miembros, en cuyo caso el acto no será aprobado; c) proponer enmiendas por mayoría absoluta y transmitir el texto modificado a la Comisión para su dictamen, así como al Consejo (art. 294, § 7, del TFUE). En este caso la palabra pasa a este último, el cual, dentro de tres meses desde la recepción de la posición del Parlamento en segunda lectura, puede: a) aprobar todas las enmiendas con la consiguiente adopción del acto; b) no aprobar las enmiendas, con la convocatoria de un Comité de Conciliación dentro del plazo de seis semanas, por iniciativa del Presidente del Consejo mediante acuerdo con el Presidente del Parlamento (art. 294, § 8, del TFUE). Este Comité, compuesto por representantes tanto del Consejo como del Parlamento, tiene la misión de preparar una propuesta conjunta de ambas posiciones que deberá aprobarse por las dos instituciones en segunda lectura. Si en el plazo de seis semanas no se alcanza un acuerdo, el acto se considerará como no adoptado (art. 294, § 12.08, del TFUE). Si el Comité es capaz de acordar un texto, se abre la fase de *tercera lectura*, en la que el Consejo y el Parlamento tienen un plazo de seis semanas para la aprobación definitiva del texto sin modificaciones, transcurrido el cual, sin existencia de acuerdo, el acto se considerará no adoptado (art. 294, § 13-14, del TFUE).

Para una descripción detallada de las concretas modalidades de funcionamiento del proceso legislativo ordinario, cfr.: el documento del Parlamento Europeo titulado *Codecesión y Conciliación. Manual sobre la labor del Parlamento Europeo como colegislador*, enero de 2012, que puede encontrarse en el link http://www.europarl.europa.eu/code/information/guide_it.pdf

²² Ampliamente aclamado por la doctrina en vista de la legitimación de las fuentes europeas en materia penal; para una panorámica de las opiniones en este sentido, v. HOUSE OF LORDS — EUROPEAN UNION COMMITTEE, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, HL Paper 62-I, 2008, vol I, pp. 116 y s.

²³ La modificación de esta regla no estaba prevista en la agenda dictada por los compiladores del mencionado informe “Vedel” (cit., *supra*), según la cual, por un lado, la concentración del poder de iniciativa corresponde a la Comisión que se trate (va) a juicio de la Unión, y de otro lado, el Parlamento goza (va) de un poder informal de iniciativa, estando legitimado para solicitar a la Comisión emprender iniciativas legislativas (v. art. 225 del TFUE).

²⁴ “Por decisión de la mayoría de los miembros que lo componen, el Parlamento Europeo podrá solicitar a la Comisión que presente las propuestas oportunas sobre cualquier asunto que a juicio de aquél requiera la elaboración de un acto de la Unión para la aplicación de los Tratados. Si la Comisión no presenta propuesta alguna, comunicará las razones al Parlamento Europeo.”

²⁵ Obligación que no resulta inusual, ya que, aunque no lo exigiese el anterior artículo 192 del TCE, fue, sin embargo, consagrado en el Acuerdo Marco sobre las relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión de 5 de julio de 2000, en el DOUE C 121, de 24 de abril de 2001. Esta obligación se ve reforzada en el ámbito del nuevo Acuerdo Marco sobre relaciones entre el Parlamento Europeo y la Comisión Europea de 20 de octubre de 2010, en el DOUE L 304, de 20 de noviembre del 2010, en cuyo párrafo 16 se establece que “la Comisión informará sobre el seguimiento de toda solicitud propuesta de conformidad con el artículo 225 TFUE (informe de iniciativa legislativa) dentro del plazo de tres meses tras la adopción de la resolución correspondiente en el Pleno. La Comisión presentará una propuesta legislativa a más tardar dentro de un año, o incluirá la propuesta en su programa de trabajo para el año siguiente. Si no presenta ninguna propuesta, la Comisión debe ofrecer al Parlamento una explicación detallada de las razones”.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

Además del hecho de que la Comisión no está obligada a emprender una iniciativa propia,²⁶ la disposición en cuestión reitera, de hecho, los estrictos requisitos ya exigidos por el Tratado anterior —uno de carácter procedimental (el voto de la mayoría absoluta de los miembros del Parlamento) y uno, bastante ambiguo, de carácter sustantivo (la limitación de la iniciativa a la “aplicación de los Tratados”)— que hasta ahora han convertido en esporádico el recurso a tales poderes de pre-iniciativa legislativa. Tal vez a causa de estos impedimentos, el Parlamento Europeo, en la práctica, suele emprender con mayor frecuencia otras vías, por ejemplo adoptando por mayoría simple resoluciones y recomendaciones, actos dotados de un notable carácter político en el diálogo interinstitucional, a pesar de que aquéllos no vinculan al Consejo ni a la Comisión.²⁷ Tampoco sería capaz de compensar

esa carencia de iniciativa legislativa del Parlamento la previsión de un poder análogo de pre-iniciativa en manos de los ciudadanos europeos, ejercitable mediante el instituto de la iniciativa legislativa popular, prevista en términos generales en el art. 11, § 4, del TUE²⁸ y desarrollada por el reglamento 2011/211.²⁹ Este mecanismo, aun habiendo regulado al detalle los presupuestos y condiciones procedimentales de cara a la presentación de la propuesta legislativa, sigue sin pronunciarse respecto al carácter vinculante (o no) de la propuesta para la Comisión, cuestión que, todavía hoy, es objeto de debate.³⁰ Pero además de esta falta de regulación expresa, la fórmula en cuestión persigue el objetivo de mejorar el complejo coeficiente democrático de la legislación europea mediante la articulación de un instrumento de democracia *participativa*,³¹ en línea con el espíritu que recubre muchas de las dispo-

²⁶ La introducción de la motivación, aun no modificando la naturaleza no vinculante de la pre-iniciativa parlamentaria respecto de la Comisión, permitiría al Parlamento interponer un recurso en el caso de omisión, o un recurso de anulación en caso de denegación expresa que no esté debidamente motivada. Sobre este particular, v.: P. PIRODDI, *op. cit.*, pp. 814 y s.

²⁷ Sobre ello, v.: P. PIRODDI, *op. cit.*, pp. 813 y s.

²⁸ “Los ciudadanos de la Unión, en número de, al menos, un millón, que posean la nacionalidad de un número significativo de Estados miembros, podrán emprender la iniciativa invitando a la Comisión Europea, en el ámbito de sus atribuciones, a presentar una propuesta adecuada sobre materias en las que tales ciudadanos estimen como necesario un acto jurídico de la Unión con la finalidad de aplicar los Tratados.”

²⁹ Reglamento n. 2011/211/UE del 16 de febrero de 2011, sobre iniciativa ciudadana, en 29 L 65, de 11 de marzo de 2011. Sobre ello, v. F. FERRARO, “Il nuovo istituto di democrazia partecipativa e le sue prime applicazioni”, en *Studi sull'integrazione europea*, 2012, pp. 523 y ss.; Id., “Il diritto di iniziativa dei cittadini europei: uno strumento efficace di democrazia partecipativa?”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2011, pp. 727 y ss.; A. SIMONCINI, E. LONGO, “Il primo scoglio del diritto di iniziativa dei cittadini europei”, en *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3, 2013.

³⁰ La posición de la Comisión sobre esta materia, tal como se expresa en el sitio web dedicado a las iniciativas ciudadanas (www.ec.europa.eu/citizens-initiative), no deja lugar a dudas, definiéndose a la iniciativa ciudadana como “un acto político” que “obliga a la Comisión a examinar cuidadosamente la solicitud formulada por los ciudadanos, sin todavía pronunciarse sobre ella”. Sobre ello v. F. FERRARO, *Il nuovo istituto di democrazia partecipativa e le sue prime applicazioni*, cit., pp. 534 y ss., quien, junto a la postura adoptada por otros autores, considera que la Comisión no está obligada a presentar la propuesta, pero sí a proporcionar a los promotores de la iniciativa elementos motivados en caso de negativa; en el caso de simple negativa por inactividad o sin motivación pueden activarse, respectivamente, la acción por omisión o el recurso de anulación por rechazo (p. 536). Dada la escasa vinculación de la propuesta de cara a la Comisión —que sigue siendo la propietaria exclusiva del derecho de iniciativa— junto al carácter gravoso del procedimiento ya desde su presentación, han surgido críticas de algunos autores contra el nuevo instituto, considerándose el mismo como carente de eficacia: v. M. DOUGAN, “What are we to make of the citizens initiative?”, en *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 1807 y ss.; igualmente F. FERRARO, *ult. op. cit.*, pp. 539 y s., el cual, no obstante, considera que esta institución continúa siendo una herramienta útil para la democracia participativa; P. PIRODDI, *op. cit.*, pp. 815 y ss. Este último autor identifica múltiples canales de diálogo entre las instituciones y los ciudadanos, las asociaciones representativas y la sociedad civil --obligaciones de consulta, petición de facultad, derecho de acceso a los documentos, etc.— herramientas de la democracia participativa con mucha mayor eficacia que la pre-iniciativa popular: “en respuesta al déficit democrático del Parlamento Europeo, el Tratado de Lisboa decidió recuperar instancias aumentando significativamente el marco de la democracia participativa en el seno de la Unión a los ciudadanos, a través del reconocimiento de una serie de derechos para participar en la fase ascendente (...), y con la apertura de formas completamente nuevas de participación democrática, extramuros de la representación parlamentaria”. Sobre el hecho de que las iniciativas de la Comisión procedan de mecanismos de consulta más significativos respecto a aquellas actividades de la mayor parte de Estados Miembros, v.: en perspectiva penalística, M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo: Legitimidad y racionalidad*, Pamplona, 2011, pp. 644 y ss.

³¹ Un instrumento, conviene recordar, que tiene como objetivo permitir la contribución directa de los destinatarios de las normas para la formulación de las mismas, sin la intermediación de los órganos de representación. Sobre esta cuestión, además del clásico estudio de N. BOBBIO, *Democrazia rappresentativa e diretta* (1978), en Id., *Il futuro della democrazia*, Turín, 1984, pp. 50 y ss.; con referencias específicas a la UE, v.: A. SINAGRA, “Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell'Unione europea”, en *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, a cargo de C. ZANGHÌ, L. PANELLA, Turín, 2010, pp. 195 y ss.; P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea*, cit., pp. 325 y ss. Sobre las diferencias entre la iniciativa de los ciudadanos europeos y los instrumentos ordinarios de democracia directa, cfr. las observaciones de A. SIMONCINI y E. LONGO, *Il primo scoglio del diritto di iniziativa dei cittadini europei*, cit., pp. 6 y ss.

siciones del Tratado.³² Sin embargo, muchos autores han subrayado cómo las herramientas de gobierno participativo no suplen de ningún modo las carencias de la democracia representativa pudiendo, a lo sumo, converger en un complemento para aquella.³³ En definitiva, las instituciones y mecanismos examinados anteriormente, además de ser poco utilizados en la práctica, resultarían incapaces al momento de mitigar las críticas sobre el reducido carácter democrático de las fuentes europeas en materia penal, críticas centradas precisamente en la ausencia de un poder autónomo de iniciativa en manos del Parlamento.³⁴

De acuerdo con un sector de la doctrina penal, esta ausencia constituye una “laguna macroscópica en términos de garantías sustanciales”, particularmente acentuada en materia criminal, puesto que el poder de iniciativa es “el único que verdaderamente puede expresar la capacidad de ponderación de valores e intereses merecedores de tutela y de regulación a nivel primario”.³⁵

Esta perspectiva crítica, aunque se ha centrado en esa carencia de poder de iniciativa, apunta más en general a la idea de codecisión entre el Consejo y el Parlamento, que se encontrarían en una relación afectada por una “irreconciliable incompatibilidad de fondo”,³⁶ ya que “en democracia sólo los represen-

tantes del pueblo pueden decidir legítimamente —y no “co-decidir”— en relación con la limitación de los derechos fundamentales del individuo (...) que normalmente se encuentran involucrados en el ámbito del Derecho penal”.³⁷

Teniendo en cuenta los poderes otorgados al Parlamento Europeo en el marco del procedimiento legislativo ordinario, reducidos esencialmente a un mero poder de veto,³⁸ el referido sector doctrinal llega a la conclusión de que los “tímidos avances” que introduce el Tratado de Lisboa en relación con los principios consustanciales al modelo de democracia representativa resultan insuficientes para “reducir la distancia de los principios constitucionales de garantía fundamental del “núcleo duro” de nuestro sistema penal”.³⁹

Estas críticas aparecen quizá como demasiado severas.

En primer lugar, ya de la lectura del art. 294 TFUE se desprende que el Parlamento no ha sido dotado exclusivamente de un simple poder de veto, sino también de un poder efectivo para realizar enmiendas. Y el hecho de que tales enmiendas del Parlamento deban contar posteriormente con el beneplácito del Consejo no es razón suficiente para no reconocer la posibilidad de aquél, primero para ampliar o restringir el alcance de las obligaciones de incriminación formuladas por

³² También a través de la institución de la pre-iniciativa popular y los ya mencionados canales de consulta entre instituciones y sociedad civil (v. nota 26), el Tratado pretende promover la democracia participativa garantizando también la transparencia de las actividades institucionales (v. art. 15 del TFUE), con el fin de garantizar el derecho de los ciudadanos a ser informados sobre las actividades de la misma y después poder actuar con mayor conciencia; sobre ello, v.: V. CUESTA LÓPEZ, “The Lisbon Treaty’s Provision on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy”, en *European Public Law*, 2010, pp. 130 y ss.

³³ V. CUESTA LÓPEZ, *The Lisbon Treaty’s Provision on Democratic Principles*, cit., p. 138; PIRODDI, *op. cit.*, p. 836; C. CUPELLI, *Il Parlamento Europeo e i limiti di una codecisione in materia penale*, cit., p. 551.

³⁴ En este sentido, además de los autores citados en la nota precedente, I. FROMM, *Supranational Criminal Law Competence and the Democratic Deficit of the European Union*, cit., pp. 43 y s.; C. MAGI, “Attribuzione alla ‘nuova’ unione di poteri normativi in materia penale”, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, pp. 1554 y s.; C. PAONESSA, *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, *Criminalia*, 2007, pp. 396 y s.; PIRODDI, *op. cit.*, pp. 810 y ss., 834 y ss.

³⁵ C. CUPELLI, *Il Parlamento Europeo e i limiti di una codecisione in materia penale*, cit., p. 544, entiende que este aspecto sólo es el más obvio de los muchos que hacen totalmente inadecuado el proceso legislativo europeo con el fin de cumplir y respetar los coeficientes garantistas de reserva de ley. En sintonía con las opiniones ya apuntadas de la doctrina no penalista (véase, *supra*, § 2), se denuncia, en particular, la escasa representatividad del Parlamento UE, afectado de una “doble carencia ontológica: en primer lugar, de un verdadero diálogo interno, que resulte reconducible a un modelo de contraposición argumentativa entre mayoría y oposición que controle, interactúe y contraste; por otro lado, de una esfera pública y de un pueblo europeo, en el cual maduren las instancias de tutela y juicios comunes de desvalor” (cursivas añadidas, R. SICURELLA, “Prove tecniche’ per una metodologia dell’ esercizio delle nuove competenze concorrenti dell’Unione europea in materia penale”, en AA.VV., *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 19).

³⁶ C. CUPELLI, *Il Parlamento europeo*, cit., p. 544, donde la crítica se refiere a la falta de una verdadera relación de confianza entre el órgano electivo y el órgano poseedor del poder de iniciativa y, más en general, a la falta de responsabilidad política de los órganos europeos de decisión. En este punto hay que recordar, sin embargo, la previsión en el Tratado de Lisboa de una “responsabilidad colectiva” de la Comisión ante el Parlamento (ver *supra*, nota 16). Según C. FASONE y N. LUPO, *op. cit.*, p. 356, el verdadero problema reside en la falta de responsabilidad del Consejo Europeo ante el cuerpo electivo, “verdadero titular del poder de ‘dirección política’ en la Unión Europea, sobre todo después del Tratado de Lisboa, en particular a costa de la Comisión”.

³⁷ S. MOCCIA, *Funzione della pena e implicazioni sistematiche*, cit., p. 929.

³⁸ C. CUPELLI, *Il Parlamento Europeo*, cit., pp. 544, 556.

³⁹ *Ibid.*, p. 557.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

la Comisión, o para modificar los relativos niveles sancionatorios impuestos a los Estados miembros, en comparación con la limitada competencia —precisamente para consentir o impedir *tout court* la adopción del acto— de la que el Parlamento gozaba en el marco del procedimiento de dictamen conforme;⁴⁰ más aún si se considera que, como veremos a continuación, las enmiendas introducidas por el Parlamento cuentan con posibilidades muy elevadas de acabar cristalizándose en la versión definitiva de la fuente europea que se trate.

En segundo lugar, y con referencia a la tan lamentada ausencia de poder de iniciativa en relación al órgano representativo de la Unión, no resulta éste el lugar más idóneo para profundizar en el tema de la iniciativa legislativa en su conjunto, bastando dilucidar aquí esta cuestión abordando el más limitado abanico de competencias *penales* de la Unión, ejercitables en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia. En este sentido, cabe señalar que la incapacidad del Parlamento para presentar una propuesta legislativa que lleve a la adopción de una directiva de armonización de carácter penal no parece que pueda afectar de manera irreparable la *ratio* garantista que es propia de la legalidad y ante la cual los mecanismos procedimentales consustanciales a la reserva de ley parlamentaria son preliminares, como el propio sector doctrinal anteriormente tratado sostiene.⁴¹

Esta *ratio*, a lo sumo, podría declararse violentada en el procedimiento de *elaboración* y de *aprobación* de las normas si tal proceso concluyese sin que el órgano representativo se pudiera pronunciar, incluido el caso de modificaciones sobre el contenido de la norma. En efecto, o una cosa o la otra: o bien, en una óptica de máximo garantismo, se pretende que la iniciativa relativa a la introducción de nuevas figuras delictivas se reserve en exclusiva al órgano representativo (contrariamente a lo que ocurre en numerosos países miembros, empezando por Italia, donde *in the books* el

poder de iniciativa se encuentra compartido, mientras *in action* la iniciativa de penalización proviene casi siempre del gobierno), o bien, en el instante en que admitimos la iniciativa del ejecutivo en materia penal, la carencia de un poder *adicional* homólogo al órgano representativo no debe preocupar excesivamente: el ejercicio de tales poderes de iniciativa no conduce de facto a una *extensión* del área penalmente relevante y a una restricción paralela de los ámbitos de libertad, sino todo lo contrario. De este modo, cuando la iniciativa ha quedado atribuida al órgano representativo *además de* al ejecutivo, no se obtiene ningún saldo negativo desde una perspectiva garantista: la Comisión continuará tomando la iniciativa de manera autónoma en materia de legislación penal, así como en lo que se refiere a las respectivas propuestas de directivas de armonización, en un número presumiblemente más limitado que los del Parlamento.

La atribución de la facultad de iniciativa en materia penal al Parlamento, así como a la Comisión, no responde, por lo demás, a una lógica garantística, sino más bien de carácter securitario: esta fórmula tendría como objetivo satisfacer las necesidades de protección percibidas por la colectividad a nivel europeo e, hipotéticamente, no advertidas por los órganos ejecutivos. Precisamente en cumplimiento de esta lógica, y desde luego no debido a una lógica garantista, el Parlamento podrá ejercer la ya señalada facultad de pre-iniciativa legislativa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 225 del TFUE.⁴²

Es cierto, sin embargo, que la concesión de un poder autónomo de iniciativa al órgano representativo resultaría funcional desde la perspectiva de que esa actuación se dirigiese a la *modificación* de normas ya vigentes, en términos de *reformulación*, e incluso de *eliminación*, de las obligaciones de incriminación y de los vínculos sancionadores vigentes: en otras palabras, en orden a la *despenalización*.⁴³

⁴⁰ Procedimiento introducido por el Acta Única Europea (1986) según la cual el documento presentado por el Consejo debía contar con la aprobación del Parlamento Europeo, preceptiva y vinculante, adoptada por la mayoría absoluta de sus miembros, y sin posibilidad de enmienda. Hoy en día este llamado “procedimiento de aprobación” se encuentra recogido en algunas normas del TFUE (en materia penal, art. 83, § 1, párrafo tercero, relativo a la decisión por la que el Consejo, por unanimidad, extiende la competencia sobre el ámbito de criminalidad grave transnacional respecto a la cual la Unión puede adoptar directivas de armonización penal; o el art. 86, en relación con el Reglamento de Creación de la Fiscalía Europea).

⁴¹ C. CUPELLI, *Il Parlamento Europeo*, cit., pp. 546, 557.

⁴² A la misma lógica parece responder también el art. 76 del TFUE, que otorga el poder de iniciativa en materia de cooperación penal y de policía, además de a la Comisión, a un cuarto de los Estados miembros, que por lo tanto pueden ser promotores directos de un proceso de armonización de disciplinas penales nacionales (sustantivas y de procedimiento) cuando se advierta la necesidad de luchar contra la delincuencia transnacional con mayor eficacia.

⁴³ Desde este punto de vista, hay que recordar el ejemplo de la citada Directiva 2011/93/UE, en el ámbito de la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, ámbitos en los que, como se explicará más adelante (ver *infra*, § 6.1), se ha reducido la obligación de criminalización de la pornografía “virtual” en comparación con la disciplina homóloga de la ya derogada Decisión Marco 2004/68/JAI.

4. El desarrollo real de los poderes del Parlamento Europeo en el procedimiento legislativo ordinario: las negociaciones informales y la disciplina relativa

Si ya en abstracto la posición del Parlamento en el ámbito del procedimiento legislativo ordinario, tal como se ha configurado en el Tratado, no aparece como absolutamente subordinada, tal impresión se confirma mediante un examen más detallado de las modalidades a través de las cuales se ejercitan en la práctica los poderes de este órgano. Se trata de cuestiones poco estudiadas por la doctrina penal,⁴⁴ cuyo análisis, creemos, coadyuva a conocer cuáles son los niveles reales de participación parlamentaria —y por tanto democrática, aún con los límites, ya expuestos, debido a la capacidad representativa del órgano electivo europeo— en el *law-making process* de la Unión.

Conviene traer a colación en este momento un dato que demuestran las estadísticas: el procedimiento de codecisión concluye, en la mayoría de los casos, con la adopción del acto al término de la primera lectura, como demuestra un conjunto de porcentajes muy elevados ya a partir de la anterior legislatura, y todavía hoy en constante crecimiento;⁴⁵ como ya hemos adelantado, esa *mayoría* se transforma en *unanimidad* en los casos de aprobación de directivas de armonización penal.

La rápida conclusión de los procedimientos de adopción de las fuentes legislativas —a menudo incentivada por el deseo de la presidencia de turno del Consejo europeo de alcanzar ‘éxitos’ tangibles antes de que finalice su mandato semestral—⁴⁶ se advierte

ya, en la práctica, en la existencia de negociaciones informales entre las diversas instituciones involucradas (Parlamento, Consejo y Comisión, de ahí el nombre de ‘trílogo’ o ‘diálogo tripartito’ con que se ha denominado a estas negociaciones), lo que proyecta su alcance inmediato en un acuerdo común, evitándose así las complicaciones de acudir al fatigoso mecanismo contemplado en el art. 294 del TFUE.

A pesar de que tal artículo prevé de forma expresa una puesta en común de las tres instituciones en las reuniones en el ámbito del Comité de Conciliación, en el transcurso entre la segunda y la tercera lecturas (§ 10-11), el empleo del “diálogo tripartito informal” de participación restringida⁴⁷ se ha consolidado progresivamente también en las fases iniciales del procedimiento, incluso antes de que el Parlamento adopte su posición propia en primera lectura.⁴⁸

Esta práctica puede plantear diferentes interrogantes: por un lado, podemos cuestionarnos cuál sea la contribución real del Parlamento en la formulación del texto aprobado en primera lectura a raíz del éxito de un acuerdo informal con las restantes instituciones; por otra parte, puede surgir el interrogante sobre si la transparencia está asegurada en un procedimiento de estas características, en el que, después de que tenga lugar el debate en asamblea plenaria, el debate ya estará compelido por la atribución de amplísimas competencias a las comisiones permanentes,⁴⁹ cuyo papel viene en parte posteriormente delegado a los “equipos de negociación”, responsables de la participación en ese diálogo tripartito informal, negociación que se lleva a cabo con total ausencia de publicidad.

⁴⁴ La ausencia de interés respecto a tales perfiles, sin embargo, parece coincidir con la actitud los otros sectores de la doctrina del Derecho público, como ponen de relieve: C. FASONE y N. LUPO, *op. cit.*, pp. 330 y s.

⁴⁵ La adopción de fuentes legislativas a consecuencia de la primera lectura en el procedimiento de codecisión (después llamado procedimiento legislativo ordinario) ha pasado del 28% de los casos en la quinta legislatura (1999-2004), al 72% en la sexta legislatura (2004-2009), registrando posteriormente un crecimiento constante, llegando al 78% en la primera parte de la séptima legislatura (2009-31 de diciembre de 2011) y, finalmente, al 85% como cifra global de este último (2009-15 de mayo de 2014); los datos están disponibles en la página web http://www.europarl.europa.eu/code/about/statistics_en.htm.

⁴⁶ Sobre ello, v. el *Conference report* del encuentro titulado *20 Years of Codecision*, celebrado por el Parlamento Europeo el 5 de noviembre de 2013, p. 7 (<http://www.europarl.europa.eu/code/events/20131105/report.pdf>).

⁴⁷ El mismo documento titulado *Codecisión y Conciliación. Manual sobre la labor del Parlamento Europeo como colegislador*, cit., pone de relieve cómo la delegación de cada institución se caracteriza generalmente por poca unidad (p. 21).

⁴⁸ Sobre ello, v. FASONE y LUPO, *op. cit.*, p. 346, y bibliografía allí señalada; H. FARRELL y A. HÉRITIER, “Formal and Informal Institutions Under Codecision: Continuous Constitution-Building in Europe”, en *Governance*, vol. 16, 2003, n. 4, pp. 577 y ss.; M. SHACKLETON y T. RAUNIO, “Codecision since Amsterdam: a laboratory for institutional innovation and change”, en *Journal of European Public Policy*, vol. 10, 2003, n. 2, pp. 171 y ss.

⁴⁹ Tal y como acontece igualmente en parte de las asambleas representativas nacionales, las comisiones permanentes del Parlamento Europeo desempeñan un papel central, ante la imposibilidad de unificar ante la Asamblea todos los puntos de discusión de los proyectos de ley relativos a todos y cada uno de los proyectos legislativos y materias sobre las cuales tiene competencia la Unión; sobre ello v., ampliamente, C. FASONE y N. LUPO, *op. cit.*, pp. 332 y ss.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

Pues bien, la conciencia de la creciente incidencia (cualitativa y cuantitativa) de los resultados de esta forma de proceder sobre la configuración definitiva de las fuentes legislativas, así como de los potenciales impactos negativos en términos de democracia y transparencia del proceso de aprobación de las normas, han conducido al Parlamento Europeo a regular expresamente esta materia mediante diversas modificaciones de sus reglas, cuya última y reciente versión —datada en julio de 2014— presenta novedades específicas merecedoras de una atenta consideración.

Por cierto, ya la versión anterior del Reglamento de la Asamblea⁵⁰ había contemplado importantes novedades, estableciendo que los métodos de ejecución de las negociaciones interinstitucionales deberían respetar el *código de conducta para la negociación en el contexto del procedimiento legislativo ordinario*,⁵¹ el cual establece un conjunto de reglas destinadas a “aumentar la transparencia y la responsabilidad democrática”.⁵²

En primer lugar, se identifica a la comisión parlamentaria como el principal órgano responsable de las negociaciones (punto 1): la misma comisión es competente para la decisión sobre el inicio de las negociaciones informales (punto 2),⁵³ y para la decisión sobre la composición del “equipo negociador” del Parlamento que, en principio, debe reflejar la composición política del órgano (punto 3). Por otra parte, la comisión confiere a este equipo un mandato, cuya base debe respetar las enmiendas aprobadas por la propia comisión,⁵⁴ que además puede determinar la prioridad y los límites temporales de la negociación (punto 4). Después del diálogo a tres bandas, se requiere que

el equipo de negociación informe sobre el resultado de la reunión a la comisión parlamentaria, que examina el contenido del acuerdo alcanzado, renovando el mandato si fuesen necesarias ulteriores negociaciones; entre el final de la negociación y la votación tiene que transcurrir un “periodo de tiempo suficiente para permitir que los grupos políticos puedan definir su posición final” (párrafo 6). Finalmente, después de alcanzar un acuerdo en el diálogo a tres, el texto debe ser confirmado por carta oficial y no puede ser modificado sin un posterior acuerdo específico (párrafo 8).

El carácter vinculante del Código de Conducta fue reiterado en el art. 73 de la nueva versión, recientemente modificada, del Reglamento del Parlamento Europeo.⁵⁵ Este artículo, hay que matizar, apuntala aún más el procedimiento que acabamos de explicar, aumentando los poderes de control y dirección de la Comisión y de la Asamblea sobre las negociaciones, y restringiendo correlativamente la discrecionalidad del equipo de negociación.

En particular, y advirtiendo que el artículo en cuestión complementa las disposiciones del Código de Conducta, se especifica que la decisión de la Comisión competente para autorizar la apertura de las negociaciones debe ser adoptada por la mayoría de sus miembros, y debe determinar el mandato negociador y la composición del equipo de negociación: primero se describe conjuntamente en un informe que, con posterioridad a su aprobación en Comisión, debe ser examinado por la Cámara⁵⁶ (§ 2); y segundo, el procedimiento debe estar guiado por un ponente y presidido por el Presidente o Vicepresi-

⁵⁰ Aprobada tras la Decisión del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2009, sobre la revisión general del Reglamento del Parlamento.

⁵¹ Documento aprobado en la Conferencia de presidentes de los Grupos Parlamentarios en fecha de 18 de septiembre de 2008, e incorporado como alegación XXI a la versión anteriormente vigente del Reglamento del Parlamento Europeo (en el que destaca, particularmente, el art. 70, reportado en alegación al documento *Codecision y Conciliación. Manual sobre la labor del Parlamento Europeo como colegislador*, cit., p. 43.)

⁵² Este documento, fruto del frecuente y ventajoso recurso al sistema tripartito informal en cada etapa del proceso legislativo, contempla un conjunto de directrices (por ejemplo, relativas al intercambio mutuo de información y a la coordinación de los calendarios de trabajo) que puede fomentar aún más esta práctica, al tiempo que garantiza una cooperación justa y transparente entre las tres instituciones.

⁵³ Esta decisión normalmente continúa la iniciativa del miembro de la comisión encargado de la ponencia. Cabe señalar que —contrariamente a lo que suele ocurrir en los parlamentos nacionales, en los que los nombramientos de los ponentes corren a cargo de los Presidentes de la Comisión, que deben elegir entre los miembros del grupo mayoritario— dentro de las comisiones permanentes es necesario en todo caso respetar el equilibrio entre los grupos políticos y entre las distintas representaciones nacionales, lo que hace que tales nombramientos se repartan entre los diversos grupos que componen las comisiones; incluso con la asignación de tareas a los grupos minoritarios. Sobre ello, v.: C. FASONE y N. LUPO, *op. cit.*, p. 338.

⁵⁴ En el caso, que puede calificarse como “excepcional”, en el que las negociaciones comiencen antes de la votación en Comisión, esta última proporciona al equipo de negociación las orientaciones generales (punto 4, párrafo segundo).

⁵⁵ Puede consultarse en la página web: <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/it/00a4c9dab6/Regolamento.html>. El Código de Conducta constituye actualmente la XX alegación al reglamento en cuestión.

⁵⁶ Incluso bajo esta regla, la Comisión podrá autorizar excepcionalmente el inicio inmediato de las negociaciones antes de la aprobación del informe, siempre que defina claramente el objeto de mandato en función de una serie de enmiendas o un conjunto de objetivos, prioridades o directrices (art. 73, § 2, segundo párrafo).



dente de la Comisión, debiendo incluirse “al menos a los relatores alternativos de cada grupo político”⁵⁷, con el fin de garantizar la representatividad de los diferentes grupos en el seno del equipo negociador (§ 3). El equipo negociador informará a la Comisión después de cada diálogo, poniendo a disposición de aquella los documentos que reflejen los acuerdos alcanzados, a la luz de los cuales el mandato puede ser reiteradamente actualizado (§ 4). Si las negociaciones permiten alcanzar un determinado compromiso, el referido texto debe ser sometido al examen de la Comisión y, si es aprobado por esta última, se remite después a la Cámara, con la indicación expresa de las modificaciones adoptadas respecto a la propuesta inicial (§ 5).

5. La posición de ventaja del Parlamento en la fase de primera lectura

La disciplina anteriormente examinada —que, por otro lado, ha formalizado una praxis que se venía siguiendo desde hace tiempo— hace evidentes las razones por las cuales un porcentaje tan elevado y en constante crecimiento de procedimientos legislativos ordinarios no requieren el recurso a la segunda o tercera lecturas: toda vez que las negociaciones informales sean correctamente llevadas a cabo y concluyan con éxito, la postura del Parlamento en primera lectura termina por incorporarse a un texto sobre el que ya se ha constatado la convergencia de la Comisión, que ha presentado la propuesta, y del Consejo, con la consecuencia de que éste último difícilmente se podrá oponer a las enmiendas aprobadas por la Asamblea conduciendo al proyecto legisla-

tivo a la fase de segunda lectura. Ciertamente, sigue existiendo la posibilidad de que la Cámara rechace el texto proveniente de la comisión permanente (resultado de las negociaciones informales), impidiéndose así la formulación de una posición en primera lectura que se corresponda con el texto acordado; sin embargo, la práctica confirma cómo tal eventualidad es poco frecuente, resultando habitual la aprobación en primera lectura tras las negociaciones informales.⁵⁸ El análisis del Código de Conducta y la nueva versión actualizada del Reglamento interno de la Asamblea proporcionan elementos útiles para responder a los interrogantes, ya avanzados *supra*, sobre el impacto real de la actividad del Parlamento en torno a la formulación de los textos propuestos en primera lectura del procedimiento legislativo ordinario, como resultado de las negociaciones informales y de la transparencia de este mecanismo.

En cuanto al primer aspecto, los diversos estudios empíricos⁵⁹ sostienen una opinión difusa según la cual el Parlamento se encuentra en una posición de ventaja estratégica frente a las restantes instituciones en el marco de las negociaciones informales: las modificaciones propuestas por parte de la Asamblea (o de la comisión competente) sobre el texto en cuestión gozarían, por tanto, en esta fase inicial, de posibilidades de transposición muy altas.⁶⁰ La supremacía de la delegación parlamentaria quedaría evidentemente afirmada durante el transcurso y desarrollo de las negociaciones informales, que sería tan evidente como para inducir a cualquiera a presagiar, incluso, la necesidad de adopción de mecanismos de compensación ante este manifiesto estado de desequilibrio institucional.⁶¹

⁵⁷ El ponente alternativo es una suerte de relator de las minorías elegido por los coordinadores de los grupos de las Comisiones de entre las filas de los grupos diferentes del que proviene el ponente principal.

⁵⁸ Como se recoge en el *Conference report - 20 Años de Codecesión*, cit., p. 12.

⁵⁹ Cfr. F.M. HAGE y M. KAEDING, “Reconsidering the European Parliament’s Legislative”, en *Journal of European Integration*, vol. 29, 2007, n. 3, pp. 341 y ss.

⁶⁰ Tales posibilidades, en particular, serían todavía más altas que las del Comité de Conciliación. Las razones para ello son variadas, aunque todas ellas se caracterizan por una naturaleza esencialmente práctica. Desde muchos sectores, por ejemplo, se hizo hincapié en el hecho de que el Parlamento cuenta con recursos humanos mucho más conspicuos que deben asignarse a los negociadores informales del Consejo: la delegación parlamentaria (compuesta al menos por el Presidente de la Comisión, el ponente y los ponentes alternativos) es, por lo general, más nutrida y actualizada en comparación con la del Consejo, no siempre representado por miembros de las diferentes esferas del órgano; este último sería conducido a aceptar con indulgencia las enmiendas sugeridas por la contraparte, disminuyéndose el tiempo para la adopción del acto y, sobre todo, evitándose las negociaciones aún más agotadoras que usualmente ocupan el Comité de Conciliación, que implican un esfuerzo desproporcionado en términos de tiempo y personal respecto a los limitados recursos disponibles. A su vez, el papel de la Comisión, cuya opinión sobre el texto de compromiso también es decisivo, sería prácticamente irrelevante, dado que dicha institución estaría de acuerdo servilmente con las solicitudes de modificación, con objeto de lograr una rápida aprobación de la norma que se trate. Sobre esta cuestión, v.: F.M. HAGE y M. KAEDING, *Reconsidering the European Parliament’s Legislative Influence*, cit., pp. 341 y ss., espec. pp. 347 y s.; *Conference report - 20 Años de Codecesión*, cit., pp. 11 y s.

⁶¹ Nos remitimos a las conclusiones del *Conference report - 20 Años de Codecesión*, cit., p. 14.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

Si bien el papel del Parlamento en el marco del procedimiento legislativo ordinario aparece, por tanto, como más reforzado por el uso del mecanismo de las negociaciones informales, no pueden obviarse los posibles efectos negativos de semejante mecanismo en relación con la *publicidad* del debate. El foco de toma de decisiones se vuelve un tanto más excéntrico respecto del que posee la Cámara: hay, de hecho, una suerte de “traspaso de poder” de la Asamblea a las comisiones permanentes, y de estas últimas a los equipos de negociación, órganos compuestos de muy poca unidad y destinados a operar en la penumbra de ese diálogo tripartito.

La falta de transparencia en las negociaciones informales es, en efecto, objeto de crítica prácticamente unánime.⁶² Incluso con este fin, la trama procedimental detallada en el Código y en el Reglamento ya señalados pone coto a la excesiva discrecionalidad del equipo de negociación, activándose una estricta línea de transmisión de información entre la actividad de éste último, en el marco de esa negociación tripartita, y la deliberación finalmente adoptada por la Asamblea y las comisiones permanentes. La aprobación en primera lectura de un texto formulado en dicha sede presupone en todo caso respetar una serie de pasos para aumentar el coeficiente de legitimación representativa del *output* legislativo. Estos son, en esencia: la aprobación del mandato de negociación con un informe específico por parte de la Comisión competente, examinado también por la Cámara, y cuya base se compone de las enmiendas aprobadas por es-

tos órganos colegiados; la obligación de incluir en el equipo negociador a los ponentes alternativos, para preservar el equilibrio político del órgano; la obligación de informar inmediatamente a la Comisión sobre los resultados de las negociaciones, con la facultad de ésta de actualizar el mandato; la aprobación del texto de compromiso por parte de la misma Comisión; el voto final reservado a la Cámara.

Tal disciplina, aunque no es capaz de colmar definitivamente la carencia de transparencia que se achaca al mecanismo procedimental examinado,⁶³ parece permitir un control sobre los textos aprobados por la institución parlamentaria en su conjunto, no necesariamente inferior a la que opera en muchos países miembros, donde la actuación legislativa del poder ejecutivo, también en sede penal en sus diferentes formas,⁶⁴ y el papel preponderante de las comisiones parlamentarias, a menudo reducen al mínimo el debate público de la Cámara en el instante de incriminar una determinada conducta. Como se ha adelantado, se trata de una degeneración de las praxis domésticas, que comportan violaciones de los principios procedimentales imbricados a la propia democracia representativa.⁶⁵ Esta degeneración, sin duda, no debe autorizar a la elaboración de juicios indulgentes sobre los análogos defectos propios del contexto institucional europeo, si no se quiere acudir a una magnificación de las violaciones ya apuntadas también a nivel supranacional.⁶⁶

Pero el hecho cierto es que el dinamismo del órgano electivo europeo resulta mucho más evidente si se compara con la apatía de muchos parlamentos

⁶² Sobre esto v., por todos, T. BUNYAN, *European Parliament: Abolish 1st [and 2nd] reading secret deals - bring back democracy "warts and all"*, en <http://www.statewatch.org/analyses/no-84-ep-first-reading-deals.pdf>; P. CRAIG, *The Lisbon Treaty*, Oxford-Nueva York, 2010, p. 39, nota 16; HOUSE OF LORDS — EUROPEAN UNION COMMITTEE, *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, cit., pp. 69, 117; D. FLORE, *Droit pénal européen: Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruselas, 2009, p. 72; C. FASONE y N. LUPO, *op. cit.*, p. 346, y bibliografía allí citada; *Conference report - 20 Años de Codecisión*, cit., pp. 7 y ss.; A. HÉRITIER, *Composite Democracy in Europe: "The Role of Transparency and Access to Information"*, en *Journal of European Public Policy*, vol. 10, 2003, n. 5, pp. 814 y ss.

⁶³ Por otro lado, no faltan sectores que entienden que la confidencialidad de la negociación es un precio que hay que pagar para conservar la velocidad y la eficacia del proceso europeo de elaboración de normas, denostando, por tanto, la creencia de que es necesario asegurar un máximo de transparencia para todas las fases de las actuaciones (*Conference report - 20 Años de Codecisión*, cit., pp. 13 y s.; en las conclusiones de dicho informe se contempla la opinión del ex vicepresidente de la Comisión de la UE, Šefčovič, en el sentido de instituir un registro público documental en fase de negociación, que recogiese toda la información de la composición del equipo negociador y, una vez que se ha alcanzado un acuerdo, incorporase toda la documentación relacionada). Sobre el complejo equilibrio entre la eficacia y la transparencia de los mecanismos legislativos, y sobre la prevalencia de la primera en la reciente evolución del marco institucional de la Unión, v.: RASPADORI, *Il deficit di rappresentatività del Parlamento Europeo*, cit., pp. 121 y ss.; C. FASONE y N. LUPO, *op. cit.*, p. 332, y las referencias bibliográficas que en figuran en la nota 12.

⁶⁴ Sobre ello v., ampliamente, C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., pp. 123 y ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., pp. 23 y ss.

⁶⁵ V.: C. CUPELLI, *ult. op. cit.*, pp. 27 y ss.; y, más resumido, *Id.*, *Il Parlamento Europeo*, cit., pp. 551 y ss.

⁶⁶ Por otra parte, como se ha expuesto, el mal funcionamiento de los mecanismos procedimentales respecto al principio de reserva de ley parlamentaria podría conducir al intento, prudente, de replicarlos a nivel supranacional: sobre ello, v. M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *In Pursuit of Basics for a New Principle*, cit., p. 262; *amplius*, *Id.*, *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, cit., 470; asimismo, C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 99.

nacionales, los cuales “caminan con esfuerzo bajo el peso de los poderes ejecutivos, de las transformaciones de la sociedad civil y de los procesos de integración europea y de la globalización, careciendo en muchos aspectos de la capacidad de reaccionar ante los cambios, que sin embargo han caracterizado hasta ahora al Parlamento Europeo”:⁶⁷ con el resultado de que no se ha dudado en afirmar que nos encontramos ante una de las asambleas electivas más potentes del mundo.⁶⁸

6. El impacto tangible de la intervención parlamentaria en la formulación de directivas de armonización penal

Una vez confirmada la capacidad del Parlamento, también a través de sus articulaciones internas, para intervenir en la aprobación de las fuentes de la UE en el procedimiento de diálogo informal a tres bandas, en este momento examinaremos el alcance y las características de dicha actuación sobre el texto de las propuestas de directivas de armonización penal formuladas por la Comisión tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Estas intervenciones, a menudo de notoria importancia, han tenido consecuencias de signo variable sobre las obligaciones de incriminación configuradas en cada propuesta: en algunos casos el conjunto de propuestas de incriminación penal o sus respectivos marcos legales se han visto reducidos tras la actuación del Parlamento (ver apartado 6.1); en otros, por el contrario, se amplió el ámbito de la norma o se endurecieron las consecuencias sancionatorias (ver apartado 6.2). Por último, como ocurriese con la asunción de la directiva europea en materia de decomiso, las decisiones adoptadas por la comisión parlamentaria competente y por el Pleno han resultado fluctuantes, dando lugar a un complejo proceso de aprobación de

la norma, que merece un tratamiento independiente en este trabajo (ver apartado 6.3).\

6.1. Las intervenciones en clave restrictiva de las obligaciones de incriminación

El ejemplo paradigmático de la influencia *in bonam partem* de las enmiendas elaboradas en sede parlamentaria sobre la formulación de las directivas de armonización penal lo constituye la directiva 2013/93/UE, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil,⁶⁹ la cual es fruto de numerosas enmiendas aportadas por las comisiones parlamentarias competentes⁷⁰ a la propuesta originaria realizada por la Comisión,⁷¹ enmiendas que integran de este modo la posición asumida por la Asamblea en fase de primera lectura,⁷² posición idéntica a la adoptada en la versión definitiva. Tales modificaciones han influido de forma profunda sobre las obligaciones de incriminación penal, teniendo como resultado una tendencial restricción del perímetro de las conductas objeto de sanción penal —o, cuanto menos, de una ampliación de la discrecionalidad de los Estados miembros para la definición de las mismas— así como una reducción parcial de los contornos legales sugeridos en la propuesta de la Comisión. Esta última, por lo demás, abogó por un ulterior endurecimiento de la disciplina contemplada en la decisión marco anteriormente vigente,⁷³ que ya había sido anteriormente objeto de vivas críticas en razón de la conformidad con algunos principios penales fundamentales, con especial referencia a las normas relativas a la “pornografía infantil virtual”.

La importancia de las modificaciones introducidas por el Parlamento con respecto a la propuesta de la Comisión se constata en el hecho de que la aprobación del texto final se convirtió en el primer ejemplo de “despenalización” en el ámbito del Derecho penal

⁶⁷ C. FASONE y N. LUPO, *op. cit.*, p. 355.

⁶⁸ S. HIX, T. RAUNIO y R. SCULLY, “Fifty Years On: Research on the European Parliament”, en *Journal of Common Market Studies*, vol. 41, 2003, n. 2, p. 192.

⁶⁹ *Cit.*, *supra*, nota 11.

⁷⁰ El texto surgido por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (LIBE) también se ha visto afectado por las opiniones expresadas por la Comisión de Cultura y Educación y la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género: véase a este propósito el Informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004/68/JAI, documento n. P7_A(2011)0294.

⁷¹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004/68/JAI, del 29 marzo de 2010, COM(2010) 94 def.

⁷² Posición común del 27 de octubre de 2010, referida al registro de los documentos del Parlamento n. EP-PE_TC1-COD (2010)0064.

⁷³ Decisión Marco 2004/68/GAI, del 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, en *DOUE* L 13, del 20 de enero de 2004.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

européo: un hecho sin duda alguna relevante, que hace oportuno en este momento realizar un breve resumen de la sucesión de obligaciones de incriminación, de las fuentes europeas, en materia de pornografía infantil, en su modalidad virtual.

Pues bien, a tal respecto hay que señalar que en el ámbito europeo era motivo de preocupación la definición, adoptada por la decisión marco, de lo que debía constituir “pornografía infantil”, que en ese momento incluía tanto las “imágenes realistas de un niño *inexistente*” implicado en alguna conducta sexualmente explícita (art. 1, letra B, punto III), con la consecuencia de obligarse a los Estados miembros a sancionar penalmente también la pedopornografía *integralmente* virtual, es decir, las imágenes de situaciones de connotación sexual que representasen a sujetos menores de edad aún sin referente real, de carne y hueso, como mero resultado de una elaboración gráfica, como por ejemplo pudiera ser un dibujo animado tridimensional dotado de cierta verosimilitud; como también las imágenes de una “persona real que parezca ser un niño practicando o participando” en una conducta sexualmente explícita (art. 1, letra B, punto II), con la consecuencia análoga de vincular a los países de la UE a castigar ulteriores hipótesis de pornografía infantil “aparente”, entendida ésta como la realizada sin imágenes de personas que efectivamente sean menores de edad.

Ambos supuestos fueron considerados por la doctrina como ejemplos paradigmáticos de Derecho penal simbólico,⁷⁴ disconformes con los principios penales de *última ratio* y ofensividad, cuyas tensiones garantistas

son a su vez identificables, en el derecho primario de la Unión, en el seno del principio de proporcionalidad.⁷⁵

Hay que recordar que la Decisión Marco al menos dejaba a los Estados miembros el poder discrecional para no imponer sanción penal en supuestos de pornografía infantil contemplados en el art. 1, letra B, punto II, cuando el sujeto representado, solo aparentemente menor de edad, contase ya con los dieciocho años cumplidos (art. 3.2 letra A); así como la pornografía virtual del art. 1, letra B, punto III, siempre que se tratase de conductas de posesión o producción de material de pornografía infantil *íntegramente* virtual,⁷⁶ diseñado exclusivamente para uso personal y sin riesgo de difusión (art. 3.2, letra C).⁷⁷

Pues bien, a pesar de las críticas anteriormente mencionadas, la propuesta de Directiva formulada por la Comisión de la UE, por un lado, confirmó la inclusión en la noción de pornografía infantil de los dos supuestos anteriores, relativos a las imágenes pornográficas que representasen tanto a personas reales aparentemente menores de edad como a personas ‘menores’ inexistentes;⁷⁸ de igual modo, en el texto no se reproducían las ya recordadas previsiones de la Decisión Marco diseñadas para permitir a los legisladores nacionales la facultad de excluir la relevancia penal de tales supuestos, supuestos que deberían estar sujetos a pena en todo caso. Por último, tal propuesta proporcionaba unos umbrales de penalidad tendencialmente más elevados que aquellos previstos por las fuentes del tercer pilar para las distintas modalidades de conducta relativas a material pornográfico infantil.⁷⁹

⁷⁴ C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milán, 2007, pp. 95 y ss.; M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El Legislador Penal Europeo*, cit., p. 133; “Manifiesto sulla politica criminale europea”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12/2009, pp. 738 y s. (se puede consultar igualmente en www.zis-online.com), espec. p. 740.

⁷⁵ Sobre la importancia del principio penal europeo de proporcionalidad, y su capacidad para cumplir las exigencias de los principios de *última ratio* y ofensividad, v. con multitud de referencias, C. SOTIS, “I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona”, en *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, n. 1, 2012, pp. 111 y ss.; M. KAFALIA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, cit., pp. 12 y ss.; M. P. HENARES, “¿Principio de efectiva protección de bienes jurídicos? Derecho penal europeo y principio de proporcionalidad”, en AA.VV., *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, L.M. DIEZ PICAZO, A. NIETO MARTÍN (eds.), Cuenca, 2010, pp. 305 y ss.; M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo*, cit., pp. 313 y ss.

⁷⁶ Aquella producida sin utilizar personas de carne y hueso, incluso como parte de un fotomontaje o una técnica mixta con animaciones.

⁷⁷ Con exclusiva referencia a esta última hipótesis de pornografía infantil de carácter virtual, la Decisión Marco dejaba a los Estados la posibilidad de elegir la previsión de “sanciones o medidas de carácter no penal” (art. 5.4).

⁷⁸ En virtud del art. 2, letra b, de la propuesta anterior (ver *supra*, nota 71), el término “pornografía infantil” debería haber incluido el “material que represente de manera visual a una persona que parece ser un menor de edad involucrado en una escena de sexo explícito, real o simulada, o una representación con fines principalmente sexuales de los órganos sexuales de una persona que tiene apariencia de menor de edad” (punto III), así como las “imágenes realistas de un niño involucrado en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un niño, con independencia de la existencia real de dicho menor, con fines primordialmente sexuales” (punto IV).

⁷⁹ Por ejemplo, la producción de material pornográfico infantil (aún “virtual”) debería haber sido castigado con una pena de prisión no menor a cinco años (en comparación con el máximo “de entre uno y tres años” previsto en la Decisión Marco, sin tener en cuenta, como se dijo, el supuesto de imágenes ficticias).

Resulta del todo evidente que la aprobación sin modificaciones de la propuesta realizada por la Comisión hubiera alimentado posteriormente los juicios negativos sobre la escasa coherencia de las normas penales europeas en materia de pornografía infantil respecto a los principios penales de *última ratio* y ofensividad. Tal eventualidad, sin embargo, fue finalmente evitada gracias a las enmiendas aportadas en sede parlamentaria durante la fase de primera lectura en el procedimiento de codecisión, que ha conducido finalmente a la aprobación de la Directiva 2011/93/UE, la cual ha restringido considerablemente el alcance de las obligaciones de incriminación de la pornografía “virtual” en comparación con la regulación recogida en la ya derogada Decisión Marco 2004/68/GAI, contribuyendo de igual modo a aclarar los niveles mínimos establecidos por la ley.

En particular, mientras que esta última regulación, como se ha señalado, incluía en la noción de “pornografía infantil” las imágenes realistas de un menor *inexistente*, el término “pornografía infantil” recogido en la Directiva vigente incluye aún hoy las “imágenes realistas de un menor implicado en conductas sexualmente explícitas” (art. 2, letra C, punto IV), sin acudir, sin embargo, al atributo de “inexistente”. Esta variación textual permite, por tanto, excluir del ámbito de aplicación de la obligación de incriminación al menos las conductas referidas al material pornográfico *integralmente* virtual, es decir, imágenes realistas de situaciones con connotaciones sexuales en las que estén involucrados sujetos menores de edad inexistentes, fruto de elaboraciones íntegramente gráficas.

Por el contrario, en continuidad con la Decisión Marco y con la propuesta de la Comisión, el artículo en cuestión incluye en la noción de pornografía infantil dos supuestos cuyo coeficiente de ofensividad puede resultar un tanto laxo: la pornografía infantil *parcialmente* virtual, o pornografía realizada a través de imágenes de menores existentes, pero inserta artificialmente en contextos con connotaciones sexuales en las que realmente aquéllos nunca han participado (art. 2, letra C, punto IV);⁸⁰ y la pornografía infantil “aparente”, referida al “material que representa visualmente a una persona que *parece* un menor” (cursivas nuestras) participando en una determinada actividad

sexual, tratándose en realidad de sujetos mayores de edad (art. 2, letra C, punto III). Sin embargo, sólo las modificaciones aportadas en sede parlamentaria han restaurado la discrecionalidad de los Estados miembros, permitiéndoseles a ellos la decisión sobre la atribución o no de relevancia penal ante supuestos de pedopornografía aparente, o bien pornografía infantil de carácter virtual, siempre que en este último caso el material sea para uso exclusivamente privado y no exista peligro de una posterior difusión (art. 5, § 8).

En resumen, con respecto a los diferentes supuestos de pornografía infantil “no real” explicados, las enmiendas del Parlamento han logrado modificar el texto vigente de la Directiva 2011/93, estableciendo que: a) la pornografía infantil *totalmente virtual* no está sujeta a ninguna obligación de incriminación; b) la incriminación de los supuestos de pornografía infantil *parcialmente virtual* (llevada a cabo, como dijimos, usando imágenes de menores reales extrapoladas de fotogramas o películas de connotación no sexual) resulta discrecional si el uso de tales imágenes es estrictamente privado; c) la incriminación de la pornografía infantil *aparente* (que representa a adultos aparentemente menores de edad) siempre es discrecional. Gracias a la intervención del órgano representativo de la Unión, por tanto, los anteriores supuestos de incriminación, que entraban en evidente contradicción con el principio de ofensividad (*sub a*) han sido eliminados de raíz, mientras que la relevancia de los dos restantes supuestos (*sub b y c*), podrán confrontar en mayor o menor medida con tal principio, dependiendo, en última instancia, de la elección de cada legislador nacional.

Además de influir en la redefinición de los supuestos de pornografía infantil objeto de sanción penal inicialmente propuestos por la Comisión de la UE, las enmiendas parlamentarias han mitigado en gran medida la gravedad de las sanciones penales propuestas por aquél órgano: ello se ha llevado a cabo a través de la inclusión, en la versión final de la Directiva 2011/93, de una serie de especificaciones diseñadas para distinguir, en el ámbito de las tipologías de conducta individual de la citada propuesta, supuestos caracterizados de un menor coeficiente ofensivo, y por tanto merecedor de una pena menos severa, con lo que

⁸⁰ Puede pensarse, por ejemplo, en la inclusión, a través del montaje, del rostro de un niño real, tomado de una fotografía o de un vídeo de contenido “neutro”, en una imagen o una película que muestre una actividad sexual que realmente nunca ha sucedido, o que se ha producido sin la presencia de dicho menor.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

la regulación definitiva aparece como más respetuosa con el principio de proporcionalidad.

A modo de ejemplo, en el marco del art. 3 dedicado a la regulación de los delitos de abuso sexual, una enmienda parlamentaria se propuso distinguir las conductas que representan una asistencia al sujeto que no ha alcanzado la mayoría de edad para el consentimiento sexual con el propósito de realizar los *actos sexuales*, de los verdaderos supuestos de *abuso sexual*, imponiendo al primer caso un límite mínimo de pena máxima inferior respecto a aquél prefigurado sin distinción por la Comisión (un año de reclusión en lugar de dos). Sin embargo, en el ámbito del art. 4 dedicado a los delitos de explotación sexual, se ha introducido una matización según la cual si las conductas señaladas⁸¹ son ejercitadas con uso de violencia contra el menor, en caso de que el sujeto haya cumplido la mayoría de edad la pena será menor que la contemplada en la propuesta inicial de la Comisión.⁸² En los restantes casos, por último, las modificaciones adoptadas en sede parlamentaria han comportado una reducción de los límites mínimos y máximos impuestos a los Estados miembros en virtud de la propuesta inicial de la Comisión.⁸³

Al igual que lo sucedido en la fuente legal europea acabada de analizar, también en otras directivas de armonización penal las obligaciones de incriminación impuestas a los Estados miembros han sufrido, a causa de la actuación del Parlamento, significativas modificaciones y delimitaciones en su ámbito de aplicación originariamente aprobado por la Comisión de la UE.

Un ejemplo en este sentido nos lo proporciona la Directiva 2013/40, relativa a los ataques contra los sistemas de información,⁸⁴ cuyo artículo 3 impone a los Estados miembros la obligación de sancionar como delito el acceso intencional y sin derecho a un sistema de información, solo si el hecho *se comete con violación de alguna medida de seguridad*; tal limitación no estaba inicialmente contemplada en la propuesta originaria,⁸⁵ en virtud de la cual se imponía la obligación de criminalizar *cualquier* acceso abusivo doloso, con independencia de que se hubiera perpetrado respecto de algún sistema que no estuviese protegido por medida de seguridad alguna.⁸⁶

6.2. Las intervenciones en clave represiva

No siempre, como ya hemos adelantado, la intervención del Parlamento ha comportado una delimitación del perímetro de las obligaciones de incriminación impuestas a los Estados miembros, o el debilitamiento de medidas punitivas; también al contrario, las enmiendas formuladas por parte de la comisión competente han introducido, en ocasiones, ulteriores medidas sancionadoras.

En este sentido, puede señalarse el actual art. 7 de la Directiva 2011/36,⁸⁷ el cual ha impuesto a los países miembros la introducción de medidas —no contempladas inicialmente por la Comisión— con vistas a permitir la incautación y el comiso de bienes provenientes de delitos en materia de trata de seres humanos. Igualmente significativo es también el caso de los cambios realizados en la propuesta de Directiva sobre abuso de mercado propuesta inicialmente por la Comisión, en

⁸¹ Inducir o coaccionar a un niño para que participe en espectáculos pornográficos, o a prostituirse, o reclutarlo para tal fin, o involucrados de cualquier modo en estas actividades, o simplemente utilizarlos.

⁸² Tal distinción se ha incorporado a todos los párrafos del art. 3 (del 2 al 7), que contemplan las conductas de explotación sexual sujetas a pena: por ejemplo, la inducción a la participación de un niño en espectáculos pornográficos, así como su contratación o explotación para este fin, deben ser castigados con una pena máxima de al menos cinco años si la víctima no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos dos años en los demás casos (artículo 4, § 2.); aun así, la constricción de un menor a la prostitución debe ser castigada con una pena de prisión de al menos 10 años en el primer caso, y de al menos a cinco en el segundo caso (art. 4, § 6).

⁸³ Éste es el caso de los límites mínimos de pena máxima prevista para la realización de la producción de pornografía infantil (reducido de cinco a tres años, de conformidad con el art. 5, § 6) y de la solicitud sexual a través de Internet (*child grooming*, reducido desde los dos a un año, de conformidad con el art. 6, § 1).

⁸⁴ Cit., *supra*, nota 11. Sobre ello, v. Y. NAZIRIS, “‘A Tale of Two Cities’ in three themes — A critique of the European Union’s approach to cybercrime from a ‘power’ versus ‘rights’ perspective”, en *European Criminal Law Review*, 2013, pp. 319 y ss.

⁸⁵ COM(2010) 517 def. del 30 de septiembre de 2010.

⁸⁶ Las modificaciones resultantes de las enmiendas parlamentarias también han rediseñado (en virtud de los arts. 9, § 3, 4 y 5) la conducta que debe ser castigada con una pena máxima más alta (no menos de cinco años en lugar de dos años, como exige la conducta “simple” descrita en el art. 9, § 2), relativa a los casos de ataques cibernéticos cometidos con instrumentos particularmente insidiosos que puedan ocasionar daños a varios sistemas de información, o sean perpetrados por una organización criminal, de cuyos actos se deriven daños graves.

⁸⁷ Cit., *supra*, nota 11. Sobre ello, v. H. SATZGER, F. ZIMMERMANN y G. LANGHELD, “The Directive on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings and the Principles Governing European Criminal Policy — A Critical Evaluation”, en *European Criminal Law Review*, 2013, pp. 107 y ss.

virtud de la cual se previó una obligación genérica de castigar numerosas conductas de abuso de información privilegiada y de abuso de mercado mediante sanciones penales (art. 7), sin indicación alguna debido a la tipología y los caracteres que debiera cumplir tal regulación. Pues bien, las numerosas enmiendas introducidas por la comisión parlamentaria competente (Comisión para los problemas económicos y monetarios),⁸⁸ fueron acogidas en la posición final del Parlamento Europeo en fase de primera lectura,⁸⁹ lo que no solo ha dado lugar a una reformulación cuasi integral de las conductas merecedoras de pena, sino que también ha detallado de manera más exhaustiva las conductas descritas en el art. 5.3 de la actual Directiva 2014/57;⁹⁰ además, se ha obligado a los legisladores nacionales a introducir sanciones privativas de libertad personal de cierta entidad, prescribiendo en el art. 7, § 2 y 3, la adopción de penas de prisión, con límites mínimos y máximos en relación a las diferentes tipologías de conducta.⁹¹

Incluso en la última fuente de armonización penal adoptada, la Directiva 2014/62 relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación,⁹² la intervención del Parlamento ha comportado un endurecimiento de la disciplina sancionatoria en comparación con la propuesta inicial de la Comisión:⁹³ esta última, de hecho, después de imponer una obligación general de criminalización de conductas relacionadas con la falsedad monetaria del euro (falsificación, puesta en circulación, importación, exportación, etc.),

permitió a los Estados miembros establecer sanciones no privativas de libertad si el valor total de la moneda era inferior a un determinado importe⁹⁴. Esta opción, pese a encontrarse avalada inicialmente por las comisiones parlamentarias competentes,⁹⁵ fue rechazada posteriormente en sesión plenaria: en esta sede la Asamblea ha modificado el art. 5 de la propuesta, cuya versión votada por la Cámara, y ahora vigente, incluye la obligación de los Estados miembros de introducir sanciones máximas de naturaleza privativa de libertad para todas las conductas contempladas en la Directiva,⁹⁶ a excepción del solo supuesto de conductas cuyo carácter falso fuese ignorado en el momento de la recepción y descubierto con posterioridad. Esta significativa desviación valorativa de las comisiones competentes acredita la existencia de un amplio espacio de la Asamblea para maniobrar, la cual no siempre se limita a ratificar los textos elaborados mediante articulación interna, sino que en muchas ocasiones actúa llevando a cabo modificaciones de cierta magnitud.

6.3. Las oscilantes intervenciones sobre la propuesta de Directiva en materia de decomiso

La confirmación hasta ahora más clara del poder de la Asamblea nos viene dada por el tormentoso procedimiento de aprobación de la Directiva 2014/42, sobre el embargo y decomiso de instrumentos y productos del delito.⁹⁷ Las modificaciones aportadas a la pro-

⁸⁸ Informe de 19 de octubre de 2012, n. A7-0344/2012.

⁸⁹ Posición del 4 de febrero de 2014, documento EP-PE_TC1-COD (2011) 0297.

⁹⁰ Cit., *supra*, nota 11. Sobre ello, v. J. VERVAELE, “Enforcing the market abuse regime: towards an integrated model of criminal and administrative law enforcement in the European Union”, en G. FORNASARI y D. SARTORI (eds.), *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, 2014, pp. 57 y ss.

⁹¹ Respectivamente, a cuatro años por delitos relacionados con el abuso de información privilegiada (o inducción a otros a cometer tales abusos) y la manipulación del mercado, y dos años para la comunicación ilícita de información privilegiada. La misma suerte ha corrido la genérica indicación de sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasorias” a adoptar, a la vista de la propuesta de la Comisión, contra las personas jurídicas consideradas responsables en relación con estos delitos, cometidos en su beneficio por alguna persona que desempeñe un cargo superior dentro de ellos: en este sentido, el actual art. 9 contempla, más específicamente, la adopción de sanciones financieras (penales o no penales), otras penas de inhabilitación, así como la puesta bajo control judicial hasta el cierre temporal o definitivo de los locales, o la liquidación forzosa.

⁹² Cit., *supra*, nota 11.

⁹³ Cfr. COM(2013) 42 final, del 5 de febrero de 2013.

⁹⁴ Respectivamente 5000 o 10000 euros según los casos (cfr. art. 5 de la propuesta citada en la nota anterior).

⁹⁵ A este propósito véase el informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior y la opinión de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, documento n. A7-0018/2014 de 10 de enero de 2014.

⁹⁶ Como de costumbre, la actual Directiva establece unos umbrales mínimos y máximos de la pena de prisión, que varían según el tipo de conducta (ocho años para la falsificación; cinco años para los actos relacionados con la puesta en circulación, importación, exportación, etc., de aquellos que no hayan intervenido en la falsificación).

⁹⁷ Cit., *supra*, nota 11, sobre la cual se realiza el amplio comentario de A. M. MAUGERI, “La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell’Unione europea tra garanzie ed efficienza: un *work in progress*”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 de septiembre de 2014 (www.penalecontemporaneo.it/ricerca/); más sintetizado: G. ARCIFA, *The new Eu Directive on confiscation: a good (even if still prudent) starting point for the post-Lisbon Eu strategy on tracking and confiscating illicit money*, Catania, 2014 (http://www.cde.unict.it/sites/default/files/Quaderno%20europa_64_2014.pdf).

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

puesta de la Comisión de la UE⁹⁸ por parte del órgano parlamentario competente, la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos Internos (LIBE),⁹⁹ han distorsionado completamente la propuesta original, de tal modo que se ha ampliado desmesuradamente el ámbito aplicativo de la norma, incluso más allá de los supuestos de responsabilidad penal establecidos en sentencia condenatoria. Las preocupaciones suscitadas en relación a la compatibilidad de tal propuesta con ciertos principios fundamentales del Derecho penal impidieron la aprobación de la versión efectuada por la Comisión LIBE, induciendo finalmente a la Asamblea a aprobar un texto revisado de la versión originalmente propuesta.¹⁰⁰ El gran interés de este procedimiento nos conduce a profundizar en ciertos aspectos esenciales del mismo.

En primer lugar, hay que señalar que la modificación adoptada por la Comisión LIBE tuvo como objetivo ampliar el alcance de la norma en materia confiscatoria a otros delitos contemplados en el elenco taxativo de Decisiones Marco y Directivas de armonización penal dictados al albur del art. 2 de la propuesta, elenco que coincide en esencia con los más graves sectores de criminalidad transnacional contemplados en el art. 83, § 1, del TFUE: en particular, tal extensión se realizó mediante la adición de una cláusula de cierre que reenvía a “otros instrumentos jurídicos” que prevean “expresamente que la presente Directiva sea aplicable a los delitos en ella contemplados”. Esta opción extensiva, despertando objeciones particulares, se mantuvo en la versión vigente del art. 3, la cual aludía

a la posibilidad de que la disciplina confiscatoria se aplicase, además de a los ilícitos nominativamente señalados, a los delitos objeto de armonización mediante las directivas que resultasen adoptables en virtud del art. 83, § 2, del TFUE.

Una enmienda ulterior, mantenida igualmente en la versión definitiva (art 2, n.1), aclara que entre los bienes susceptibles de decomiso se incluyen todas las ventajas económicas que provengan directa o *indirectamente* del delito (especificación ausente en la propuesta), incluyéndose así los beneficios derivados de una posterior reinversión o transformación de los bienes provenientes del mismo, así como las ganancias generadas.¹⁰¹

También con el fin de reformular el catálogo de bienes sujetos a decomiso, la Comisión LIBE ha ampliado el campo de la denominada “confiscación por equivalencia”:¹⁰² mientras que en la propuesta de la Comisión la base para el cálculo del valor a confiscar se limitaba solo a los bienes *provenientes* del delito, a consecuencia de una enmienda aprobada (para incorporar tal previsión a la versión definitiva, art. 4, § 2), la base señalada se amplía también a los *bienes instrumentales*.¹⁰³

Otras dos enmiendas han venido a dilatar el espacio de operatividad de la “confiscación ampliada”, extendiéndose a los bienes *ulteriores* además de a los provenientes de instrumentos del delito por el que el sujeto ha sido condenado, y en relación a los cuales la autoridad judicial disponga de elementos indiciarios suficientes (como, por ejemplo, el valor proporcional

⁹⁸ Cfr. COM(2012) 85 final, del 12 de marzo de 2012, en relación a la cual puede consultarse el trabajo de A.M. MAUGERI, “La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni”, en *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, 2, 2012, pp. 180 y ss. (<http://www.penalecontemporaneo.it/rivista/>); J. BUTCH, “Extended Confiscation and the Proposed Directive on Freezing and Confiscation of Criminal Proceeds in the EU: On Striking a Balance between Efficiency, Fairness and Legal Certainty”, en *Eur. Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2013, n. 1, pp. 127 y ss.

⁹⁹ Cfr. la Relación de 20 de mayo de 2013, documento n. A7-0178/2013 (Informe de 20 de mayo de 2013, n. A7-0178/2013); sobre ello: v. A.M. MAUGERI, “L’actio in rem assurge a modello di ‘confisca europea’ nel rispetto delle garanzie Cedu? — Emendamenti della Commissione LIBE alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato”, en *Diritto Penale Contemporaneo — Rivista Trimestrale*, 3, 2013, pp. 180 y ss.; para un sintético marco, cfr. F. MAZZACUVA, “La posizione della Commissione LIBE del Parlamento Europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato”, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 16 de julio de 2013 (www.penalecontemporaneo.it/ricerca/).

¹⁰⁰ Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura de 25 de febrero de 2014, documento n. P7_TC1-COD(2012)0036, traducida en la versión definitiva de la Directiva 2014/42.

¹⁰¹ Por lo demás, una enmienda hecha al considerando núm. 6 (ya confirmada) declaró que esa definición extensiva de los supuestos confiscatorios debía adoptarse también en la interpretación de fuentes europeas en materia de decomiso que se mantuvieron en vigor incluso después de la aplicación de la Directiva en cuestión, o de la Decisión Marco 2001/500/JAI de 26 de junio 2011, “relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito”, en DOCE L 182, de 5 de julio 2001, la cual continuará aplicándose fuera del terreno de la Directiva señalada.

¹⁰² Es decir, como es sabido, el decomiso de bienes cuyo valor corresponde a aquellos que representan el precio, el producto o el beneficio directo del delito, cuya identificación precisa a fines de decomiso es sin embargo imposible.

¹⁰³ Para algunas anotaciones críticas cfr. A.M. MAUGERI, *L’actio in rem sobre el modello de “comiso europeo”, cit.*, p. 256.



respecto de los ingresos del condenado) que le permitan formarse convicción sobre la procedencia de los bienes de otras “conductas criminales” (art. 5 de la Directiva vigente). En primer lugar, se elimina toda referencia contenida en la propuesta originaria acerca de la naturaleza “análoga” de tales conductas criminales respecto del delito por el cual se ha pronunciado la condena, requisito que, además de resultar particularmente indeterminado, daría lugar a importantes problemas probatorios. En segundo lugar, se elimina la prohibición de comiso ampliado a las ganancias provenientes de delitos “que no hayan sido objeto de un proceso penal por prescripción del hecho en el Derecho penal nacional” (art. 4, n. 2, apartado *a*, de la propuesta).¹⁰⁴

Pero es, sin duda, la disciplina de la denominada “confiscación sin condena” la que reclama mayor atención, ya sea por su problemática en vista de a la compatibilidad con los principios penales fundamentales (sobre todo, la presunción de inocencia reconocida en el art. 6, § 2, del CEDU), ya sea por la escasa fortuna en cuanto a su regulación en las diferentes versiones que abordaron la propuesta en la Directiva, en el texto resultante de la Comisión LIBE, y en la postura adoptada por el Parlamento de la UE en primera lectura,¹⁰⁵ esta última coincidente con la versión definitiva de 3 de abril de 2014. Pues bien, en la versión originariamente configurada por la Comisión UE, la posibilidad de confiscar efectos e instrumentos del delito *sin una previa sentencia de condena penal* se encontraba limitada a pocos casos, correspondientes a supuestos en los que la muerte, la enfermedad o la fuga del imputado o del acusado impidiese el ejercicio de la acción penal o comportase, por falta de disponibilidad, un riesgo de prescripción, tratándose en todo caso de un proceso que “podría conducir a una condena penal” (art. 5 de la propuesta).¹⁰⁶

Por el contrario, el producto de la Comisión LIBE se correspondía con un modelo *generalizado* de co-

miso sin condena, definido sin términos medios por la doctrina como una *actio in rem*, esto es, un proceso ilícito contra el *patrimonio*, que se activaba prescindiendo de exigencias particulares que impidieran una acción penal previa contra la persona. De acuerdo con este modelo, se contemplaba el decomiso de bienes e instrumentos provenientes del delito también ante supuestos en los que faltaba una sentencia que declarase la responsabilidad de sujeto siempre que “la autoridad judicial, sobre la base de hechos específicos y después de haber estudiado todas las pruebas disponibles, esté convencida de que tales bienes derivan de una actividad de naturaleza criminal” (art. 5, § 1).¹⁰⁷ Los casos contemplados en la propuesta original venían referidos, sin embargo, a supuestos de decomiso sin condena meramente adicionales respecto a la regla general anteriormente apuntada. Esta opción de política criminal, obviamente desproporcionada en favor de la eficacia de la lucha contra la criminalidad a costa del pleno respeto de los derechos individuales (especialmente, como indicamos, la presunción de inocencia), fue posteriormente equilibrada, en el marco elaborado por la Comisión LIBE, sobre la expresa cualificación del comiso sin condena como una auténtica “sanción penal”, cuya imposición tendría que cumplir con todas las garantías previstas en el art. 6 del CEDH y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, matización expresamente contemplada en el art. 5, § 1, y 12-*bis* de la propuesta enmendada.

Un balance según muchos insatisfactorio¹⁰⁸ y pronto subvertido por la Asamblea que, en un fuerte revés, ha reconfigurado la opción originaria de la Comisión, para reducir el catálogo de supuestos en los que se insta a los Estados miembros a adoptar este comiso sin condena. En particular, la Directiva en vigor, además de no incorporar ningún caso generalizado de comiso sin condena, reserva dicho instituto exclusivamente a supuestos en los que resulte imposible alcanzar la condena por enfermedad o fuga (ni siquiera

¹⁰⁴ Apreciaciones respecto a esta elección son formuladas por: A.M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea*, cit., p. 30.

¹⁰⁵ Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 25 de febrero de 2014, documento n. P7_TC1-COD(2012)0036.

¹⁰⁶ Una ulterior hipótesis (donde hay pruebas suficientes para la acusación, si el tribunal considera como probable que los bienes son de origen ilícito) viene establecida en el considerando n.º 12 de la propuesta, circunstancia respecto de la cual en algunos Estados miembros se admite el comiso sin condena, sin encontrar eco esta idea, sin embargo, en el articulado de la misma propuesta.

¹⁰⁷ Debe también destacarse que, en una perspectiva diferente, la enmienda (n.º 29) dio lugar al art. 3, que no fue mantenido por el Parlamento, con el fin de permitir la ejecución del decomiso de bienes, incluso antes de condena definitiva (“con reserva de condena”), sin perjuicio de su carácter definitivo, el cual se alcanzaba con posterioridad a esa condena.

¹⁰⁸ Consúltense en este sentido las sintéticas y eficaces observaciones críticas de F. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE*, cit.

El papel del Parlamento Europeo en la aprobación de las directivas de armonización penal

se contempla la muerte) del imputado, y sólo si ya se han iniciado procedimientos penales —por un delito susceptible de generar ventajas económicas— que obviamente pueda concluir en una condena penal. Una elección tildada por la doctrina como una auténtica declaración de intenciones “por hacer prevalecer las exigencias de respeto de las garantías en un Estado de Derecho sobre las exigencias de la lucha contra el crimen organizado”;¹⁰⁹ en suma, una opción legislativa ampliamente garantista, donde se incluye el decomiso de bienes en supuestos en los que el pronunciamiento de la sentencia definitiva resulte imposible por fuga o enfermedad, pero con respeto de otros factores que permiten afirmar la tipicidad y antijuridicidad del hecho del cual provienen las ganancias ilícitas.¹¹⁰

7. Conclusiones

Esta panorámica de las modificaciones más significativas aportadas por el Parlamento, tanto en comisiones competentes como en Asamblea, a las propuestas de Directivas de armonización penal formuladas por la Comisión de la UE y aprobadas con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa nos permite formular una serie de conclusiones.

En primer lugar, la hipótesis inicial sobre la importancia del papel desempeñado por el órgano representativo de la Unión respecto del contenido de las fuentes de armonización penal queda confirmada. Las enmiendas a los textos presentados por la Comisión han demostrado ser siempre muy numerosas y no ciertamente superficiales, en ocasiones innovando en profundidad en el contenido de esos textos legales, hasta el punto de cuestionar ciertas decisiones fundamentales formuladas por la Comisión (es el caso de la pornografía infantil virtual y de la versión de la Directiva en materia de comiso, resultado de la Comisión LIBE). Las intervenciones del Parlamento han modificado en numerosas ocasiones el ámbito de aplicación de la fuente, a veces reformulando la elección del tipo y la entidad de las sanciones. Por otra parte, como ya señalamos con carácter general en referencia a las fuentes aprobadas por procedimiento legislativo ordinario, debe subrayarse una vez más que la regulación propuesta por el Parlamento en fase de primera

lectura siempre ha coincidido con la versión definitiva de la Directiva en cuestión, sin que ninguna enmienda posterior propuesta por el Consejo o la Comisión haya obligado a poner en marcha lecturas subsiguientes.

En segundo lugar, resulta también confirmada la hipótesis según la cual la Asamblea, lejos de limitarse a jugar un papel meramente formal respecto de los textos resultantes de las comisiones, conserva sobre estos últimos un innegable margen de maniobra, como demuestra la sensacional historia de la Directiva sobre decomiso, cuya versión elaborada por la Comisión LIBE ha sido sustituida por la Asamblea en relación a un instituto clave como lo es la confiscación de bienes sin condena. A la vista de las preocupaciones sobre la transparencia del procedimiento que prevé, ya en primera lectura, la discusión de los textos en un diálogo tripartito, en la que sólo participan algunos de los miembros de la comisión parlamentaria competente,¹¹¹ debe observarse cómo la Asamblea no se ha limitado simplemente a ratificar los textos presentados, reservando para sí un auténtico espacio de intervención.

En tercer lugar, y en relación al *contenido* de las enmiendas aportadas por el Parlamento, es posible hacer un balance confortable debido a la sensibilidad del órgano democráticamente elegido respecto de la exigencia de que las fuentes europeas en materia penal sean redactadas con respeto de los principios penales fundamentales. Más allá de las actuaciones ya señaladas, destinadas a suavizar los niveles sancionatorios impuestos a los Estados miembros en comparación a las propuestas efectuadas inicialmente por la Comisión, los cambios realizados en el proyecto de Directiva en materia de explotación sexual de los menores y pornografía infantil (sobre todo, pero no sólo, en relación a la pornografía virtual), poseen una importante función simbólica en este contexto, pues dicha regulación se encuentra en plena conformidad con los principios de ofensividad y proporcionalidad; de igual modo que el retroceso operado respecto de las opciones primigeniamente adoptadas por la Comisión LIBE, permite salvaguardar la presunción de inocencia. Por otra parte, allí donde la intervención del Parlamento ha tenido el efecto opuesto de extender el ámbito de aplicación de la obligación de incriminación o de endurecer los niveles punitivos existen-

¹⁰⁹ A.M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea*, cit., p. 39.

¹¹⁰ Es el caso de defecto por inimputabilidad, o de absolución por prescripción ininterrumpida o por amnistía (A.M. MAUGERI, *ibidem*).

¹¹¹ V., *supra*, párr. 4.

tes, no parece que se hayan conculcado los principios penales fundamentales, tratándose más bien de una actuación que pretende mejorar las soluciones configuradas inicialmente por la Comisión en cuanto al efecto de esa armonización en los sistemas penales nacionales, dentro de los límites dibujados por esos principios.

En definitiva, por un lado la cantidad y profundidad de las intervenciones del Parlamento de la Unión revelan, sin duda, un alto grado de potencial de este organismo debido a la modificación en el *law-making process* europeo aprobado en Lisboa, a la luz de las mejoras del coeficiente de legitimación democrática de las fuentes de armonización penal.

Por otro lado, el contenido de tales intervenciones seguramente pueda coadyuvar a aliviar las preocupaciones planteadas por algunos sectores de la doctrina acerca de lo que ellos conciben como una configuración inexorablemente victimocéntrica del Derecho penal europeo, su vocación de “lucha”, su tendencia a la hipercriminalización, desafiando los principios de fragmentariedad, subsidiariedad, *última ratio*, y proporcionalidad del Derecho penal clásico.¹¹² Como puede observarse en el primer quinquenio postLisboa, estos principios garantistas parecen haber encontrado en el órgano democráticamente elegido de la Unión, si no un baluarte, al menos un perspicaz interlocutor.

¹¹² Véanse en este sentido las observaciones de: V. VALENTINI, “European Criminal Justice and Continental Criminal Law. A Critical Overview”, en *European Criminal Law Review*, 2012, pp. 188 y ss; *Id.*, *amplius*, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milán, 2012, pp. 33 y ss.; y bibliografía señalada en la p. 34, nota 4 (v. especialmente J.M. SILVA SÁNCHEZ, “Crítica a los principios inspiradores del pretendido ‘derecho penal europeo’”, en *La política criminal en Europa*, V. GÓMEZ MARTÍN, S. MIR PUIG y M. CORCOY BIDASOLO (eds.), Barcelona, 2004, pp. 121 y ss.



El delito medioambiental en México; una barrera punitiva demasiado tardía



Alejandro Ochoa Figueroa

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: Para la protección del medioambiente es indudable la importancia que tiene la intervención del Derecho, en donde sin duda el Derecho penal no debe quedar al margen. Y justamente el Derecho debe defender el medioambiente desde un doble interés, convirtiéndose en un promotor del desarrollo sostenible. El Código Penal federal establece el delito base para las conductas que atenten contra el medioambiente en el artículo 414, el cual contiene una doble consideración, como delito de lesión y como delito de peligro, lo cual conlleva a un atraso de la barrera punitiva para la protección del medioambiente, dejando de lado principios de Derecho ambiental como la prevención.

PALABRAS CLAVE: Delito medioambiental, desarrollo sostenible, intervencionismo penal, prevención.

ABSTRACT: For a really environment protection is unquestionable the relevance of law, particularly the criminal law. The law is the one that should protect the environment from a double interest, becoming itself into a promoter of sustainable development. The Federal Criminal Code establishes the basis for environmental offense in the article 144, which have a double consideration, as an offence against human being and as a crime of endangerment. This represents a backwardness of the punitive barrier for the environmental protection, leaving aside principles of environmental law as prevention.

KEY WORDS: Environmental crime, sustainable development, criminal interventionism, prevention.

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho penal y medioambiente. III. Delito ambiental en México. IV. La barrera punitiva del delito ambiental mexicano. V. El “riesgo de daño”, una barrera tardía. VI. Bibliografía.

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

El delito medioambiental en México; una barrera punitiva demasiado tardía

I. Introducción

La preocupación por los elementos naturales no es reciente, pero por lo que hoy conocemos como medioambiente sí lo es. Y es que desde el Derecho romano se tienen antecedentes de la protección de algunas facetas del medioambiente, específicamente dentro del *Digesto* de Justiniano, en el cual se configuraban como cosas comunes para todos los individuos (*res communis omnium*), otorgadas por el Derecho natural, los elementos como el aire, el agua corriente, el mar y sus costas, la vida animal y vegetal (D. 1, 8, 2).¹ Además, se regulaban ciertos aspectos que hoy se consideran dentro del medioambiente, como, por ejemplo, dentro del “medio urbano” se hacía alusión a la contaminación con la presencia de humo por una fábrica de quesos (D. 8, 5, 8,5), la existencia de malos olores (D. 43, 8, 2, 29), la contaminación de aguas de un manantial por unos lavaderos de tintorería (D. 39, 3, 3), la presencia de un estercolero en la pared medianera (D. 8, 5, 17, 2), la contaminación de cañerías (D. 47, 11, 1, 1), sobre la contaminación de los pozos (D. 43, 24, 11), sobre daños ecológicos que afectan a las aguas conducidas (D. 43, 20, 1, 27), o también la imposición del uso racional de los bosques (D. 7, 1), la responsabilidad del que corta árboles ajenos (D. 9, 2, 27, 26) y el incendio de arboleda (D. 9, 2, 27, 7),² entre otros aspectos.

A lo largo del tiempo, este tipo de regulaciones se conservaron en las diversas legislaciones, pero la preocupación por lo que hoy en día conocemos como medioambiente comienza a partir de finales del siglo XIX (revolución industrial) y durante el siglo XX (revolución tecnológica), cuando se empieza a discutir su protección de una manera más extensa, debido a las constantes depredaciones masivas de los recursos naturales, que han hecho mella en los ecosistemas, así como en la salud del planeta, mediante actividades industriales que potenciaron el “desarrollo”. En este sentido, MATELLANES RODRÍGUEZ describe,

muy acertadamente, la voracidad del hombre sobre los recursos naturales y el medioambiente en “pos del avance tecnológico”, y es que dicha autora sostiene que “el rápido crecimiento de la economía, la producción incluso ilimitada de bienes de consumo como motor que impulsa el modelo de sociedad hoy existente trae consigo toda suerte de perturbaciones al entorno natural que rodea al hombre. No hay más que echar una ojeada alrededor para comprobar cómo la deseada industrialización ha degenerado en un ‘dominio’ destructivo de los recursos naturales que el planeta ofrece para satisfacer toda clase de necesidades humanas”.³ De igual forma, para JAQUENOD DE ZSÖGÖN un problema sumamente grave es que el aparente “drama principal de la existencia humana actual radica en esa aprensión por el grado de desarrollo alcanzado, por las avanzadas tecnologías, por los progresos científicos; y son esos mismos adelantos los cuales le ocasiona congoja e inquietud [...] La actual tecnificación ha dotado al hombre de diversos medios de subsistencia y confort desconocidos por los más afortunados en otras épocas, la sombra del ‘nivel de vida’ se ha convertido en soberana y en fin último social; pero al mismo tiempo, y a un ritmo visiblemente acelerado, el hombre se encuentra privado de los lazos de compromiso que engendraban para él un mundo propio, ello hasta desarraigarlo de todo ambiente estable, vaciando su existencia de sentido humano, de objetivos, de esperanzas. La disociación con la naturaleza y sus procesos todos, han convertido al hombre en su propio lamento que no ha encontrado aún consuelo”.⁴

La preocupación por el medioambiente, por lo tanto, es relativamente reciente y el origen como tal podemos decir que fue en los años setenta del siglo XX, a partir de movimientos sociales y ecológicos que impulsaron la creación de leyes y reglamentos, los cuales implicaban para los Ordenamientos principios jurídicos totalmente nuevos. Aunque, precisamente, quien jugó un papel protagonista en el impulso hacia

¹ D’ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., y otros, *El digesto de Justiniano*, t. I, Aranzadi, Pamplona, 1975, p. 69; ZAMORA MANZANO, J.L., *Precedentes romanos sobre el Derecho ambiental. La contaminación de aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, Edisofer, Madrid, 2003, pp. 19 y ss. También véanse, JORDANO FRAGA, J., *La protección del Derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 16; LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental administrativo*, La ley, Madrid, 2010, p. 39.

² D’ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., y otros, *El Digesto de Justiniano*, t. I, cit., pp. 303, 370, 385 y 387; D’ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., y otros, *El Digesto de Justiniano*, t. III, Aranzadi, Pamplona, 1975, pp. 171, 390, 417, 429 y 655.

³ MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Medio ambiente y funcionarios públicos*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 29 y 30. “Los científicos afirman que hemos llegado a las fronteras de desarrollo poniendo en riesgo la naturaleza. Esta idea, ampliamente divulgada, se basa en un hecho de implicancias culturales extraordinarias: la naturaleza, como un todo, es un recurso escaso” (LORENZETTI, R.L., *Teoría del Derecho ambiental*, Porrúa, México, 2008, p. 3).

⁴ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S., *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Dykinson, Madrid, 1991, p. 46.

la protección ambiental y cuyo sentimiento ecológico se hizo latente con anterioridad a otros países, fue Estados Unidos de América, debido a que comenzaron a observar las repercusiones ambientales que conllevaban las actividades industriales que se venían practicando, por lo que se promulgó la Environmental Policy Act de 1969. Por su parte, Francia también venía dando un gran apoyo a los movimientos ecologistas, y en 1968 se inicia el movimiento ideológico del “mayo del 68”, el cual planteó cuestiones sobre los valores de la sociedad de consumo, defendiendo una forma de vida más respetuosa y armónica con la naturaleza, y además mediante el Decreto 1971/94, de 27 de enero, se creó el Ministerio de la *protection de la nature et de l’environnement*.⁵

Además, es importante resaltar la trascendencia del medioambiente en el ámbito internacional, donde ha jugado un papel determinante para la protección dentro de las legislaciones nacionales, y así podemos observar varios tratados, convenciones, declaraciones, cumbres y demás actuaciones internacionales que han impulsado la protección del medioambiente en los distintos países. Aunque se ha avanzado en este sentido, sigue habiendo debilidad por parte del sistema internacional para la protección ambiental, siendo una de las razones la resistencia que siguen presentando los

distintos Estados a renunciar a su soberanía. Si bien la institución más importante a nivel internacional, las Naciones Unidas, ha reforzado su presencia considerablemente, no ha logrado obtener el consenso necesario para que todos los países acaten una directriz conjunta en materia de medioambiente.⁶

En este sentido, es importante referirnos a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano,⁷ mejor conocida como la Conferencia de Estocolmo de 1972, la cual para algunos autores representa “la fase de madurez de la Humanidad en la adquisición de la correcta conciencia de lo que puede ‘o podía’ significar un descuido o abandono de una naturaleza que por estar ahí “y por haberlo estado siempre” no había merecido la atención que ‘grandemente’ se merece”.⁸ Pero de esta Conferencia tan sólo se pudieron adoptar medidas que poseen carácter declarativo y recomendatorio, lo cual estaba justificado para su momento, debido a que únicamente se podía realizar un diagnóstico y adoptar directrices políticas, no una regulación específica (Tratados) “de cuestiones que todavía necesitaban de una cierta maduración”.⁹ El instrumento más importante que nació de la Conferencia fue la Declaración de Estocolmo de 1972,¹⁰ la cual supuso el arranque en la protección internacional del medioambiente¹¹, hasta el punto de

⁵ Véanse MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, Madrid, 2008, p. 19; JORDANO FRAGA, J., *La protección del Derecho a un medio ambiente...*, ob. cit., pp. 50 y 51; LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental administrativo...*, ob. cit., p. 63; CANOSA USERA, R., *Constitución y medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 26.

⁶ MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho ambiental*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p. 79.

⁷ Celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972 por la ONU, convocada mediante la resolución 2398, de 3 de diciembre de 1968. La conferencia Mundial sobre el Medio Humano fue preparada por un comité especial compuesto por representantes de 27 Estados. Contó con la asistencia de 113 representaciones estatales, más de 400 organizaciones no gubernamentales, además de personalidades invitadas.

⁸ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ DE PRADA, V., “La conferencia de Estocolmo sobre medio ambiente”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 68, 1972, pp. 384 y 385.

⁹ JUSTE RUIZ, J., *Derecho internacional del medio ambiente*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 19. También véase SCHNEIDER, J., *World public order of the environment. Towards an international ecological law and organization*, Stevens & Sons, Canadá, 1979, pp. 4 y 5

¹⁰ Puede consultarse en la página web: <http://www.pnuma.org/docamb/mh1972.php>

¹¹ Si bien es en los años setenta, y a partir de dicha Declaración, que se toma como el punto de partida para el Derecho internacional del medioambiente, hubo unos primeros elementos internacionales que deben ser tenidos en cuenta, como el Convenio de París de 19 de marzo de 1902, sobre la protección de las aves útiles a la agricultura; los Convenios de Washington de 7 de febrero (Estados Unidos-Reino Unido) y de 7 de julio de 1911 (Estados Unidos, Reino Unido, Rusia y Japón) sobre la protección de las focas para la peletería. También el Convenio entre Estados Unidos y Reino Unido de 11 de enero de 1909 relativo a la protección contra la contaminación de los ríos fronterizos con los dominios de Canadá. Asimismo, ha habido herramientas jurídicas internacionales que se encaminaban a una perspectiva ecológica más similar a la actual, como el Convenio de Londres de 8 de noviembre de 1933 para la conservación de flora y fauna natural en África, y el Convenio de Washington de 12 de octubre de 1940 para la protección de la flora, la fauna y las bellezas panorámicas naturales en los países de América. Después de la Segunda Guerra Mundial se inició una preocupación ambiental más específica mediante instrumentos convencionales para la protección de las aguas dulces y las aguas del mar; como ejemplo está el Protocolo firmado entre Francia, Bélgica y Luxemburgo para la protección de las aguas fronterizas, del 8 de abril de 1950, y los convenios para combatir la contaminación del río Mosela del 27 de octubre de 1956, del lago Lemán de 16 de noviembre de 1962, o del río Rin de 29 de abril de 1963. Para las aguas marinas, el Convenio de Londres para la prevención de la contaminación del mar por hidrocarburos, de 12 mayo de 1954, pues se trataba de la primera herramienta internacional que intentó regular la contaminación por buques. Los países ribereños del Mar del Norte celebraron el 9 de julio de 1969 el Convenio de Bonn para la lucha contra la contaminación de las aguas del mar en caso de accidente por hidrocarburos;

El delito medioambiental en México; una barrera punitiva demasiado tardía

que algunos autores, como DIEZ DE VELASCO, la consideran como la “verdadera Carta Magna del ecologismo internacional”.¹²

El caso mexicano sobre la protección ambiental tiene un origen temprano, siendo uno de los primeros del mundo por su Constitución de 1917, mediante el artículo 27, el cual se refiere a la conservación de los elementos naturales.¹³ Aunque su regulación no llegaría sino hasta años más tarde, como consecuencia de los movimientos internacionales se comienza a tomar conciencia de la situación ambiental, por ello en México se promulgó la Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación de 1971, tiempo después se aprobó la Ley Federal de Protección al Ambiente de 1982 y finalmente la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente de 1988, reformada en 1996 y actualmente en vigor.¹⁴

II. Derecho penal y medioambiente

La importancia de la protección y la intervención del Derecho en el medioambiente debe ser incuestionable, y ramas como el Derecho penal no deben quedar al margen. Y es que esta nueva rama jurídica,

Derecho ambiental, debe defender el medioambiente mediante el establecimiento de un doble interés, de la mano de lo que se denomina desarrollo sostenible/sustentable, y es que si bien se deben impulsar los sectores económicos y sociales para alcanzar un buen desarrollo colectivo (un valor de crecimiento), y por otro lado es necesario proteger a la sociedad de los mecanismos empleados en cuanto a la contaminación que puedan producir para lograr dicho desarrollo (un valor ecológico),¹⁵ por ello podríamos considerar que el Derecho se convierte en un “promotor” del desarrollo sostenible.¹⁶

Este “valor ecológico” se encuentra en los distintos instrumentos jurídicos, como el Derecho penal, el cual ha sufrido una importante expansión, protegiendo intereses más colectivos y menos individuales, siempre y cuando contengan una importancia trascendental en la sociedad, tratándose del medioambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material, lo que se conoce, en general, como “bienes jurídicos colectivos” o “intereses difusos”.¹⁷ Es por ello que la titularidad de estos bienes se comparte en una generalidad de personas,¹⁸ así

el Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969 sobre intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos; el Convenio de Bruselas de 18 de diciembre de 1971, sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos. En un ámbito de organismos regionales podemos mencionar la Declaración sobre la Lucha contra la Contaminación del Aire de 8 de marzo de 1968 promovida por el Consejo de Europa, y también la Carta Europea del Agua de 6 de mayo de 1968; por su parte la Organización de la Unidad Africana promovió la Convención Africana sobre Protección de la Naturaleza y los Recursos Naturales de 15 de septiembre de 1968. Véase JUSTE RUIZ, J., *Derecho internacional del medio...*, ob. cit., pp. 16-18.

¹² DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho internacional público*, 17ª ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 763.

¹³ En este sentido, BRAÑES considera que “el hecho de que el Constituyente haya tenido en cuenta dicha idea cuando diseñó el proyecto nacional que subyace en la Carta Fundamental de México, es algo verdaderamente singular para su época y confirma, una vez más, el carácter precursor de la Constitución Política de 1917, que en el momento de su aparición fue una auténtica obra maestra del constitucionalismo social del presente siglo” (refiriéndose al siglo XX). BRAÑES, R., *Manual de Derecho ambiental mexicano*, 3ª reimpr. de la 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2012, pp. 66 y 69. También en Alemania puede observarse este proceso, ya que en 1919 se iniciaba la protección ambiental con la Constitución de Weimar. Otro caso es España, país en el que, desde la Constitución de 1931, existen precedentes sobre la protección del medioambiente, aunque se trataba de una protección reducida. Aunque en el caso de España, no fue sino hasta la Constitución de 1978 que se profundiza en el establecimiento de la protección medioambiental. CANOSA USERA, R., *Constitución y medio...*, cit., p. 30.

¹⁴ GUTIÉRREZ NÁJERA, R., *Introducción al estudio del Derecho ambiental*, 7ª ed., Porrúa, México, 2011, p. 193

¹⁵ En un sentido similar lo plantea MORILLAS CUEVA, quien sostiene que el Derecho tiene la necesidad de impulsar la protección ambiental mediante dos dimensiones del desarrollo comunitario: el valor de crecimiento y el valor ecológico, “de tal manera que no aparezcan enfrentados entre sí, sino colaborando mutuamente y, en cualquier caso, con la suficiente protección para su diferenciada subsistencia”. MORILLAS CUEVA, L., “El agua como objeto de protección penal en su vertiente ambiental”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 1075.

¹⁶ El desarrollo sostenible se trata de uno de los principios rectores del medioambiente, el cual aparece como tal desde el Informe Brundtland de 1987, teniendo en consideración la habilidad de la humanidad para alcanzar un desarrollo sostenible, asegurando que se alcancen las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras de cubrir sus propias necesidades. Puede entenderse como una combinación de varios elementos, como lo es la protección del medioambiente, el desarrollo económico, la preservación de los recursos naturales para que las generaciones futuras puedan beneficiarse de ellos, la explotación de los recursos de forma sostenible, y el uso equitativo de los recursos naturales. Véase, LAGO CANDEIRA, A., “Principios generales de Derecho ambiental”, en *Diccionario de Derecho ambiental*, Iustel, Madrid, 2006, p. 992

¹⁷ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011, p. 162; a los bienes jurídicos colectivos también se les conoce como bienes jurídicos difusos o difundidos, colectivos, supraindividuales, universales, intereses generales o colectivos o derechos colectivos o sociales, bienes jurídicos de “nueva generación” o de “nuevo cuño”; optar por uno o por otro no conlleva mayor trascendencia.

como también comparten el deseo de su protección, traduciéndose como una necesidad colectiva, es decir, todos los miembros de la colectividad tienen el mismo interés de que se respete y se conserve una determinada circunstancia y, por lo tanto, pueden verse afectados todos o cualquier persona, siendo una víctima difusa o potencial.¹⁹

Así pues, el bien jurídico debe considerarse como aquello que contenga un valor esencial para el ser humano y para la sociedad en donde habita, que viéndose afectado implicaría un ataque (mediante lesión o puesta en peligro) tanto para el individuo como para su comunidad, por lo cual debe protegerse mediante la tutela del Derecho, para que éste asegure su cuidado.²⁰

En este sentido, el bien jurídico es un “valor esencial para el ser humano y para la sociedad”, y justamente el medioambiente debe considerarse como ese

valor esencial que reside en los componentes necesarios para que exista la vida, protegiendo así el medio natural y urbano. Por ello, el mismo tiene que ser considerado como un bien jurídico colectivo, por lo que se debe proteger como tal; si bien la defensa de la salud y la vida están relacionadas con la protección al medioambiente, estos bienes no son el objetivo primordial de su defensa, sino que son defendidos mediatamente, es decir, que mediante la defensa del bien jurídico medioambiental se protege la vida y la salud, siendo estos considerados como bienes jurídicos intermedios. Y es que, hoy en día, no debe quedar en entredicho si estamos ante un bien jurídico o no, o si lo que se defiende es otro bien jurídico y no el medioambiente, por lo que su protección es necesaria e impostergable. El Derecho penal debe afrontar las nuevas realidades sociales, entre las que sin duda el medioambiente ostenta un papel primordial.²¹

En este sentido, véanse SANTANA VEGA, D.M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 96; SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, p. 193. Por otra parte, MAYO CALDERÓN entiende que “la crítica a la tutela de los bienes jurídicos colectivos por el Derecho penal está en cierto modo fundamentada en uno de los mayores problemas con los que se enfrenta una teoría sobre bienes jurídicos colectivos: la frecuente utilización de bien jurídico colectivo para designar lo que no lo es. Así, por ejemplo, no son bienes jurídicos el orden económico, o la economía nacional. Sin embargo, el hecho de que no sean bienes jurídicos conceptos que la doctrina ha calificado como tales no quiere decir que no existan verdaderos bienes jurídicos colectivos, por lo que la autora estima que “la tutela de bienes jurídicos colectivos es fundamental en la sociedad actual” (MAYO CALDERÓN, B., *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda*, Comares, Granada, 2005, pp. 37 y 38).

¹⁸ HEFENDEHL, R., “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *Anales de Derecho*, núm. 19, 2001, p. 149; para SOTO NAVARRO, “la atribución de la titularidad de un bien jurídico a un grupo social más o menos amplio, en vez de al individuo aisladamente considerado, no comporta automáticamente su calificación de bien jurídico colectivo, sino que ello depende [...], de un elemento previo fundamental, cual es la distinta función o utilidad (no fin) que cumplen los bienes jurídicos colectivos con respecto a los individuales”. SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos...*, cit., p. 195.

¹⁹ VARGAS PINTO distingue los bienes jurídicos colectivos en particulares (seguridad de tráfico rodado, funcionamiento de los mercados, etc.) y generales (salud pública, medioambiente, etc.). VARGAS PINTO, T., *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 105-106 y 135

²⁰ OCHOA FIGUEROA, A., “Ilícito penal e ilícito administrativo en el ámbito del medioambiente. Especial consideración de la tutela del agua”, tesis inédita, Universidad Complutense de Madrid, 2013, 192.

²¹ Aunque no todas las opiniones aceptan que el medioambiente sea merecedor de protección penal, ya que hay quienes sostienen que lo considerado como Derecho penal ambiental se basa en delitos de bagatela, calificándolo como un Derecho penal simbólico, por lo tanto su tutela, como sostiene JORGE BARREIRO, “sirve para engañar a la opinión pública, aunque la misma contribuye también a la toma de conciencia por parte de la población acerca del reconocimiento del medio ambiente como un interés fundamental para el desarrollo de la vida en sociedad”. Además, considera que aunque el medioambiente sea “un interés social especialmente relevante, merecedor y necesitado de protección penal, no supone reconocer que el Derecho penal sea la respuesta idónea y eficaz para proteger ese bien colectivo o supraindividual”. En este contexto, dicho autor entiende que el “problema de fondo [...], no está en que el Derecho penal medioambiental sea ineficaz y resulte meramente simbólico, sino más bien en que su mensaje –en la medida en que se cree en él– impide una política ambiental racional y totalmente efectiva. La solución a este problema no está en un incremento de las incriminaciones o de los marcos penales existentes, ni en una retirada o retroceso del Derecho penal, sino en un replanteamiento a fondo y de carácter global de toda la problemática relativa al medio ambiente, lo cual pasa por un cambio de mentalidad en la opinión pública –conciencia cívica que respete el medio ambiente, incluso con el sacrificio de ciertos hábitos en el modelo de vida–, por una profunda transformación de la política ambiental de las Administraciones Públicas competentes en esta materia, con un compromiso firme y coherente que intervenga de forma radical en los procesos productivos, y por una adecuada cooperación y coordinación internacional en la política de protección del medio ambiente” (JORGE BARREIRO, A., “El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”, en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2005, pp. 18-21). Con estos planteamientos, MUÑOZ LORENTE estima que el Derecho penal medioambiental “no sirve para luchar contra la criminalidad a gran escala –para la que específicamente se encontraba previsto–, sino que tan sólo sirve para educar o concienciar a los ciudadanos respecto a la importancia del medio ambiente y la necesidad de protegerlo; y para concienciar y educar a los ciudadanos se condena por casos ínfimos y, de esa forma, se da una imagen de eficacia del Derecho penal medioambiental. En definitiva, se está instrumentalizando al Derecho penal para que éste realice una función que no le pertenece”. MUÑOZ

El delito medioambiental en México; una barrera punitiva demasiado tardía

III. Delito ambiental en México

En un principio, el delito medioambiental en México se encontraba tipificado en la Ley Federal de Protección al Ambiente de 1982, y más tarde en la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente de 1988.²²

Actualmente, los delitos medioambientales se encuentran tipificados en el Código Penal federal (CPF en adelante), como consecuencia de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de diciembre de 1996, introduciendo al Código el Título Vigésimo Quinto, delitos contra el ambiente y la gestión ambiental.²³ Este Título contiene: el Capítulo primero, de las actividades tecnológicas y peligrosas, artículos 414, 415 y 416; Capítulo Segundo, de la biodiversidad, artículos 417, 418, 419, 420 y 420 bis; Capítulo tercero, de la bioseguridad, artículo 420 ter; Capítulo cuarto, delitos contra la gestión ambiental, artículo 420 quáter; y el Capítulo quinto, disposiciones comunes a los delitos contra el ambiente, artículos 421, 422 y 423.

En el Código Penal Federal el delito base para las conductas que atenten contra el medioambiente encuentra su lugar en el artículo 414, el cual señala:

“Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa al que ilícitamente, o sin aplicar las medidas de prevención o seguridad, realice actividades de producción, almacenamiento, tráfico, importación o exportación, transporte, abandono, desecho, descarga, o realice cualquier otra actividad con

sustancias consideradas peligrosas por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, radioactivas u otras análogas, lo ordene o autorice, *que cause un daño a los recursos naturales*, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua, al suelo, al subsuelo o al ambiente.

“La misma pena se aplicara a quien ilícitamente realice las conductas con las sustancias enunciadas en el párrafo anterior, o con sustancias agotadoras de la capa de ozono y *cause un riesgo de daño a los recursos naturales*, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente.

“En el caso de que las actividades a que se refieren los párrafos anteriores se lleven a cabo en un área natural protegida, la pena de prisión se incrementará hasta en tres años y la pena económica hasta en mil días multa, con excepción de las actividades realizadas con sustancias agotadoras de la capa de ozono.

“Cuando las conductas a las que se hace referencia en los párrafos primero y segundo de este artículo se lleven a cabo en zonas urbanas con aceites gastados o sustancias agotadoras de la capa de ozono en cantidades que no excedan de 200 litros, o con residuos considerados peligrosos por sus características biológico-infecciosas, se aplicará hasta la mitad de la pena prevista en este artículo, salvo que se trate de conductas repetidas con cantidades menores a las señaladas cuando superen dicha cantidad.”

El artículo 414 CPF contiene varias irregularidades, una de ellas es la barrera punitiva,²⁴ lo cual analizaremos a continuación.

LORENTE, J., “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico”, en *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 6, 2001-2, pp. 127-128. Con base en lo anterior, también podemos referirnos a la opinión de MÜLLER-TUCKFELD, para quien el Derecho penal medioambiental tiende a ser ineficaz, y afirma que el verdadero bien jurídico no es el medioambiente y su protección, “sino la exigencia de que estos recursos sólo se contaminen de forma autorizada”, y por ende, manifiesta el autor, “estamos ante la penalización de la desobediencia administrativa”. Además, considera que el Derecho penal medioambiental tiene éxito en cuanto a la “prevención general a través de la concienciación positiva, como la intimidación de potenciales delincuentes”. No obstante, dicho autor apunta que las medianas y grandes empresas no son objeto de persecución penal, y argumenta dos motivos: “el primero radica en que la mayor parte de las contaminaciones del medio ambiente en este ámbito están permitidas administrativamente y, por tanto, no realizan el tipo. En el caso de las grandes empresas las autorizaciones se plasman en acuerdos corporativos. El pacto sobre la contaminación legalmente autorizada se lleva a cabo corporativamente y, además, cuando se tiene conocimiento de una infracción penal contra el medio ambiente, ésta no suele comunicarse a la fiscalía para que no ponga en peligro el clima de la negociación. El segundo motivo es que la contaminación ilegal –es decir, no permitida administrativamente– es mucho más difícil de probar en la producción a gran escala que en las infracciones ambientales cometidas por sujetos comunes. Normalmente, estos últimos delitos son perceptibles sensorialmente tanto por los demás ciudadanos como por la policía, mientras que la existencia de sustancias altamente tóxicas en la mayoría de los casos sólo puede probarse con complejas técnicas de medición y análisis y con un personal adecuadamente formado. Incluso cuando excepcionalmente se consiga probar algún delito, en el ámbito de la gran producción el riesgo de condena es casi cero”. MÜLLER-TUCKFELD, J. C., “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 517-518 y 522-523.

²² BRAÑES, R., *Manual de Derecho ambiental mexicano...*, ob. cit., p. 274.

²³ BRAÑES, R., *Manual de Derecho ambiental mexicano...*, ob. cit., pp. 274 y 275; también véase GUTIÉRREZ NÁJERA, R., *Introducción al estudio...*, ob. cit., pp. 598 y 599.

²⁴ Otra irregularidad es que no existe proporción entre las figuras que contempla, ya que las penas establecidas para cada figura no varían, es decir, es la misma pena para ambas (lesión y peligro), cuestión que será materia de análisis en otra ocasión.

IV. La barrera punitiva del delito ambiental mexicano

Como podemos observar, el artículo 414 sobre el delito medioambiental contiene una doble consideración, como delito de lesión y como delito de peligro, es decir, un desvalor de doble contenido.

En la primera consideración “cause un daño”, el bien jurídico ya ha sufrido un menoscabo, es decir, se trata de un delito de lesión. En cuanto a la segunda consideración, si bien nos encontramos ante situaciones donde las normas ambientales permiten cierta cantidad de contaminantes, pero para poder imputar el delito debe sobrepasar el “riesgo permitido” por la norma,²⁵ lo cual exige un plus de peligrosidad que viene dado por el “riesgo de daño”, lo cual se anticipa a la existencia de una lesión del bien jurídico, encontrándonos ante un delito de peligro.

Dentro de la doctrina son varias las valoraciones sobre qué tipo de peligro debe representar el delito medioambiental. Y es que un sector de la doctrina ha entendido que debe tratarse de un peligro concreto; otro, por el contrario, ha mantenido que debe ser valorado como un delito de peligro abstracto, e incluso otro sector, que ahora se encuentra en auge, de peligro hipotético (a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto).

A) Peligro concreto

Para algunos autores la calificación del delito medioambiental como un delito de peligro concreto

encuentra sentido. Podemos referirnos a algunos autores de la doctrina extranjera que creen que es mejor considerar el delito medioambiental como de peligro concreto, aunque su apoyo va en descenso como en el caso de España, donde todavía parte de la doctrina considera oportuna dicha consideración.²⁶

Es el caso de MORILLAS CUEVA, quien afirma que ésta es la calificación más adecuada para el equilibrio de los sistemas naturales, y entiende que si no se da esta clase de peligro “deriva la conducta al ámbito administrativo”.²⁷ En el mismo sentido se manifiesta QUERALT JIMÉNEZ, quien incluso afirma que se “requiere la existencia de uno grave (peligro) para una serie de bienes jurídicos [...] No basta, pues, cualquier peligro concreto, sino uno grave”.²⁸ También PERIS RIERA considera que el delito medioambiental debe ser configurado como un delito de peligro concreto “que requiere un resultado, esto es, la creación de un riesgo de grave perjuicio que quedará además condicionado por la infracción previa de leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”.²⁹ Otra opinión en esta línea es la de CORCOY BIDASOLO, quien sostiene que se debe exigir que “la contaminación [...] sea imputable objetivamente a la conducta típica y que esa contaminación sea idónea para afectar *ex post* el equilibrio de los sistemas naturales”; dicha autora argumenta su postura exponiendo tres razones (para el caso de España): “1º razones de legalidad: el art. 325 requiere esa contaminación a través del requisito *con incidencia*; 2º razones político criminales, puesto que esta postura permite una diferenciación cualitativa respecto de las

²⁵ “Con el progreso social y técnico se ha elevado considerablemente el número de aquellas actividades que son, a la vez, peligrosas e imprescindibles. Así, por ejemplo, la explotación de minas exige anualmente numerosas vidas humanas. “El peligro es hoy en día no un estado anormal, sino uno normal.” La realización de una acción peligrosa no es siempre [...] algo prohibido: “Cuanto más imprescindible sea una acción en sentido jurídico, mayor será el peligro que estará permitido correr sin desaprobación jurídica”. Sin embargo, el agente sólo se puede beneficiar de este motivo de justificación del riesgo permitido cuando han sido tomadas todas las medidas de cuidado para proteger los bienes jurídicos amenazados por las actividades peligrosas, es decir: cuando se ha observado la diligencia exigida en el tráfico” (GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, B de F, Buenos Aires, 2007, pp. 50 y 51); SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 145; SILVA SÁNCHEZ, J.M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 20; CORCOY BIDASOLO, M., “El delito ecológico. Delitos en materia de aguas”, en *El agua: estudios interdisciplinarios*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 297 y 298.

²⁶ En este sentido, la clasificación como delito de peligro concreto, el artículo 325 del Código Penal español. GARCÍA RIVAS, N., *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Praxis, Barcelona, 1998, pp. 136 y 137; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “Los delitos contra el medio ambiente en el Código Penal español”, en *Actualidad penal*, 1994-1, p. 11; BLANCO LOZANO, C., *Tratado de Derecho penal español. El sistema de la parte especial*, t. II, Bosch, Barcelona, 2005, p. 284; DE MIGUEL PERALES, C., *Derecho español del medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2000, p. 278; MITRE GUERRA, E.J., “La protección del agua a través de la tutela penal. Estudio comparado de Panamá y España”, en *Revista Prospectiva Jurídica*, núm. 7, 2013, p. 47, entre otros.

²⁷ MORILLAS CUEVA, L., “Las diverse variables de la protección penal del agua en el ámbito punitivo”, en *La tutela penal del agua*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 64.

²⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010, pp. 927 y 928.

²⁹ PERIS RIERA, J.M., “Tutela penal del agua”, en *La tutela penal del agua*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 29.

El delito medioambiental en México; una barrera punitiva demasiado tardía

infracciones administrativas; 3º razones procesales y científicas: la prueba de la incidencia ofrece mayor seguridad jurídica en la valoración del riesgo”.³⁰

B) Peligro abstracto

Otro criterio empleado dentro de la doctrina jurídica es la consideración del delito medioambiental como un *delito de peligro abstracto*.³¹

En este sentido, MARQUÈS I BANQUÉ estima que así obliga “no tanto a acreditar la existencia del peligro, sino la idoneidad de ese acto de contaminación para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales en el contexto fáctico concreto en que se produce”.³²

ALASTUEY DOBÓN opina que se trata de la tipificación más adecuada, “dada la dificultad o imposibilidad de determinar en estos casos cuándo se ha lesionado el bien jurídico y, en caso de poderse detectar un perjuicio, por los problemas de imputación de ese resultado a una conducta concreta, pues normalmente un acto individual no causa por sí solo el perjuicio, sino que éste es consecuencia de la reiteración de acciones de esas características”.³³ De igual forma, CASSOLA PEREZUTTI sostiene que “la tipificación como delito abstracto sortearía las dificultades de determinar cuándo se ha lesionado el bien jurídico y detectado el perjuicio, los problemas que se darían en

cuanto a la imputación del resultado a una conducta determinada, ya que un mero acto individual tal vez no sea el causante *per se* del perjuicio, sino que dicho perjuicio podría ser consecuencia de la reiteración de acciones de esas características”.³⁴ Para MENDOZA BUERGO el delito ambiental se debe tipificar como un delito de peligro abstracto, debido a que se tiene que “anticipar a estadios más tempranos la tutela penal, como también las dificultades asociadas a la utilización de tipos de peligro concreto, de modo especial las ligas a la prueba de la relación de causalidad entre la conducta aislada individual y la producción de un peligro concreto”.³⁵ De esta manera, MORALES PRATS considera que mediante el peligro abstracto se “facilita la prevención y represión penal (entre otras razones por descargar la carga de la prueba) de las conductas. En particular, el empleo de la estructura típica de peligro abstracto releva la necesidad de probar la concreta peligrosidad de la acción; la creación de un estado concreto de peligro ulterior a la acción constituirá una exigencia ajena al tipo penal. La tipicidad quedaría perfeccionada con la mera subsunción formal de la conducta en el precepto, pues éste, *ex lege*, de modo general y abstracto, presume de forma absoluta (*iuris et de iure*) en función de datos de la experiencia que una determinada categoría de conductas son peligrosas a los efectos penales”.³⁶ También en esta línea señala MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS que

³⁰ CORCOY BIDASOLO, M., “El delito ecológico...”, *ob. cit.*, p. 302.

³¹ BACIGALUPO, E., “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, V, 1982, p. 203; CANOSA USERA, R., *Constitución y medio...*, *ob. cit.*, p. 157; DE LA MATA BARRANCO, N.J., *Protección penal del ambiente y accesoriad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 104; GRANADOS PÉREZ, C., “La contaminación acústica como modalidad de delito contra el medio ambiente”, en *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 980; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España”, en *Derecho y medio ambiente*, CEOTMA, Madrid, 1981, p. 254; VARELA AGRELO, J.A., “Imprudencia y medio ambiente: dificultades y soluciones en la regulación penal de un delito de peligro”, en *La imprudencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 75-77; URRAZA ABAD, J., *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, La Ley, Madrid, 2001, p. 233.

³² MARQUÈS I BANQUÉ, M., “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Comentarios al Código Penal*, t. II, 6ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 722 y 723.

³³ La autora estima que si bien tradicionalmente “a los delitos de peligro abstracto se les ha catalogado como de simple actividad, cada vez con mayor frecuencia se pone de manifiesto y se reconoce la presencia en algunos delitos de peligro abstracto de un resultado material que no implica la aparición de un resultado valorativo—desvalor de resultado: lesión o puesta en peligro de un bien jurídico—, por no recaer aquél sobre el objeto material del bien jurídico, sino un objeto distinto”. ALASTUEY DOBÓN, M. C., “Delito ecológico y aguas continentales”, en *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 497-500.

³⁴ El autor no duda en considerar a los delitos medioambientales como delitos de peligro abstracto, “ya que el bien jurídico protegido es en definitiva el equilibrio de los sistemas naturales, y no puramente el elemento agua, aire, suelo, etc.; así como determinadas cualidades de estos medios; no pudiendo en su mérito exigirse un resultado de lesión o de peligro para el bien jurídico. Se trata, por ende, de un delito específico de aptitud para producir un daño”. CASSOLA PEREZUTTI, G., *Medio ambiente y Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2005, p. 27.

³⁵ MENDOZA BUERGO, B., “El delito ecológico y sus técnicas de tipificación”, en *Actualidad Penal*, 2002-1, p. 303.

³⁶ MORALES PRATS, F., “La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro”, en *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, v. II, Universidad de Valencia, Valencia, 1997, pp. 486 y 487.

“los preceptos que recogen un peligro abstracto cumplen mejor la finalidad de prevención general, pues son más fácilmente identificables por el individuo que ve cómo la sanción está ligada exclusivamente al comportamiento que el sujeto ha podido dominar y controlar y no depende de otros factores generalmente casuales”.³⁷

C) Peligro hipotético

El criterio de la doctrina ha vuelto a cambiar, pues actualmente, se comienza a calificar al delito medioambiental como un delito de peligro hipotético o peligro concreto-abstracto.³⁸

En este sentido MUÑOZ CONDE entiende que la mejor configuración del delito medioambiental es de peligro hipotético “a medio camino entre los delitos de peligro abstracto y concreto, en el que, si bien no es necesario demostrar una situación de peligrosidad concreta, la conducta debe presentar, al menos, una aptitud lesiva que la cualifique frente a las simples infracciones administrativas”.³⁹ En esta línea de pensamiento también se encuentra MATELLANES RODRÍGUEZ, quien sostiene que la consideración del delito medioambiental como un delito de peligro hipotético conlleva algunas ventajas sobre su consideración como concreto o abstracto: “respecto a los primeros, tiene la virtualidad de facilidad probatoria.

No hay que probar la causalidad entre la acción contaminante y la inminencia concreta de lesión. Respecto a los segundos, tiene la ventaja de evitar la confusión entre las infracciones penales y las administrativas, ya que la sola contravención de la normativa administrativa no significa que estemos ya ante el delito”.⁴⁰ De igual manera, SUÁREZ GONZÁLEZ mantiene que se debe considerar como un delito de peligro hipotético “cuya concurrencia requiere una doble constatación por parte del juzgador, lo que en muchas ocasiones no resultará fácil: a) que el comportamiento entraña un riesgo de perjuicio y b) que el perjuicio que se puede irrogar es grave”.⁴¹

V. El “riesgo de daño”, una barrera tardía

En el delito medioambiental mexicano, establecido en el artículo 414 CPF, algunos autores consideran que el tipo de peligro es abstracto, como por ejemplo GUTIÉRREZ NÁJERA,⁴² pero desde mi perspectiva no puedo considerar que implique un peligro abstracto, sino un peligro concreto. Y es que ese desvalor de doble contenido (lesión y peligro) no puede separar tanto una barrera punitiva de la otra, es decir, que dicho artículo contempla dos figuras que no adelantan la protección del medioambiente. En este sentido, cuando el CPF se refiere al “riesgo de daño”, nos encontramos ante una barrera punitiva que en mi opinión es de-

³⁷ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Colex, Madrid, 1998, p. 70.

³⁸ En este sentido, véanse SERRANO TÁRRAGA, M.D./SERRANO MAÍLLO, A./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Tutela penal ambiental*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 158; OLMEDO CARDENETE, M., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 733; HAVA GARCÍA, E., “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Derecho penal español. Parte especial*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1046; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código Penal comentado*, t. II, Bosch, Barcelona, 2004, p. 990; MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., pp. 114 y 115; GÓMEZ LANZ, F.J., “Relevancia penal de las nuevas formas de contaminación atmosférica”, en *Nuevas formas de contaminación atmosférica. Un análisis jurídico multidisciplinar*, Dykinson/Comillas, Madrid, 2010, p. 159; DE LA CUESTA AGUADO, M.P., “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en ARROYO ZAPATERO, L. (dir.), y otros, *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 731; también véase TORÍO LÓPEZ, Á., “Los delitos de peligro hipotético”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, núm. 35, fascículo III, 1981, pp. 825 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 797; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Derecho penal del medio ambiente”, en ORTEGA ÁLVAREZ, L./ALONSO GARCÍA, C. (dirs.), *Tratado de Derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 296.

³⁹ En los delitos de peligro hipotético el legislador no prevé indicios de peligrosidad, pero la acción típica, en general peligrosa, ha de ser idónea en el caso concreto para crear una situación de riesgo que, sin embargo, no tiene que ser constatada. Y si en el caso concreto no es así, aunque se hayan infringido las disposiciones administrativas sobre la materia, no se puede condenar”. MUÑOZ CONDE, F./LÓPEZ PEREGRÍN, C./GARCÍA ÁLVAREZ, P., *Manual de Derecho penal medioambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 262 y 263).

⁴⁰ MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Derecho penal del medio ambiente...*, ob. cit., p. 115.

⁴¹ SUÁREZ GONZÁLEZ, C., “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 928.

⁴² “Este tipo penal es de los delitos denominados de peligro abstracto, es decir, no es necesaria la causación del daño, sino que basta que exista el riesgo de causar el daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente con sustancias peligrosas o agotadoras de la capa de ozono de manera ilícita, es decir, sin los permisos correspondientes o contraviniendo los permisos obtenidos”. GUTIÉRREZ NÁJERA, R., *Introducción al estudio...*, ob. cit., pp. 601 y 602

El delito medioambiental en México; una barrera punitiva demasiado tardía

masiado tardía, por lo que el Derecho penal está actuando cuando el daño está hecho o es prácticamente inminente, con ello el CPF deja de lado principios de Derecho ambiental,⁴³ como el de la prevención, el cual supone “la columna vertebral del Derecho internacional del medio ambiente”, estando basado en la responsabilidad que tiene todo Estado de adoptar las medidas necesarias para evitar cualquier daño ambiental que pueda ocurrir, independientemente de la dimensión del daño y de si éste es transfronterizo o no. Autores como LÁZARO CALVO creen que este principio se basa en la “idea de que la mejor forma de proteger el medio ambiente es a través de medidas anticipadoras para prevenir el daño en vez de a través de esfuerzos post-hoc para reparar o proporcionar la compensación del daño”, debido a que en ocasiones es muy difícil o prácticamente imposible reparar el daño ambiental ya causado.⁴⁴

Ante esta situación estimo que el delito medioambiental deba ser (de *lege ferenda*) reformado por el legislador, quien debe encaminarlo hacia un adelantamiento de la barrera punitiva, es decir, de peligro abstracto, cambiando “cause un daño” y “cause un riesgo de daño” por “pueda causar un riesgo para los recursos naturales”, ya que la valoración como peligro concreto encuentra varios inconvenientes, como sostiene ACALE SÁNCHEZ: “si el Derecho penal sólo interviniera en los casos que se produjera ésta [la contaminación], quizás se estaría retrasando la intervención a un momento demasiado tardío, en el que los daños al medio ambiente serían irreversibles, topándose —al paso— con el inconveniente que se produciría con la mensuración en sede de tipicidad de la capacidad de regeneración natural de los recursos naturales afectados. Sobre todo porque [...] desde el punto de vista de la afectación al bien jurídico protegido se va a estar ante delitos de peligro”.⁴⁵

Y es que, sin duda alguna, el delito medioambiental debe tipificarse como un *delito de peligro abstracto*, de mera actividad e idoneidad *ex ante*, debido a varias razones. En primer lugar, porque de lo contrario lo coloca en una situación de prueba prácticamente imposible, además de que estamos hablando de una situación en la que la intervención penal se produce en un momento demasiado tardío, por lo que debe adelantarse la barrera punitiva, de modo que se eviten daños irreversibles. Por ello, se debe entender que basta con la comprobación de una conducta idónea para afectar el bien jurídico. En este sentido, TIEDEMANN estima que los delitos de peligro abstracto “brindan facilidades para su prueba, porque en ellos no es relevante que el daño se haya producido efectivamente”.⁴⁶ Así pues, para la consideración del delito ambiental, DE LA CUESTA ARZAMENDI entiende que si el tipo es visto como un delito de peligro concreto, llevaría a “restringir injustificadamente el alcance del delito de contaminación”, y además “remitiría la apreciación del tipo penal a supuestos sólo muy extraordinarios: muy próximos a los del riesgo concreto de deterioro irreversible o catastrófico; algo a todas luces inadmisibles”.⁴⁷ También MORALES PRATS afirma que “si la estructura típica era de peligro concreto, debía de comprobarse una relación de causalidad y una relación normativa de adecuación (imputación objetiva) entre el acto contaminante y el resultado típico (peligro concreto), lo que evidencia la necesidad de cargas probatorias que no pueden ser hurtadas en la fundamentación del fallo judicial condenatorio”.⁴⁸ En consecuencia, y de acuerdo con estos autores, exigir que el peligro en el delito del artículo 414 CPF sea un peligro *concreto* haría prácticamente inaplicable el tipo penal en la mayoría de los casos, debido a que tal exigencia dificultaría la práctica probatoria del mismo (emergiendo así un supuesto de “prueba endiablada”

⁴³ A partir de las herramientas internacionales más importantes para la protección ambiental, sobre todo las Declaraciones de Estocolmo y Río, se intentan elaborar una serie de principios que rijan las normativas ambientales, tanto las internas como las internacionales. A pesar de provenir de instrumentos de *soft law*, han sido reconocidos justamente como Principios de Derecho ambiental, obteniendo amplio apoyo por parte de los Estados, haciendo uso de ellos e instituyéndolos dentro de las normativas ambientales internas, así como en internacionales. LAGO CANDEIRA, A., “Principios generales de Derecho ambiental”..., ob. cit., pp. 985 y ss.

⁴⁴ LÁZARO CALVO, T., *Derecho internacional del medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 255 y 256

⁴⁵ ACALE SÁNCHEZ, M., “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, t. IV, Iustel, Madrid, 2012, p. 305

⁴⁶ TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985, p. 36.

⁴⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Actualidad Penal*, 1998-1, pp. 294 y 295.

⁴⁸ MORALES PRATS, F., “El delito de contaminación ambiental: análisis del artículo 325.1 CP. La relación entre el Derecho penal y Derecho administrativo medioambiental”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 1045.

o “imposible”), y no se diga cuando el desvalor de resultado se identifica con la causación efectiva de un daño o lesión de los recursos naturales.

En segundo lugar, nos encontramos ante un bien jurídico de carácter colectivo, supraindividual, por lo que debemos de adelantar la barrera punitiva para su correcta protección. Como afirma CEREZO MIR, sólo “los bienes jurídicos colectivos representan realmente una anticipación de la protección penal”,⁴⁹ pero su consideración como delitos de peligro concreto es insatisfactoria, por lo que resulta más eficaz la configuración de delitos de peligro abstracto.⁵⁰ También lo expresan SILVA SÁNCHEZ y MONTANER FERNÁNDEZ, “dada la dificultad de que, con respecto a bienes supraindividuales, se constate un resultado de peligro concreto”.⁵¹ Como afirma ÁLVAREZ GARCÍA sobre los delitos de peligro abstracto, “hay situaciones en las cuales la utilización de esta fórmula ni se puede evitar por vía interpretativa, ni al Legislador, si quiere proteger eficazmente determinados bienes jurídicos, normalmente de titularidad colectiva (como salud pública, el medio ambiente, etc.), le queda más remedio que acudir a esta clase de estructuras”.⁵² En este sentido, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS entiende que “las técnicas de legislación del

peligro abstracto son especialmente válidas cuando se trata de ofrecer protección penal a bienes de carácter supraindividual”.⁵³ También MORALES PRATS estima que “la estructura de peligro abstracto es la más coherente con las necesidades de protección de un bien jurídico colectivo e institucional como es el medio ambiente”.⁵⁴ Cabe resaltar la opinión de TIEDEMANN, quien considera que no solamente es la facilidad de la prueba lo que debe conducir al uso del peligro abstracto, sino también “la necesidad de proteger intereses jurídicos supraindividuales en relación con los cuales y para cuya efectiva tutela no resulta imaginable otra configuración típica”.⁵⁵

En tercer lugar, tampoco parece predicable para este delito la categoría de peligro hipotético. La calificación del delito medioambiental como un delito de peligro hipotético hace pensar que se trata de una configuración para eludir las barreras dogmáticas y legales que se puedan presentar mediante la configuración como peligro concreto o peligro abstracto, una mezcla donde todo cabe y todo es posible, y es que, como sostiene TERRADILLOS BASOCO, se ha recurrido al término peligro hipotético para eludir las críticas de presunción de peligro,⁵⁶ creándose así una ficción jurídica innecesaria.

⁴⁹ Continúa dicho autor: “no es posible dotar a los bienes jurídicos colectivos de un carácter autónomo, de modo que puedan ser objeto de protección penal sin referencia a los bienes jurídicos individuales”. CEREZO MIR, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 10, 2002, pp. 57 y 58.

⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 308 y 309. Véase, también, MERINO HERRERA, J., “Política criminal y delincuencia organizada. Especial consideración del fenómeno terrorista”, tesis inédita, Universidad Complutense de Madrid, 2010, p. 639.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Los delitos contra el medio ambiente...*, ob. cit., p. 103. Sobre bienes jurídicos supraindividuales, véanse también CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 247 y ss.; MATA Y MARTÍN, R.M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1997, pp. 48 y ss.; VARGAS PINTO, T., *Delitos de peligro abstracto y resultado...*, ob. cit., p. 139; SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos...* ob. cit., pp. 306 y ss.

⁵² ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 39; también véase PEDREIRA GONZÁLEZ, F.M., “El tipo básico”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J., *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 26.

⁵³ “Cuando un bien es de interés general y afecta o bien a un grupo de personas o bien a toda la colectividad, el carácter difuso del objeto de tutela dificulta la individualización de las actuaciones que lo lesionan; a lo que se une que, normalmente, estos bienes no resultan lesionados por una conducta individual, sino por la repetición generalizada y frecuente de la misma. Estas consideraciones son particularmente válidas para el medio ambiente. En esta materia, resulta especialmente difícil especificar cuantitativa y cualitativamente los efectos que una conducta ocasiona sobre el medio ambiente, así como búsqueda de la conducta particular a la cual atribuir causalmente la producción de un daño o de un peligro concreto.” MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Los delitos relativos a la protección...*, ob. cit., p. 70.

⁵⁴ “Esta opción técnico-legislativa –se arguye– facilita la prevención y represión penal (entre otras razones por descargar la carga de la prueba) de las conductas. En particular, el empleo de la estructura típica de peligro abstracto revela la necesidad de probar la concreta peligrosidad de la acción; la creación de un estado concreto de peligro ulterior a la acción constituirá una exigencia ajena al tipo penal. La tipicidad quedaría perfeccionada con la mera subsunción formal de la conducta en el precepto, pues éste, *ex lege*, de modo general y abstracto, presume de forma absoluta (*iuris et de iure*), en función de datos de la experiencia, que una determinada categoría de conductas son peligrosas a los efectos penales”. MORALES PRATS, F., “La estructura del delito de contaminación ambiental...”, ob. cit., p. 486.

⁵⁵ TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito...*, ob. cit., p. 36.

⁵⁶ “Así concebidos, los delitos de peligro hipotético encubrirían, de nuevo, una presunción sobre la posibilidad misma de relacionar la conducta con el resultado, deslegitimando la intervención punitiva. En principio, porque lo hipotético, en castellano, hace referencia a una suposición, y las suposiciones no pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidad penal. Además, una vez admitido que los delitos de peligro (todos) tienen como común denominador el resultado peligroso, puede, con ventaja, reducirse su catálogo a dos modalidades, concreto

El delito medioambiental en México; una barrera punitiva demasiado tardía

Si bien es cierto que una de las ventajas que presenta la configuración como delito de lesión y/o de peligro concreto es la facilidad de diferenciación del ilícito penal del ilícito administrativo, no por ello nos encontraremos en una situación demasiado tardía para proteger el bien jurídico medioambiental, por lo que mediante la configuración del delito medioambiental como un delito de peligro abstracto diferenciaremos los ilícitos cuantitativamente, ya que no se trataría de infracciones de diferente esencia, es decir, de naturaleza distinta, sino todo lo contrario. Nos encontraríamos ante dos infracciones de naturaleza idéntica, que contienen una identidad sustancial, y, por lo tanto, lo que va a diferenciarlas es la gravedad de las acciones ilegales y sus sanciones. En este sentido, lo lógico es que el Derecho penal se encargue de las acciones más graves y el Derecho administrativo de las cuestiones cuantitativamente menores. Por lo tanto, la punibilidad de los actos se determinará en función de la gravedad de las acciones punibles, es decir, nos encontraríamos ante dos infracciones cualitativamente iguales, pero cuantitativamente distintas.⁵⁷

VI. Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Lecciones*

y materiales para el estudio del Derecho penal, t. IV, Iustel, Madrid, 2012.

ALASTUEY DOBÓN, M^a Carmen, “Delito ecológico y aguas continentales”, en *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid, 2007.

ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BACIGALUPO, Enrique, “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, V, 1982.

BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Derecho penal español. El sistema de la parte especial*, t. II, Bosch, Barcelona, 2005.

BRAÑES, Raúl, *Manual de Derecho ambiental mexicano*, 3^a reimpr. de la 2^a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2012.

CALVO CHARRO, María, *Sanciones medioambientales*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

CANOSA USERA, Raúl, *Constitución y medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 2000.

CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo, *Medio ambiente y Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2005.

CEREZO MIR, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 10, 2002.

y abstracto, eliminando categorías intermedias, como el peligro hipotético –o supuesto–, que sólo tendrían sentido si se siguiera admitiendo la vieja acepción de peligro abstracto como presunción.” TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Protección penal del medio ambiente. Jurisprudencia e intuición”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 377-379.

⁵⁷ OCHOA FIGUEROA, A., *Ilícito penal e ilícito administrativo en el ámbito del medioambiente...*, ob. cit., p. 405; CALVO CHARRO, M., *Sanciones medioambientales*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 100. Como sostiene DEL MORAL GARCÍA, “es la gravedad del perjuicio en que podría producirse la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal. Todo delito ecológico es ontológicamente igual a un ilícito administrativo [...] Si no se ha producido ese riesgo o el eventual perjuicio no puede ser catalogado como ‘grave’ y la conducta no rebasará el ámbito del Derecho administrativo”. DEL MORAL GARCÍA, A., “Aspectos problemáticos en los delitos contra el medio ambiente”, en *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 139. Para QUINTERO OLIVARES, se traza “tan sólo una frontera ‘cuantitativa’ entre delitos e infracciones administrativas”, si bien dicho autor sostiene que el “delito ambiental ha de tener configuración propia y sentido propio coherente con el bien jurídico que quiere defender frente a los ataques más graves objetiva y subjetivamente. Eso implica una clara conciencia de cuál es ese bien jurídico, lo cual arranca de la asunción de que existe un campo de actividades contaminantes o atentatorias para el medio ambiente que está consentido por el sistema social y político. Por lo tanto, el Derecho penal no puede pretender enmendar los errores y tolerancias de la administración que es la primera responsable de la protección del ambiente, y no los jueces penales” (QUINTERO OLIVARES, G., “El derecho penal ambiental y la contaminación del agua: ríos nacionales y transnacionales”, en PÉREZ ALONSO, E., y otros (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 696 y 697. TERRADILLOS BASOCO considera que “la distinción entre infracción penal y administrativa es puramente cuantitativa, y el límite diferenciador responde a una decisión más o menos artificiosa, aunque no carente de significado político, del legislador. Los intentos de configurar un ilícito administrativo esencialmente distinto del penal han revelado su ineficacia y los brillantes trabajos, orientados en ese sentido, de SCHMIDT, GOLDSCHMIDT y WOLF en Alemania no han sobrevivido a la crítica, especialmente a la de MATTES. La infracción penal es la más grave. Por ello, la sanción penal debe ser también más grave y, en consecuencia, su procedimiento de imposición debe adornarse de mayores garantías”. TERRADILLOS BASOCO, J.M., “El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa”, en TERRADILLOS BASOCO, J. (dir.), *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992, p. 83.

- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código penal comentado*, t. II, Bosch, Barcelona, 2004.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito ecológico. Delitos en materia de aguas”, en *El agua: estudios interdisciplinarios*, Atelier, Barcelona, 2009.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- D’ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., y otros, *El Digesto de Justiniano*, t. I y t. III, Aranzadi, Pamplona, 1975.
- DE LA CUESTA AGUADO, María Paz, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en ARROYO ZAPATERO, Luis (dir.), y otros, *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Actualidad Penal*, 1998-1.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- DE MIGUEL PERALES, Carlos, *Derecho español del medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2000.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, “Derecho penal del medio ambiente”, en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, y ALONSO GARCÍA, Consuelo (dirs.), *Tratado de Derecho ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio, “Aspectos problemáticos en los delitos contra el medio ambiente”, en *Problemas derivados de la delincuencia medioambiental*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho internacional público*, 17ª ed., Tecnos, Madrid, 2009.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Praxis, Barcelona, 1998.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, B de F, Buenos Aires, 2007.
- GÓMEZ LANZ, Francisco Javier, “Relevancia penal de las nuevas formas de contaminación atmosférica”, en *Nuevas formas de contaminación atmosférica. Un análisis jurídico multidisciplinar*, Dykinson/Comillas, Madrid, 2010.
- GRANADOS PÉREZ, Carlos, “La contaminación acústica como modalidad de delito contra el medio ambiente”, en *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. II, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- GUTIÉRREZ NÁJERA, Raquel, *Introducción al estudio del Derecho ambiental*, 7ª ed., Porrúa, México, 2011.
- HAVA GARCÍA, Esther, “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Javier (dir.), *Derecho penal español. Parte especial*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- HEFENDEHL, R., “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *Anales de Derecho*, núm. 19, 2001.
- JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, *El derecho ambiental y sus principios rectores*, Dykinson, Madrid, 1991.
- _____, *Iniciación al Derecho ambiental*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 1999.
- JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del Derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995.
- JORGE BARREIRO, Agustín, “El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995”, en *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2005.
- JUSTE RUIZ, José, *Derecho internacional del medio ambiente*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- LAGO CANDEIRA, Alejandro, “Principios generales de Derecho ambiental”, en *Diccionario de Derecho ambiental*, Iustel, Madrid, 2006.
- LÁZARO CALVO, Trinidad, *Derecho internacional del medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2005.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho ambiental*, Porrúa, México, 2008.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, La ley, Madrid, 2010.

El delito medioambiental en México; una barrera punitiva demasiado tardía

- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “Los delitos contra el medio ambiente en el Código penal español”, en *Actualidad Penal*, 1994-1.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1997.
- MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Colex, Madrid, 1998.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho ambiental*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.
- MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, Carlos, “Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial”, en *Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MARQUÈS I BANQUÉ, María, “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en *Comentarios al Código penal*, t. II, 6ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, *Medio ambiente y funcionarios públicos*, Bosch, Barcelona, 2000.
- _____, *Derecho penal del medio ambiente*, Iustel, Madrid, 2008.
- MAYO CALDERÓN, Belén, *La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del art. 295 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda*, Comares, Granada, 2005.
- MENDOZA BUERGO, Blanca, “El delito ecológico y sus técnicas de tipificación”, en *Actualidad Penal*, 2002-1.
- MERINO HERRERA, Joaquín, “Política criminal y delincuencia organizada. Especial consideración del fenómeno terrorista”, tesis inédita, Universidad Complutense de Madrid, 2010.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona, 2011.
- MITRE GUERRA, Eduardo José, “La protección del agua a través de la tutela penal. Estudio comparado de Panamá y España”, en *Revista Prospectiva Jurídica*, núm. 7, 2013.
- MORALES PRATS, Fermín, “La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro”, en VV.AA., *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, v. II, Universidad de Valencia, Valencia, 1997.
- _____, “El delito de contaminación ambiental: análisis del artículo 325.1 CP. La relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo medioambiental”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “El agua como objeto de protección penal en su vertiente ambiental”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- _____, “Las diversas variables de la protección penal del agua en el ámbito punitivo”, en *La tutela penal del agua*, Dykinson, Madrid, 2011.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen/GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *Manual de Derecho penal medioambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MUÑOZ LORENTE, José, “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico”, en *Revista Derecho y Proceso Penal*, núm. 6, 2001-2.
- MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000.
- OCHOA FIGUEROA, Alejandro, “Ilícito penal e ilícito administrativo en el ámbito del medioambiente. Especial consideración de la tutela del agua”, tesis inédita, Universidad Complutense de Madrid, 2013.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel, “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix María, “El tipo básico”, en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- PERIS RIERA, Jaime Miguel, “Tutela penal del agua”, en *La tutela penal del agua*, Dykinson, Madrid, 2011.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Atelier, Barcelona, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “El derecho penal ambiental y la contaminación del agua: ríos nacionales y transnacionales”, en PÉREZ

- ALONSO, Esteba, y otros (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España”, en *Derecho y medio ambiente*, CEOTMA, Madrid, 1981.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ DE PRADA, Valentín, “La conferencia de Estocolmo sobre medio ambiente”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 68, 1972.
- SANTANA VEGA, Dulce María, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000.
- SCHNEIDER, Jan, *World public order of the environment. Towards an international ecological law and organization*, Stevens & Sons, Canadá, 1979.
- SERRANO TÁRRAGA, María Dolores/SERRANO MAÍLLO, Alfonso/VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos, *Tutela penal ambiental*, Dykinson, Madrid, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel, *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “¿Quién debe responder de los ilícitos medioambientales? Sujetos y criterios de imputación de responsabilidad por ilícitos medioambientales”, en *Incidencia medioambiental y Derecho sancionador*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- SOTO NAVARRO, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- _____, “Protección penal del medio ambiente. Jurisprudencia e intuición”, en *Estudios de Derecho ambiental. Libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a, “El ilícito ecológico. Sanción penal-sanción administrativa”, en TERRADILLOS BASOCO, Juan (dir.), *El delito ecológico*, Trotta, Madrid, 1992.
- TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 35, fascículo III, 1981.
- URRAZA ABAD, Jesús, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, La Ley, Madrid, 2001.
- VARELA AGRELO, José Antonio, “Imprudencia y medio ambiente: dificultades y soluciones en la regulación penal de un delito de peligro”, en *La imprudencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.
- VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- ZAMORA MANZANO, José Luis, *Precedentes romanos sobre el Derecho ambiental. La contaminación de aguas, canalización de las aguas fecales y la tala ilícita forestal*, Edisofer, Madrid, 2003.



Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena. Elementos retributivos en el Ordenamiento jurídico penal español



David Pavón Herradón

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: *Tras una inicial referencia al concepto de pena y a las finalidades de la misma, en el presente trabajo se hace un breve repaso de las teorías absolutas de la pena y de los planteamientos de los principales precursores de la retribución, Immanuel Kant y Georg Wilhelm Friedrich Hegel, para a continuación exponer las principales objeciones habidas tanto a la retribución pura como a las tesis de la prevención, en este caso por parte de la propia doctrina retribucionista. Finalmente, se han buscado posibles manifestaciones de la teoría de la expiación y de la teoría de la retribución en el Ordenamiento jurídico español.*

PALABRAS CLAVE: *Finalidades de la pena, teorías absolutas, Kant y Hegel, juicio crítico, expiación y retribución.*

ABSTRACT: *After an initial reference of the penalty concept and its purpose, the present paper makes a brief review of absolute theories of criminal penalties and the position of the mainly pioneers of retribution, Immanuel Kant and Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Below are exposed the mainly objections for pure retribution and for prevention thesis, seen from the point of view or the retribution theory. Finally it has been look the possible manifestations of the atonement theory and the retribution theory in the Spanish criminal system of law.*

KEY WORDS: *Penalties purposes, absolute theories, Kant and Hegel, critical judgment, atonement and retribution.*

SUMARIO: *I. Introducción. II. Breve aproximación al concepto de pena y sus finalidades. III. Acerca de las teorías absolutas sobre la pena. IV. Esquema de las principales críticas a la prevención por la doctrina retribucionista. V. La teoría de la expiación en el Ordenamiento jurídico-penal español. VI. La retribución en el Ordenamiento jurídico penal español. VII. Bibliografía.*

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

I. Introducción

Hay *sociedad* y, por tanto, una relación susceptible de ser ordenada normativamente, desde que surgen relaciones entre dos o más personas.¹ Desde que el mono bajó del árbol y el homínido dio paso al hombre, tales relaciones han conformado eso que llamamos sociedad, en la que debe darse la *convivencia*. Y el eje de la convivencia deviene indefectiblemente conformado por normas de conducta, primitivas y elementales hace millones de años, aunque no necesariamente para su momento y contexto, modernas y complejas en el mundo contemporáneo, pero que siempre han sido el instrumento sobre el que se han ordenado las relaciones sociales.

Entre ellas, una parte importante de las normas de conducta son hoy normas jurídicas, mandatos o prohibiciones de hacer, de cuya trasgresión puede derivarse la imposición de una *pena*. Y ello queda sin duda vinculado con el surgimiento de la *justicia*, concepto entendido de diversa manera por las distintas civilizaciones y sociedades, pero que responde siempre a un ideal de convivencia en todas ellas.

Justicia que en nuestro medio social se alza como uno de los valores axiológicos,² donde el debate filosófico en cuanto a lo que es *justo* o no lo es ha dado paso a una objetivación práctica del concepto, buscando su trascendencia en el logro de una convivencia real y efectiva.

Desde la Ley del Talión, donde la venganza de sangre, el *ojo por ojo y diente por diente*, era, en sus orígenes, el medio de hacer valer la *justicia* y la *"igualdad"* en la vieja sociedad romana, hasta las actuales concepciones prevencionistas, sin duda resultado de una demanda orientada hacia el principio de *humanidad y dignidad* de la persona de los países democráticos, lo cierto es que el concepto de *pena* ha ido evolucionando a la par que el hombre, acompañándolo siempre, instrumentalizada en ocasiones como medio de poder, valiéndose de ella en otras como elemento regulador de la convivencia pacífica.

Penalidad o *castigo*, conceptualmente hablando, y que no implica que la función de la pena sea exclusivamente retribución,³ sobre el que se han planteado di-

ferentes teorías, tendentes a explicar su legitimación, justificación, función y finalidad.

Inmersos en ese marco de lo que se conoce bajo el nombre de *teorías de la pena*, o *sobre la pena* como lo denomina LÓPEZ BARJA DE QUIROGA,⁴ en las siguientes líneas analizaré, en lo que se refiere a las *teorías absolutas*, la dogmática y reflejo en el Ordenamiento jurídico español, teniendo en cuenta la regulación introducida por la propia Constitución Española de 1978, en su artículo 25.2, y tratando de dilucidar si realmente la *"reeducación y reinserción social"* a la que se aluden en el citado precepto suponen o no un límite a las tendencias retribucionistas en cuanto a la pena se refiere.

II. Breve aproximación al concepto de pena y sus finalidades

Antes de abordar el estudio de las teorías absolutas de la pena, es necesario detenerse brevemente en el concepto de *pena*, no existiendo acuerdo doctrinal sobre qué ha de entenderse por tal, si bien la mayoría de los autores vienen señalando, como una de sus principales características, que la pena se trata de un *mal*. Nos hallamos sin duda ante la sanción o castigo establecido por la Ley para los autores y responsables de infracciones; sanciones específicas que en nuestro Ordenamiento jurídico se encuentran comprendidas en el Código Penal, susceptibles de imponerse a los responsables de delitos.

La pena, entendida como consecuencia jurídica del delito, se configura, por tanto, desde esta óptica, como un mal necesario en pro de la protección de los bienes jurídicos; bienes jurídicos que han sido (o han pretendido ser) previamente violentados por una conducta *"desviada"*, la del sujeto delincuente, alejada de los cánones y reglas de convivencia previstos en el Código Penal. LESCH⁵ afirma que la pena es un mal que se causa a una persona en un procedimiento público-general, mal llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica, si esta lesión se tiene que imputar a esa persona a modo de reproche.

¹ LATORRE SEGURA, A., *Introducción al Derecho*, Barcelona, 2003, p. 16.

² LUCAS VERDÚ, P., *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, 1997, pp. 119 y ss.

³ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 2003, p. 49.

⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho penal. Parte General*, t. IV, Madrid, 2002, p. 19.

⁵ LESCH, H.H., *La función de la pena*, trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Madrid, 1999, p. 4.

A tenor de las anteriores notas, no serían penas las limitaciones de derechos que no deriven de la violación de la norma penal, las que se impongan a un sujeto distinto del infractor, las que se basen exclusivamente en la reparación del daño causado o en la evitación de las consecuencias de la infracción, ni las que sean impuestas por sujetos que no posean la autoridad debida.⁶ Además, habrá de tenerse en cuenta que de toda violación de la norma penal no se deriva sin más el surgimiento de la pena. Con todo ello, deviene uno de los límites del *ius puniendi* bajo los principios de culpabilidad, proporcionalidad y legalidad, principios que, en conexión con la protección de bienes jurídicos, en definitiva el orden social, justifican la necesaria existencia de las penas, si bien bajo una serie de garantías para el infractor; garantías que en nuestro sistema legal vienen dadas por la propia Constitución, cobrando especial importancia la dignidad de la persona del artículo 10 del citado texto.

Son tantas las definiciones que se le han dado a la pena, como teóricos sobre la misma existen, si bien la tónica general es definirla, y así la doctrina española, como el mal necesario,⁷ reflejo del *ius puniendi* del Estado, que se impone al delincuente que ha transgredido una norma jurídica penal y, por tanto, por atacar, causar daños o poner en peligro los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, merecedores de protección penal. En palabras de MIR PUIG, “la pena es un mal con el que amenaza el Derecho penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito”.⁸

A pesar de la aparente opinión unánime de la doctrina en cuanto al concepto de pena, pueden sin em-

bargo diferenciarse dos corrientes de opinión, cuyo punto en común es la latente negatividad que gira en torno al concepto que nos ocupa. Un primer grupo de autores define la pena como un *mal*,⁹ frente a un segundo, que la define como la *causación* o *imposición de un mal*.¹⁰

En efecto, una parte de la doctrina, aun entendiendo que la pena es sin duda un mal por sí misma, no considera que deba conceptuarse como la imposición de un mal o una sucesión de males; así, JAKOBS,¹¹ al decir que “*el injusto es un mal y el deber de cargar con los costes también es un mal, pero a pesar de ello no cabe definir la pena como infligir un mal a causa del mal cometido*”. Igualmente, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, que considera que “*la pena no puede verse ni definirse como una mala consecuencia de otro mal que es el delito, por lo que no es admisible hablar de la pena como mera sucesión de males*”.¹² Como se ha dicho, se parte de que la pena es un mal y, en ese contexto, se entiende que su concepto no puede ser otro, ya que la pena supone la privación de bienes o derechos; otra cosa distinta es que se defina la pena como la acción consistente en infligir un mal por la existencia de un mal anterior. En este sentido, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, al decir que “*la pena ha de consistir, necesariamente en la inflicción, de un mal*”.¹³

En mi opinión, la pena no se conceptúa por la acción de su imposición, no es infligir un mal, sino porque en sí misma es negativa, es un mal. Distinto es que su concreción consista en la imposición de ese mal, como señala JESCHECK, cuando habla de “*la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad*”,¹⁴ o cuando señala SILVA

⁶ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1999, pp. 798 y 799.

⁷ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Madrid, 2002, pp. 114 y 115; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*, vol. I, Madrid, 2012, p. 230, al decir que “*es indiscutible que la justificación de la pena reside en su necesidad. Una sociedad que quisiera renunciar a su poder penal se entregaría a sí misma. La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta el conocimiento empírico, si bien con ello no se prejuzga el modo de operar de la pena, ni su esencia o fines. Pero su necesidad es un hecho real*”.

⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2016, p. 45.

⁹ En este sentido, entre otros, COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1999, p. 796; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., p. 232; DÍAZ ROCA, R., *Derecho penal general. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Madrid, 1996, p. 266; MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2015, p. 48; o JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 9.

¹⁰ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, vol. 1, trad. de Mir Puig, S., y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 18; SILVA SÁNCHEZ, J.M.^º, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 2010, p. 291; LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 4; HOBBS, T., *Leviatán*, Madrid, 1979, p. 386, citado por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, cit., p. 795; entre otros.

¹¹ JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 9.

¹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 17.

¹³ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho...*, cit., p. 796.

¹⁴ JESCHECK, H.H., *Tratado...*, cit., p. 18.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

SÁNCHEZ¹⁵ que la pena consiste esencialmente en causar un mal.

Pese a lo dicho, ya sea bajo una vertiente u otra, de manera prácticamente unánime la doctrina concibe la pena como un *mal*,¹⁶ si bien COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN apuntan que, bajo una concepción idealista, igualmente se trataría de un *bien*, pues la pena puede lograr una serie de bienes, ya que “*si, en este sentido, la pena no fuese un bien, su justificación resultaría imposible*”.¹⁷

En relación con ese bien, como dice JAKOBS,¹⁸ lo cierto es que la pena supone, entre otras cosas, el fortalecimiento del Ordenamiento jurídico, pues reafirma la norma frente a la colectividad y al infractor en particular. Efectivamente, la pena es definida por la mayoría de la doctrina como un mal; sin embargo, como apuntan los planteamientos anteriores, no por ello ha de olvidarse que también deviene de la misma una cierta positividad, pues con su imposición se reafirma el Estado de Derecho y el respeto a los bienes jurídicos más importantes de la sociedad. Y es que en una sociedad como la que vivimos, ha de asumirse la existencia de delincuentes, no siendo el sujeto infractor un mero fenómeno aislado.

Asimismo, dado el tenor del artículo 25.2 de la Constitución, la pena debe buscar un efecto positivo, como es la *reeducación y resocialización*, aun cuando no pueda predicarse como su única finalidad. Positividad, en cuanto se abre la posibilidad para el sujeto infractor de integrarse de nuevo en la sociedad de la que se le aísla, aunque la práctica ha demostrado que esta positividad no tiene siempre los efectos deseados sobre el individuo penado, pues son demasiadas las ocasiones en las que, devuelto a la sociedad, comete nuevas infracciones, y en otras en las que es el propio delincuente el que se niega cualquier tipo de *corrección*.

Por la generalidad de los autores se critica cualquier postura positiva sobre la pena, por entenderla idealista. Al respecto ha de decirse que de la misma manera que una concepción positiva de la pena suscita críticas, al concebir positivo el privar a un individuo

de la libertad o de otros derechos, igualmente, cuando un sujeto penado cumple su condena y es devuelto a la sociedad en la comete nuevos delitos, se evidencia el fracaso práctico de esa prevención, general y especial, que en cierto modo podría ser tachada por ello como un tanto idealista.

En mi opinión, la pena conceptualmente no puede ser definida más que como un mal (ya es su propio lenguaje el primero que delata su intrínseca negatividad, pues es equivalente a términos como *sufrir* o *padecer*), porque supone la privación o restricción de derechos, impuesta a consecuencia de comportamientos considerados antisociales, algo igualmente negativo por sí mismo. Cuestión diferente es que con ella se pretenda un “bien”, un efecto positivo, o que responda a una “necesidad” de protección social, entendida como método que ha de servir para *colaborar* en el mantenimiento del orden social, de esa convivencia a la que se ha aludido; pero con ello se entraría ya en el campo de su finalidad, excediendo de su concepto. En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG es claro al afirmar que “*existe un abismo entre pensar que la pena puede imponerse con buena conciencia, porque es la justa retribución por el daño causado*” y “*concebir la pena como una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombre son*”.¹⁹

Por tales razones ha de tenerse en cuenta su inherente negatividad, que conceptualmente parece evidente al suponer la privación de derechos o bienes jurídicos, pero asumir, fuera de ese contexto, de su concepto, su necesaria existencia, buscando ante todo su función y finalidad, lo que no ha de significar comprender la pena como algo positivo, pero sí justificar su importancia como medio para procurar el orden social. En definitiva, se trata de diferenciar el *concepto de pena* de las diferentes *finalidades* de la misma.

Por lo que respecta a la función de la pena, la doctrina científica coincide en confrontar dos reglas: *punitur quia peccatur est* y *punitur ne peccetur*. Estas reglas se identifican con las teorías absolutas, basadas

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M^º, *Aproximación...*, cit., p. 291.

¹⁶ Entre otros, COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho...*, cit., p. 796; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho...*, cit., p. 123; DÍAZ ROCA, R., *Derecho...*, cit., p. 266; SILVA SÁNCHEZ, J.M^º, *Aproximación...*, cit., p. 291; MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho...*, cit., p. 48; o MIR PUIG, S., *Derecho...*, cit., p. 45.

¹⁷ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho...*, cit., p. 796.

¹⁸ JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 9.

¹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990, pp. 106 y 107, citado por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho...*, cit., p. 800.

en la compensación de la culpabilidad, y con las teorías relativas o de prevención.

Por tanto, en cuanto a la función o funciones que ha de desempeñar la pena, finalidad última e ideal de la misma, habrá de estarse a las distintas teorías de la pena; así, mientras que para las teorías absolutas la función de la pena se encuentra en el propio concepto de *justicia*, castigar al que viola una norma jurídica, para las teorías relativas se halla en la defensa de los bienes jurídicos. Las teorías absolutas se basan en la idea de la mera retribución; la pena es la retribución por la comisión del delito, respondiendo a razones de *justicia* (KANT) o *al imperio del Derecho* (HEGEL). La pena no tiene función utilitaria alguna, sino es un mero castigo, pues la pena es un fin en sí misma. Por el contrario, para las teorías relativas, las preventivas, el Derecho penal tiene una utilidad social; procura evitar la comisión de delitos en la sociedad (prevención general), o nuevamente por el individuo ya infractor (prevención especial). La pena no se justifica en sí misma, sino que para estas teorías el *castigo* se justifica por su *utilidad*, siendo la pena “*un instrumento para la consecución de un fin*”,²⁰ la protección de la colectividad, de sus bienes jurídicos más importantes.

La prevención general tiene lugar a través de la intimidación —que no ejemplarización— sobre la conciencia social y la educación, dirigida a la reprobación y el rechazo social.²¹ Prevención general no basada, por tanto, de manera exclusiva, en la amenaza de la pena, pues ha de tenerse en cuenta también que esa prevención no sólo debe buscarse en la mera intimidación, sino igualmente en la ratificación de la confianza depositada en la vigencia de la norma, ya que si el Derecho se configura como un elemento de estabilización social, y es el delito el que desestabiliza la citada confianza, ésta emerge de nuevo cuando el Estado ratifica la norma quebrantada para certeza de los ciudadanos. Y esta prevención general debe así verse completada para los partidarios de

las teorías mixtas por la prevención especial, pues su papel, subsidiario, ya no sólo tiene importancia en la *fase de ejecución de la pena*, sino también en el momento de la elaboración de la norma, pues para que sea una realidad fundamentalmente en dicho estadio ha de haberse previsto legislativamente.²² Así, JAKOBS, al decir que la protección del Derecho penal tiene lugar reafirmando al individuo, que confía en la norma, en su confianza: “*la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma*”.²³

La prevención especial tiene igualmente su base en la intimidación y en la educación, pero esta vez centradas en el sujeto transgresor de la norma, siendo la intimidación el medio por el que procurar que el infractor no vuelva a delinquir, y la educación la corrección del delincuente.

III. Acerca de las teorías absolutas sobre la pena

1. KANT y HEGEL, precursores de la retribución

Como se ha señalado en líneas anteriores, desde el punto de vista de las teorías absolutas, éstas se basan en la idea de la mera retribución; la pena es la retribución por la comisión del delito, respondiendo a razones de *justicia* (KANT) o *al imperio del Derecho* (HEGEL). La pena no tiene función utilitaria alguna, sino que es un mero castigo, pues la pena es un fin en sí misma. En palabras de MIR PUIG, la pena “*responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido*”.²⁴

Dentro de estas teorías se distingue entre la de la expiación²⁵ y la de la retribución.

a) Teoría de la expiación:

Supone la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el Ordenamiento jurídico quebrantado, lo

²⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 34.

²¹ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho...*, cit., p. 802.

²² Como máximo exponente ROXIN, C., “Sentido y límite de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. LUZÓN PEÑA, Madrid, 1976, pp. 14 y ss., que a través de su “*teoría dialéctica de la unión*” centra la problemática en tres fases por los que discurre el devenir de la pena, como son la amenaza legal, la aplicación judicial y la ejecución de la condena. En cada uno de estos estadios la pena adquiere una función distinta, pero siempre estrechamente vinculadas unas con otras, tratando así de dar respuesta a las necesidades que el Ordenamiento y la sociedad demandan ante las conductas reprochables de los infractores y al problema de la convivencia de los distintos planteamientos que en cuanto a la pena he referido.

²³ JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 18.

²⁴ MIR PUIG, S., *Derecho...*, cit., p. 84.

²⁵ Si bien la teoría de la expiación no se trata de una teoría retributiva en sentido estricto, en atención a las similitudes que con aquéllas comparte se ha optado por incluirla junto con la tesis de la retribución pura.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

que se consigue cuando se produce el arrepentimiento del culpable. En palabras de JAKOBS,²⁶ supone la comprensión por parte del autor del injusto realizado, así como de la necesidad de pena, con la consecuencia de una reconciliación con la sociedad.

Esta teoría es objeto de críticas, ya que ese arrepentimiento se produce en el plano interno de la persona, dependiendo de la disposición psíquica del culpable, que no puede imponerse por el Estado a través de una pena. A este problema debe añadirse el de la investigación de dicha expiación, puesto que el Derecho penal no puede adentrarse en la mente de las personas y, por tanto, no puede investigar y probar dicho arrepentimiento.

Como dice ROXIN, *“tampoco en la formulación como ‘teoría de la expiación’ puede defenderse la teoría de la compensación de la culpabilidad. Esto se sobreentiende cuando, como corresponde a un uso más amplio del lenguaje, sólo se usa el concepto ‘expiación’ como otra palabra para indicar ‘retribución’. Sin embargo, con la ‘expiación’ se piensa a menudo que el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra por dicha expiación su integridad humana y social. Naturalmente, todo esto es deseable. Pero no puede servir para justificar la pena retributiva, pues una vivencia expiatoria de este tipo, que en la realidad se da muy raras veces, constituye un acto moral autónomo de la personalidad, que no puede imponerse a la fuerza y que, por lo demás, puede ser motivado muchísimo mejor por una pena que no retribuya, sino que ayude”*.²⁷

Críticas fundamentadas de la teoría de la expiación, si ha de entenderse por *expiar* el purgarse internamente el delincuente, a través del arrepentimiento con ocasión del castigo. Y ello, porque la expiación sería el resultado de una moral, que sin duda ha de quedar ajena al Derecho penal. Pero, además, es criticable al margen de lo anterior porque esa expiación-arrepentimiento

debe ser algo espontáneo del individuo, y no una imposición estatal.²⁸

b) Teoría de la retribución:

Es una teoría que asigna a la pena su sentido fuera del campo de la realidad social,²⁹ no se pena para alcanzar una determinada finalidad en el campo de lo empíricamente demostrable, sino porque tiene un valor en sí mismo el castigo a quien ha quebrantado o vulnerado el Derecho.

Por tanto, para los retribucionistas la pena es un fin en sí mismo, es decir, que la finalidad de la pena es castigar al sujeto que atentó contra determinados bienes o infringió una norma, consiguiéndose el ideal de justicia, entendido como *hacer pagar* al que hizo el mal. De este modo, *“La pena es retribución, es decir, compensación del mal causado por el delito”*,³⁰ no persiguiéndose por tanto el mantenimiento de las normas o el resarcimiento del particular dañado, que quedará ligado a otros órdenes del Derecho.

La teoría de la retribución debe su elaboración a filósofos como KANT o HEGEL; veamos la contribución de cada uno de ellos:

IMMANUEL KANT: Fundamentó el principio *“absoluto”* de la pena. Para KANT, el mal uso de la libertad provoca que el hombre merezca la pena, siendo ésta un imperativo categórico, pues la justicia ha de imperar.³¹ La pena es un fin y no un medio, pues de ser un medio sería un instrumento para determinados fines en manos del hombre, lo que no sería sino atentar contra la libertad y la dignidad de la persona; con ello, no tienen cabida utilidades distintas al mero castigo al que se ha hecho su merecedor. Pena que será justa, según KANT, cuando produzca un mal sensible igual al causado por el delito, poniéndose de relieve que, para este autor, existe una necesidad ética de imponer la pena, por lo que *“suele decirse que la filosofía de KANT es la retribución ética”*.³²

²⁶ JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 25.

²⁷ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. LUZÓN PEÑA, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, Madrid, 2008, p. 85.

²⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., p. 246.

²⁹ LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 8.

³⁰ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General. Introducción., I.* Madrid, 1996, p. 20.

³¹ Apunta MIR PUIG, S., *Derecho...*, cit., p. 86, en esta esfera, que la función que la pena tiene es precisamente la *“realización de la Justicia”*. Ello no ha de estar reñido con que la pena sea concebida por KANT como un fin en sí misma, carente de ningún tipo de utilidad.

³² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 28.

³³ KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Fráncfort, 1993, p. 52, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., pp. 9-11; en el mismo sentido, entre otros, en referencia a la filosofía kantiana, vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 26; JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 21; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., pp. 241 y 242, o CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, cit., p. 84.

Por tanto, KANT afirma³³ que la “*pena judicial*” no puede ser impuesta como medio para procurar utilidad ni al delincuente, ni a la sociedad. La pena se impone porque aquél ha delinquido. “*El hombre*” no puede ser utilizado como una cosa, como un instrumento, sino que “*tiene que ser considerado como un fin en sí mismo*”. Ello se debe, como ha puesto de manifiesto LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, a que para la filosofía kantiana la dignidad humana “*implica el absoluto respeto por la persona, llegando a considerar la dignidad humana como un imperativo categórico*”,³⁴ por lo que no resulta posible que la pena contenga fin alguno utilitarista.

No obstante, no es posible afirmar que la pena es un fin en sí misma, carente de toda función. La pena se impone porque se ha delinquido, pero con ella se pretende alcanzar la Justicia, la satisfacción de la misma. KANT define la justicia penal como un *imperativo categórico*. Integra la razón dentro de la moral, cuando se quebranta el orden moral es necesaria su reconstrucción. Cuando se lleva a cabo un comportamiento contrario a la legalidad, el orden debe ser restablecido; este restablecimiento se lleva a cabo a través de la pena, entendida como el resultado mediato, o inmediato, e incondicional de toda acción contraria a la ley práctica.³⁵

El restablecimiento de la Justicia perturbada, el paso al estado jurídico ideal, se produce mediante la pena. En cualquier caso, esa eliminación de la perturbación no se produce mediante la restitución real de las relaciones jurídicas originarias (reparación del daño actual), puesto que el delito no se configura como un menoscabo (material) de las esferas externas de libertad, o de derechos o bienes, sino como una lesión (inmaterial) del orden moral racional.³⁶

En cuanto a *la magnitud de la pena*, KANT utiliza el principio de compensación, esto es, *el talión* o el

derecho de resarcimiento, que es el único que puede determinar con exactitud la cantidad y calidad de la pena. Es el principio de proporcionalidad,³⁷ por tanto el mal infligido debe ser el mal sufrido.

Para este autor, la pena no admite excepciones de ninguna clase, por lo que su imposición será necesaria siempre que se haya cometido un delito, aunque de ello no resulte ningún beneficio ni para el condenado ni para la comunidad, pues en ello va la Justicia, y eso es lo que confirma el fin de la pena;³⁸ en definitiva, el infractor ha de sufrir la pena, y tal sufrimiento dependerá directamente del hecho cometido. Se fundamenta, por tanto, como se ha dicho, en la Ley del Tali3n, concretizada bajo el principio de proporcionalidad, siendo necesaria la previa concurrencia de la culpabilidad.³⁹ Y así KANT afirma que “*s3lo la ley del tali3n (ius talionis) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad de castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los dem3s fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones*”.⁴⁰ Como bien expone L3PEZ BARJA DE QUIROGA,⁴¹ para KANT la igualdad entendida como “*equivalencia de males*” es la 3nica forma de alcanzar la Justicia. Continúa el citado autor poniendo de relieve c3mo KANT resulta ser consciente de la imposibilidad de llegar siempre a la perfecta equivalencia del mal causado con el delito y el que se procura con la pena, indicando que “*parece ciertamente que la diferencia entre las posiciones sociales no permite aplicar el principio del tali3n: lo mismo por lo mismo; pero aunque no sea posible literalmente, puede seguir valiendo en cuanto a su efecto, respecto al modo de sentir de los m3s nobles*”.⁴²

Crítica JAKOBS⁴³ la tesis kantiana, al referirse a la legitimidad de la pena, pues 3sta “*s3lo puede legi-*

³⁴ L3PEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 25.

³⁵ LESCH, H.H., *La funci3n...*, cit., pp. 9-10.

³⁶ *Ibidem*, pp. 10 y 11.

³⁷ Que no en el sentido actual, ya que la proporcionalidad no es la Ley del Tali3n.

³⁸ Y en ese contexto, KANT, I., *La metaf3sica de las costumbres*, trad. CORTINA ORTS y CANAL SUNCHU, Madrid, 1994, p. 174, citado por L3PEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 28, niega la posibilidad de todo derecho de gracia, al decir que “*es el m3s equívoco de los derechos del soberano, pues si bien prueba la magnificencia de su grandeza, permite sin embargo obrar injustamente en alto grado*”.

³⁹ En cuanto al requisito de la culpabilidad, *vid.* L3PEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 28.

⁴⁰ KANT, I., *La metaf3sica...*, cit., p. 167, citado por L3PEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 25.

⁴¹ L3PEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 27.

⁴² KANT, I., *La metaf3sica...*, cit., p. 167, citado por L3PEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 27.

⁴³ JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 22.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

timarse mediante el valor del orden a favor de cuyo mantenimiento se pune". Sin embargo, KANT legitima la pena por el hecho de configurarla como un imperativo categórico, no a favor de las normas reguladoras de una situación o relación social concreta, lo que hace que en este ámbito las teorías absolutas y las relativas sean irreconciliables.

GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL: Fundamenta la pena en una reflexión dialéctica, pues si el delito es la negación del Derecho y la pena lo es del delito, la pena no es sino la afirmación del Derecho (negación de la negación del Derecho). Y trasciende de los términos *mal* o *bien*, para centrarse en lo *justo* o *injusto*,⁴⁴ imponer la pena "*es justo en sí y por sí*",⁴⁵ dejando patente la motivación de que la Justicia es la que justifica la pena.

Y no entiende HEGEL que la pena sea un *mal* sin más, pues sería absurdo querer un mal cuando ya tuvo lugar otro. La pena no es sino la restauración ideal del orden jurídico infringido, de la armonía entre la voluntad general y particular. Deja atrás la Ley del Talió kantiana, pues a la hora de establecer la pena habrá de tenerse en cuenta tanto las características de la lesión, como las circunstancias de la sociedad civil.⁴⁶

Niega igualmente toda posibilidad preventivo general, ya que éstas utilizan medios tales como la amenaza y el terror, y de este modo, fundamentada en fines utilitaristas, la pena no sería un fin en sí misma. Y es que "*las teorías relativas no respetan ni el honor ni la dignidad del delincuente*".⁴⁷ En cambio, desde las posturas retributivas, el hombre es libre hasta que comete el delito, por el que habrá de ser castigado; la prevención general no trata nunca al hombre como libre, no es libre, pues se encuentra sometido a la amenaza de un mal, lo que en definitiva es una mera coacción.

Al respecto puede plantearse si tal coacción no acontece igualmente en la tesis de la retribución pura,

ya que la imposición de la pena es igualmente consecuencia de la comisión del delito; lo cierto es que el hombre es igual de libre antes de cometer el ilícito desde ambas perspectivas, pues en la retribución la pena es la consecuencia jurídica del delito, al igual que en la prevención, o dicho de otro modo, la imposición de la pena no llegará en ningún caso sin la previa comisión del delito. En esta línea, más bien podría llegar a decirse que la culpabilidad encontraría su fundamento en la libertad humana, que el hombre perdería su libertad no al establecerse unas normas y unas penas de acontecer su trasgresión, sino cuando emanara la culpabilidad por el hecho cometido; idea no obstante, el fundamentar la culpabilidad en la libertad, no admitida comúnmente por la generalidad de la doctrina. Parece incorrecto mantener que el sujeto no es libre desde el momento en el que se prevé la pena, que eso le coarta, y que por el contrario sí lo es cuando tal previsión no se establece, máxime a sabiendas de que, y ahora bajo la concepción retributiva, la comisión de un delito acarreará con seguridad una penalidad, aunque no se haya previsto de forma previa su contenido, que quedará sujeta a los principios de culpabilidad y proporcionalidad; proporcionalidad que igualmente entrará en juego desde la teoría de la prevención.

Para HEGEL,⁴⁸ si se quiere que la pena retrospectiva sea algo más que una venganza primitiva, que un mal porque "*se ha producido otro mal*",⁴⁹ se le debe otorgar una función que restituya el injusto acaecido. HEGEL distingue dos planos:

- De una parte, contra la "*existencia jurídica externa*", es decir, contra la libertad, la propiedad, el cuerpo o las partes del mismo, la vida, etc., la "*existencia de mi libertad en su aspecto exterior*"⁵⁰ (parte externa del concepto de delito).

⁴⁴ Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., p. 242, que en el estudio de la tesis hegeliana expone la superación de los términos *mal* y *bien*, poniendo de manifiesto cómo para HEGEL "*la pena, por tanto, no es un mal sólo porque previamente ha tenido lugar otro mal. La pena no alude a un bien ni a un mal, sino a la dialéctica injusto-justicia*".

⁴⁵ HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, México, 1975, p. 109.

⁴⁶ En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., p. 243; igualmente es expuesto por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 28, al decir que la tesis hegeliana "*presenta una superación del sistema talional, al considerar que la igualdad ha de examinarse en un ámbito valorativo abstracto, aunque tomando en cuenta la sociedad civil de que se trate y el tiempo en que se produce el análisis sobre la igualdad*".

⁴⁷ En referencia a HEGEL, HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO, Barcelona, 1984, p. 350.

⁴⁸ Seguiré a estos efectos el esquema elaborado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., pp. 11 y ss., al exponer la tesis hegeliana.

⁴⁹ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 99/ anotación, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 12.

⁵⁰ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 94,95, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 12.

- De otra parte, contra “la más alta determinación”⁵¹ de la libertad, por ejemplo el “honor”, el “Estado”, etc., de manera que el delito es siempre un atentado “contra la existencia de la libertad”⁵² (lesión del Derecho en cuanto Derecho).

La pena, como forma de garantía de la existencia externa, siempre llega tarde, y por ello sólo la restitución, si es que es posible, puede satisfacer al agraviado, lo que sucederá en el orden civil. El Derecho civil restituye o compensa la lesión, reponiendo la situación anterior.⁵³ La pena, sin embargo, no produce indemnización alguna, sin olvidar además que existen numerosos delitos que no introducirían *per se* hacia una indemnización, como por ejemplo el falso testimonio.

“La función restitutiva de la pena sólo puede ser descrita con relación al concepto de delito no en su parte externa”, por tanto, no como la mera causación de un mal, sino algo lesivo para el Derecho como tal, debiendo ser superado el delito a través del juego dialéctico. La tesis hegeliana concibe la materialización del injusto en la lesión del Derecho como Derecho, reflejo de la voluntad del autor del delito que hace valer ese injusto. Todo delito supone “imponer la voluntad particular frente a la general”.⁵⁴ Mediante el contenido del delito, el delincuente declara como general lo particular, de tal manera que el que roba crea con su hacer una norma singular de no respeto a la propiedad. El delincuente genera una ley que es racional, no en cuanto a su contenido, pero sí en cuanto a su forma. Y esa ley particular se supera con la pena.⁵⁵

Como ha descrito LESCH,⁵⁶ se trata de una ley formal con una doble significación:

- De una parte, el “modo positivo” de la retribución, “de la justificación subjetiva, en defi-

nitiva, de la legitimación de la pena frente al delincuente mismo”. El delincuente da su consentimiento para el castigo mediante el propio hecho, y ello sirve de sustento a la legitimación de la pena.

“La pena se corresponde no sólo con la voluntad abstracta general del delincuente como persona racional” (“voluntad como parte de la voluntad racional objetiva”), sino también con la voluntad especial concretada en el delito. El hecho realizado por el que delinque es un acto madurado racionalmente, llevando inherente algo general cual es la norma que el delincuente crea con su acción, y cuya consecuencia es el padecimiento por parte del espontáneo legislador de su propia voluntad; “lo mismo que él ha hecho, le debe ocurrir a él, es su voluntad, es su ley. Es su propio hecho al que se concede vigencia sobre él”.⁵⁷

La acción del delincuente implica una racionalidad formal u objetiva, no subjetiva; por ello, cuando se castiga al delincuente se le reconoce como un ser racional, se reconoce “su voluntad como ley”.⁵⁸ Afirma HEGEL que “la retribución se basa ante todo en la naturaleza racional del que realizó el injusto”,⁵⁹ “se honra al delincuente como un ser racional”.⁶⁰

Se añade además la idea de trato al autor de un delito como una persona racional, una persona que tiene libertad y a la que ha de unirse necesariamente la responsabilidad por sus actos. Quien goza de libertad ha de ser responsable jurídico-penalmente, la libertad sin responsabilidad es mero arbitrio subjetivo.

- “Forma negativa”⁶¹ de la retribución, la justificación objetiva de la pena, la “negación de la negación”, la “lesión de la lesión”, la “supe-

⁵¹ ILTING, K.H., *Hotho-Nachschrift*, p. 300, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 12.

⁵² ILTING, K.H., *Hotho-Nachschrift*, pp. 301 y s., citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 12.

⁵³ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 98, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 13.

⁵⁴ GANS, E., *Philosophische Schriften*, p. 84, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 13.

⁵⁵ Por todos, HASSEMER, W., *Fundamentos...*, cit., p. 350, en referencia a la superación de la voluntad del individuo mediante la pena, entendida bajo la dialéctica hegeliana, al decir que “la voluntad especial del delincuente, que con su hecho injusto negaba la voluntad general del Ordenamiento jurídico, era, a su vez, negada por la pena, anulada”.

⁵⁶ Continuando con la exposición de LESCH, H.H., *La función...*, cit., pp. 14 y ss., la doble significación de la ley formal creada por el delincuente.

⁵⁷ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, nota al & 101, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 15.

⁵⁸ ILTING, K.H., *Homeyer-Mistchrift*, p. 238, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 15.

⁵⁹ HEGEL, G.W.F., *Nürnberg und Heidelberger Schriften 1808-1817, Rechts. Pflichten und Religionslehre für die Unterklasse, Rechtslehre & 20/aclaración*, p. 244, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 15.

⁶⁰ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 100/anotación, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 15.

⁶¹ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 97/anotación, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 16.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

ración del delito".⁶² La pena es una "coacción frente a la libertad, un mal al igual que el delito mismo". La pena cuando se interrelaciona conceptualmente con el delito, en un contexto interno y funcional, a modo de discurso y réplica, es en sí, y para sí justa.

Por tanto, la tesis hegeliana considera que la pena es una réplica⁶³ frente al delito, siendo el instrumento útil para la confirmación del Ordenamiento jurídico quebrado, lo que supone la eliminación del mal acontecido. Y "la confirmación del Ordenamiento posee una dimensión histórico-dialéctica", diferenciándose entre una necesidad interna y una necesidad externa de la pena.⁶⁴

Sin embargo, admitir que la pena es una coacción frente a la libertad evidencia una cierta contradicción en la concepción hegeliana, de tal manera que ya no podrá mantenerse que la retribución pura trata al hombre como libre, mientras que la prevención nunca lo hace, al quedar sometido el sujeto a la amenaza de un mal.

Siguiendo con esta visión hegeliana sobre la pena, se observa una doble necesidad:

- *Necesidad interna*: HEGEL expone el delito y su superación dentro del Derecho abstracto como consecuencia del movimiento del concepto de Derecho; el injusto significa una "fase de desarrollo" y dependerá del "momento del Derecho".⁶⁵ El Derecho es absoluto y, por lo tanto, no puede ser eliminado; exteriorizar el delito resulta en sí mismo nulo. El hecho delictivo no es nunca positivo, sino negativo, siendo la pena tan solo la negación de la negación.⁶⁶
- *Necesidad externa*: en esencia, el logro por mantener la identidad social, ya que un delito sin pena "arruina la sociedad". Si no se castiga, puede entenderse que la norma no está vigente. La pena elimina la posibilidad de come-

ter un delito sin temor y refuerza la confianza de la sociedad en las normas como modelos de orientación.⁶⁷

A esto se llega mediante el sistema judicial como modo de resolver los conflictos de la sociedad. La venganza es, según su *contenido*, justa, porque se trata de una retribución, pero no lo es en cuanto a su *forma*. Cuando la venganza es subjetiva, su justicia es contingente, es una voluntad particular, convirtiéndose en una nueva lesión y cayendo en un progreso al infinito. La solución es una Justicia liberada de los intereses y de las formas subjetivas, así como de la contingencia del poder, una Justicia no vengativa, sino punitiva.⁶⁸ Asumiendo esa función (neutral y objetiva) un tercero.

HEGEL considera que la persecución penal de las acciones transgresoras del Derecho no pueden quedar en manos de los particulares, sino que será el Estado el encargado de su tratamiento; se muestra, pues, partidario del "principio oficialista". Destacando la creciente importancia en las legislaciones de determinadas figuras que generan una cierta venganza, como es el caso de los delitos privados, donde "se deja a la decisión del individuo el llevar o no una infracción ante la Justicia".⁶⁹

Por último, y en cuanto a *la magnitud de la pena*, para HEGEL el principio del talión compensa los valores, "la superación del delito... es una compensación..., es una lesión de la lesión". Si el delito tiene una extensión cuantitativa y cualitativa determinada, también tiene que tenerla su negación. Es una igualdad de valores.⁷⁰ HEGEL no relaciona delito y pena como hechos externos, sino como sucesos dotados de significación, no se trata por tanto, como en KANT, de una igualdad de género, sino de una igualdad según el valor de los mismos.

Y afirma LESCH que "el valor de la lesión no se encuentra determinado de forma fija, sino que es un valor relativo que depende del estado de la sociedad". "Un Código Penal pertenece esencialmente a su época

⁶² HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 101, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 16.

⁶³ Como síntesis de esa réplica, MIR PUIG, S., *Derecho...*, cit., p. 85, al decir que "la pena se concibe sólo como reacción (negación de la negación) que mira al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) y no como instrumento de fines utilitarios posteriores".

⁶⁴ Continúa LESCH, H.H., *La función...*, cit., pp. 17 y ss.

⁶⁵ FLECHTEIM, *Die Funktion der Strafe*, p. 95, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 17.

⁶⁶ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 97/anotación, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 17.

⁶⁷ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, nota al & 96/anotación, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 18.

⁶⁸ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 103, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 18.

⁶⁹ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 102/anotación, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 19.

⁷⁰ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 101, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 19.



*y a la situación que ocupa en ella la sociedad civil... Las penas duras no son pues en y para sí injustas, sino que están en relación con la situación de cada época: un Código Penal no puede tener vigencia para todos los tiempos, y los delitos son existencias aparentes que pueden acarrear una mayor o menor repulsa”.*⁷¹

En mi opinión, si se habla de esta necesidad externa, que alude a la posible ruina social, ello sin duda deja entrever que pudiera existir una función de la pena dentro de esta concepción hegeliana, defensora de la teoría de la retribución pura, que no sería sino admitir que la teoría de la retribución pura *no es tan pura* o defendible, habida cuenta de que desde esa concepción la pena no debiera mirar a esa sociedad, sino sólo y de manera exclusiva a la vigencia del Derecho, al *Imperio de la Ley*, cuyo mantenimiento y reafirmación por sí es en definitiva la *Justicia*.

Podría resultar osado calificar de *desliz* de HEGEL el haber incluido esta necesidad externa en relación con la pena, pero resulta claro a la luz de lo que acaba de decirse que la pena puede tener una función social, una utilidad pública, lo que *echa abajo* al menos parte de la teoría mantenida por el autor, y en cuanto a que la pena es un fin en sí misma.

De otro lado, si decimos que el bien lesionado no interesa para el Derecho penal, y que por eso la pena no se fundamenta en la lesión de ese bien, pues de hacerlo se afirmaríala utilidad de la misma, que en cambio se niega, y que por ello el resarcimiento del perjudicado llegará en el orden civil, estamos diciendo a la larga que la pena debe ser ajena a la sociedad, que esa sociedad no es inspiradora en modo alguno de la pena, que ésta es un fin en sí misma; y si es ello es así, no puede decirse a continuación que la pena necesite externamente la reafirmación de la norma, del Derecho, para certeza del ciudadano.

En todo caso, desde la perspectiva retribucionista se buscaría la reafirmación del Derecho *porque sí*, por él mismo, como un ente abstracto e independiente; ello no puede mantenerse, pues debe responder a una motivación concreta: ¿por qué el Derecho debe imperar? No podemos decir que sea porque el Derecho es *el centro del universo*, el *ente creador del Todo*, y tenerle en un *pedestal*. El Derecho no es nada sin Sociedad (con mayúscula) sobre la cual aplicarlo, y es por ello que es la propia Sociedad quien le da su razón de ser.

Por ello no es posible imaginar que el Derecho no responda a una finalidad o utilidad concreta, que en este caso será la propia Sociedad. Y ello, en relación con la exposición de HEGEL, entendido en el sentido de que la reafirmación del *Imperio de la Ley*, sin duda resultará útil para la Sociedad, que se verá segura gracias a la norma. La pena entonces no sería un fin en sí misma, sino que se impondría como medio para hacer valer el *Imperio de la Ley*, para beneficio de los ciudadanos, para certeza de los mismos, de la seguridad jurídica, de la convivencia en sentido amplio.

Lo que se viene a concluir de esta forma es que no es posible una retribución en sentido puro, pues siempre que se impone un *castigo* se hace por algún motivo, y ese motivo no es otro que mantener la norma que sustenta a la Sociedad. En definitiva, pues, y aunque sea en último extremo, hay una finalidad siempre de la pena que responde a criterios de utilidad, y ésta no es otra que la certeza del Derecho en pro de los ciudadanos.

Aparece así la vinculación de las teorías de la retribución con las de la prevención general positiva, en la línea que han seguido diversos autores, al hablar de la prevención de la reafirmación de la confianza en la norma; lo que, visto desde esta óptica, no hace sino acercar una tesis, la retributiva, a la otra, la prevencionista, poniendo de manifiesto que, como ya se ha apuntado, aquélla puede que no sea tan *pura*, pues para ello debiera ser concebida como una auténtica visión independiente e irreconciliable con las tesis prevencionistas, habida cuenta de su propia filosofía.

Además, de otro lado, si se dice que son las normas civiles las que reparan el daño causado, que es allí donde el ciudadano obtiene la satisfacción por el perjuicio sufrido, y en por lo tanto la sociedad, es lógico concluir que, en este caso, se admite, y así HEGEL, que el Derecho civil es útil para la Sociedad. El Derecho ya no es pues ese *ente abstracto* que propugna HEGEL, pues parte de él responde a finalidades o utilidades sociales, salvo que el Derecho sólo esté conformado por el orden penal, idea sin duda insostenible e ilógica. Y de aprobarse la tesis hegeliana en cuanto a que el Derecho penal se configura como *ente* independiente, desvinculado de la Sociedad a la que ciertamente sirve, habría de conducirnos indefectiblemente a replantearnos la legitimación del propio Derecho penal.

⁷¹ HEGEL, G.W.F., *Rechtsphilosophie*, & 218 y anotación, citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., p. 20.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

Teniendo en cuenta que no podemos sostener la idea *del Derecho por el Derecho*, reflexionemos: la *Justicia* se puede alcanzar sin Estado o con Estado. Sin el Estado nos encontraríamos inmersos en la Ley del Tali3n, en la venganza privada (en el resarcimiento del particular da3ado por el propio particular). Con el Estado, tomando como base la tesis hegeliana, es decir, la teor3a de la retribuci3n pura y el principio oficialista, donde la pena s3lo sirviera para el restablecimiento de un Derecho lesionado sin que el mismo se explicara conexo a una sociedad, la pena no ser3a sino tambi3n una venganza, esta vez estatal, lo que nos reconducir3a a la citada *Ley*, negada por HEGEL al no compartir el criterio precursor de la misma por KANT. Y ello porque cuando se argumenta como justificaci3n de la legitimidad de la pena, *algo* inconexo con los criterios de utilidad, en este caso el *Imperio de la Ley*, y 3ste, como se ha dicho, no puede mantenerse, lo que se est3 diciendo es que la pena s3lo responde a una mera venganza (no responde a otra cosa al poder fundarse en el Derecho como *centro de la Naturaleza*, quedando vac3a de contenido la legitimidad de la pena). Y no puede negarse que sea una venganza, porque de lo contrario se reconocer3a que la pena no es un fin en s3 misma, estandarte o premisa de la tesis de la retribuci3n pura, sino que responde a cierto motivo, el cual, como se ha dicho, no puede ser *el Derecho por el Derecho*, sino la utilidad social, que es lo que queda.

Distinto es que, si bien se preconiza que tras el delito lo que hay que reparar es *el Derecho por el Derecho*, 3ste se vincule de la manera expuesta al grupo social; en definitiva, aceptar esa utilidad 3ltima de la pena. Y en ese caso, la Justicia que se alcanza con el Estado ya no ser3a una mera venganza, pues la pena p3blica al culpable de un delito, adem3s de restaurar el Derecho (entendido por la retribuci3n pura como principal elemento), restaurar3a un Derecho que se dirige a la comunidad, a la convivencia.

Pero para ello es esencial que la pena sea p3blica, no privada (de ser as3 estar3amos ante la venganza privada). Y si decimos, pues, que es preciso que la pena sea p3blica y no privada para que no se trate de una venganza, el Derecho como elemento supremo a proteger que justifica la pena seg3n HEGEL, por los mismos motivos y para no incurrir en meras venganzas, tiene que acontecer o existir de alguna manera ligado

a la sociedad; ello cuestiona que, al menos de manera absoluta, la pena sea un fin en s3 misma.

2. La defensa de la retribuci3n pura

Expuestas brevemente estas dos esenciales construcciones retributivas de la pena, no obstante, y como apunta GARC3A-PABLOS DE MOLINA,⁷² la concepci3n retributiva de la pena tiene aspectos positivos:

- La pena es proporcional a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, en definitiva “*de mal adecuado al mal del delito*”, lo que supone garant3as para los ciudadanos ante los posibles abusos por parte del Estado. El Estado s3lo impondr3 las penas cuando se haya cometido un delito, y la pena depender3 de la gravedad del mismo, as3 como de la culpabilidad del autor en la comisi3n de ese hecho, con lo que se evita que el hombre sea un instrumento en manos del Estado; como apuntaba KANT, la pena depender3 exclusivamente del hecho, a lo que HEGEL a3ade la culpabilidad, y no tendr3 utilidad alguna m3s que el mero castigo al individuo (nadie utilizar3 la pena para otros fines, utilitarios o prevencionistas). Con ello se asegura que las penas no sean *ejemplarizantes*, o que no atenten contra la dignidad de la persona.
- En cuanto a la culpabilidad por el hecho, coincide en este sentido con las llamadas teor3as de la uni3n, siendo esa culpabilidad un l3mite de la pena.
- Por su parte, la necesidad de la vigencia del Derecho que formulaba HEGEL tiene hoy fundamental importancia, habida cuenta de la prevenci3n general positiva enunciada eminentemente por JAKOBS,⁷³ que no el primero ni el 3nico al se3alar que la protecci3n del Derecho penal tiene lugar reafirmando al individuo, que conf3a en la norma, en su confianza; “*la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma*”.
- En cuarto lugar, “*la pena retributiva produce unos efectos m3s satisfactorios en orden a la prevenci3n general y a la especial, que cualquier otra sanc3n que no respete la proporci-*

⁷² GARC3A-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducci3n...*, cit., pp. 249 y ss.

⁷³ JAKOBS, J., *Derecho...*, cit., p. 18.

*nalidad con la gravedad del hecho y de la culpabilidad del autor. Su eficacia intimidatoria es superior, porque la realización del Derecho –de la pena ‘justa’– hace ver a la comunidad el contenido ético de aquélla y confiere a las prohibiciones un respaldo social del que carecen los mandatos legales injustos o desproporcionados”.*⁷⁴ En definitiva, lo que se lleva a cabo es la protección de la sociedad a través de la idea de justicia de modo exclusivo.

Por su parte, entiende CEREZO MIR⁷⁵ que para parte de la doctrina el fundamento de la pena es exclusivamente la retribución, lo cual no implica que la pena presente otras finalidades preventivo-generales y especiales, distinguiendo pues el citado autor el fundamento y las finalidades.

Introduce ROXIN⁷⁶ el verdadero beneficio de las teorías retributivas, si bien se mostrará contrario a su vigencia actual, al considerar la teoría de la retribución el perfecto manual explicativo de lo que la pena ha de ser y significar a los ojos del profano en Derecho, quien se verá satisfecho con esa explicación; en este sentido, la teoría de la retribución no deja de ser positiva, en tanto “*describe el desarrollo de la pena de forma absolutamente correcta también desde el punto de vista histórico, puesto que en el desarrollo del curso cultural ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre las familias y tribus, de tal forma que el derecho a la retribución pasó a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y que por ello se creaba paz*”.

Añade ROXIN que “*el mérito de la teoría de la retribución radica en su capacidad de impresión psicológico-social, así como en el hecho de que proporciona un baremo para la magnitud de la pena. Si la pena debe ‘corresponder’ a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve. La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda*

*de la libertad. Ciertamente es que no se puede determinar matemáticamente de forma exacta qué pena se corresponde con la magnitud de la culpabilidad; sin embargo, con ayuda de las reglas legales de determinación de la pena y una teoría de la determinación de la pena científicamente perfeccionada, se consiguen de todos modos magnitudes penales de alguna forma calculables”.*⁷⁷

CUELLO CONTRERAS⁷⁸ manifiesta que hay muchas consecuencias de las teorías absolutas de la pena que para el Derecho penal siguen vigentes, como es, por ejemplo, el principio de proporcionalidad entre el delito y la pena. O el principio de culpabilidad, pues para retribuir por algo es necesario comprobar previamente el merecimiento de la misma.

Sin embargo, decir que *siguen vigentes* determinadas consecuencias de estas posturas dogmáticas a la larga es negar que la teoría de la retribución siga siendo de aplicación para el Derecho contemporáneo; lo que por otro lado no implica negar, tal y como se concibe la pena desde el punto de vista constitucional en España, es decir, desde posturas prevencionistas, que la pena tenga ciertos elementos retribucionistas, pero en concurso siempre con los preventivos.

3. Críticas a la retribución pura

Como ya he señalado en líneas anteriores, critica JAKOBS⁷⁹ la tesis kantiana, al referirse a la legitimidad de la pena, pues ésta “*sólo puede legitimarse mediante el valor del orden a favor de cuyo mantenimiento se pune*”, es decir, la pena se justifica por la necesidad de mantener la fortaleza y vigencia del Ordenamiento, para certeza del ciudadano, de su confianza en la norma, respondiendo a funciones de utilidad social. Sin embargo, KANT legitima la pena por el hecho de configurarla como un imperativo categórico, no a favor de las normas reguladoras de una situación o relación social concreta, lo que hace que las teorías absolutas y las relativas sean irreconciliables. El autor de un delito, que actúa por su propia voluntad, vulnera la *Moral*, pues la voluntad queda integrada en ésta, como se ha dicho. Por tanto, esa *Moral* dañada debe

⁷⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., p. 250.

⁷⁵ CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., pp. 24 y ss.

⁷⁶ ROXIN, C., *Derecho...*, cit., pp. 81 a 84.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 84.

⁷⁸ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, cit., p. 89.

⁷⁹ JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 22.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

ser devuelta a su estado anterior a la comisión del hecho delictivo, no respondiendo a motivos de utilidad social, sino al imperativo categórico de esa *Moral*.

Hemos de partir de que la finalidad de la pena, o mejor dicho, del Derecho penal se centra en la protección subsidiaria, como *ultima ratio*, de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, los que se han hecho merecedores de tal protección ante ataques que los lesionen o pongan en peligro; en opinión de ROXIN,⁸⁰ para que tal premisa sea posible no resulta válido que la pena prescinda en su devenir de esos fines sociales a los que sirve, fines de los que se abstraer la teoría de la retribución pura, que no encuentra el sentido de la pena en la persecución de un fin concreto socialmente útil, o dicho en otras palabras, no responde a criterios de utilidad sino que se fundamenta en la idea de *justicia*, configurándose como la mera “retribución, es decir, compensación del mal causado por el delito”.⁸¹ En definitiva, para las teorías absolutas “*el fin de la pena es independiente, ‘desvinculado’ de su efecto social*”.⁸²

Y del mismo modo que se ha entendido criticable la postura hegeliana, igual puede decirse de la idea de *Moral* concebida por KANT como Imperativo Categórico. No puede entenderse que la única finalidad de la pena sea el restablecimiento de la moral dañada cuando se comete el delito, pues esa moral no puede sustentarse como un ente abstracto desvinculado de la Sociedad. La moral carece de sentido sin una Sociedad sobre la que hacer imperar esos valores, y por ello restablecer la moral debe ser entendido como algo útil al ciudadano; y al admitirse esa utilidad, la pena ya no es entendible estrictamente como un fin en sí misma, ya que responde a unas necesidades de convivencia concretas.

Distinto es que se introduzca la moral como el eje fundamental y sustentador del orden social, que se entienda como elemento principal a conservar, pero siempre porque ello reporta efectos concretos a nivel social. En definitiva, se trata de una moral para los hombres, y no advertir esta objeción podría suponer, al igual que en HEGEL con su *Imperio del Derecho*, convertir la pena en una mera venganza. Venganza

que, como se verá a continuación y como ya aludí, igualmente acontecería en el supuesto de que la pena se infligiera de manera privada, no pública. Y es que no es posible una moral desvinculada de los hombres.

Circunstancias éstas que, al igual que he entendido en el caso de la tesis hegeliana, acerca las posturas retribucionistas puras a las preventivo generales positivas, a las expectativas de un comportamiento o de usos sociales vinculados a la moral desde la perspectiva kantiana, y relativas a normas de convivencia según la perspectiva de HEGEL.

De no entenderse así, diríamos incorrectamente que “*el fin de la pena es independiente, ‘desvinculado’ de su efecto social*”.⁸³ Y es que, aunque sea en último extremo, la moral que preconiza KANT no puede entenderse desvinculada de sus efectos sociales, de igual manera que tampoco puede obviarse en el caso de HEGEL, cuando nos habla del mantenimiento del *Derecho por el Derecho*.

La inmediata consecuencia de prescindir de la teoría de la retribución de la realidad social, es decir, de los bienes sociales como objeto de protección, no es otra que hacer imposible prescindir de la pena en aquellos supuestos en los que no sería necesaria, al no haberse visto afectados por la conducta del sujeto, ni la sociedad, ni el particular, atendiendo no a la comisión del hecho o a la culpabilidad del actor en el mismo, sino al resultado de la infracción de la norma, consecuencia de no necesaria producción. De ahí que se diga que la pena es un fin en sí misma, y se niegue cualquier tipo de utilidad que, en el caso planteado, implicaría la no necesidad de penar al individuo. En este sentido KLUG, asevera que “*la retribución carente de finalidad, con la que –ni para el autor ni para la sociedad– puede aspirarse a un bien, resulta, en definitiva, lesiva de la dignidad humana y por cierto, no solo en el sentido de las normas morales reconocidas, sino –transfiriéndolo al presente– también en un sentido constitucional*”.⁸⁴

Planteamiento el de los retribucionistas, que consideran está plenamente justificado. Y así HEGEL, al decir que el injusto penal se encuentra en la lesión del Derecho como Derecho, en la voluntad del delin-

⁸⁰ ROXIN, C., *Derecho...*, cit., pp. 81 y ss.

⁸¹ CEREZO MIR, J., *Curso...*, cit., p. 20.

⁸² ROXIN, C., *Derecho...*, cit., p. 82.

⁸³ *Ibidem*, p. 82.

⁸⁴ KLUG, U., “Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel”, trad. BACIGALUPO ZAPATER, *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1970, p. 38.

cuenta que afirma el injusto; al contrario, es entonces cuando “*la pena ya no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social*”.⁸⁵ Teorías que para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA están basadas en la represalia, “*en la venganza*”, pero que en ningún momento han sido demostradas.⁸⁶ Venganza, continua este autor, que queda patente cuando se impone un mal tras la comisión de un mal, sin que éste desaparezca con ello, configurándose la pena como un mero sufrimiento sin ninguna finalidad.

Podría entenderse que la tesis que considera la pena como una mera venganza o represalia estaría plenamente justificada si ésta se impusiera de manera privada, no pública, pues en definitiva viene legitimada por la trasgresión de una norma. Carecería de sentido un “castigo” si no respondiera al mantenimiento del orden jurídico, lo que se produciría en el supuesto de una pena no cognoscitiva para la sociedad. Sin embargo, esta reflexión nos lleva de nuevo a la crítica en cuanto a la negación por parte de los defensores de la retribución pura de cualquier fin o utilidad social de la pena, pues si lo que se pretende es el restablecimiento de la norma quebrantada, el Derecho por el Derecho que decía HEGEL, es porque éste arbitra la convivencia de los ciudadanos, destinatarios de las normas.

Una segunda crítica podría centrarse en el hecho de que la pena no puede fundamentarse de modo único en esa comisión del delito a la que se ha hecho referencia, pues para ello habría de ser cierto que cuando se produce la conducta del sujeto, éste fue completamente *libre*, lo que no es demostrable; que lo que es definido socialmente como delito, verdaderamente se trate de *injusto*, lo que no se corresponde con los cambios del propio Derecho penal; y que se castigara todo injusto, lo que es claro que el Derecho penal moderno no contempla. Ello nos lleva a decir, como es opinión de CUELLO CONTRERAS,⁸⁷ que el mero castigo no es siempre justo, o lo que es lo mismo, que por tal circunstancia la pena no puede entenderse desde la retribución pura.

Por su parte, los seguidores de la retribución consideran que ésta consigue limitar la pena, pues para

los delitos más graves se corresponden las penas más graves, y para los leves las penas inferiores, lo que frena el poder punitivo del Estado y evita la arbitrariedad.⁸⁸ Sin embargo, precisamente a las teorías retributivas se les reprocha el no limitar el *ius puniendi* del Estado, pues sólo prevén cómo ha de llegarse a la pena, por la proporcionalidad de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, pero no qué conductas debieran castigarse, o dicho de otro modo, en qué casos debiera hacerse, lo que supone “*un auténtico cheque en blanco al legislador*”,⁸⁹ legitimándose con ello cualquier tipo de intervención del Derecho penal.

Hemos de reconducir estas consideraciones a la esfera de la individualización de la pena, donde efectivamente resulta necesario tomar en consideración elementos tales como la gravedad del resultado acontecido. Bajo mi criterio, si bien se entiende que delito y pena son proporcionales, sin embargo la retribución pura no explica la proporcionalidad respecto al resultado. Y con ello deja en entredicho la imposición de una pena que, en el caso concreto y en cuanto a su extensión, pudiera no ser adecuada o proporcional, al no tenerse en consideración elementos como el citado.

MAPELLI CAFFARENA y TERRADILLOS BASOCO⁹⁰ ponen de relieve ese *libre albedrío*, negando igualmente la posibilidad de que el Estado pueda imponer sanciones ante actos que no dependen de la voluntad del sujeto trasgresor de la norma.

Las teorías retributivas llevan a cabo el planteamiento de que el orden jurídico se restituye mediante el castigo; ¿y cómo puede compensarse el mal causado a través de otro mal proporcionado y equivalente? Es cierto que el daño sufrido por la víctima genera deseos tales como la venganza, lo que sin embargo no justifica que sea el Estado el encargado de *hacer justicia* cuando, por un lado, no se acredita su necesidad y, por otro, se ampara en la moral y la conciencia, algo que debe entenderse ajeno a la ciencia del Derecho penal. En relación con ello, como pone de relieve GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,⁹¹ se olvidan los retribucionistas que cuando se castiga a otro siempre se debe a razones de necesidad. Necesidad que para

⁸⁵ ROXIN, C., *Derecho...*, cit., p. 84.

⁸⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 33.

⁸⁷ CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho...*, cit., p. 90.

⁸⁸ MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1991, p. 20.

⁸⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., p. 251.

⁹⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J.M^o, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1993, p. 35.

⁹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., p. 252.

los defensores de las teorías relativas surge cuando se hace necesaria la protección de los bienes jurídicos más importantes socialmente, debiendo atenerse al resultado producido con el delito y no sólo al hecho y a la culpabilidad. Ello, sin duda, porque el fundamento de la pena es lo que legitima su imposición.

De esta manera, la teoría retributiva es dogmáticamente insostenible en la actualidad, siendo desde el Estado de Derecho rechazables sus planteamientos, al confundir el medio con el fin (la retribución puede ser una manifestación de la pena, pero no un fin de la misma); y aunque quisiera verse la retribución como un fin, no sería el único de la pena, pues tienen cabida los de carácter preventivo.⁹²

Asimismo, como pone de relieve LÓPEZ BARJA DE QUIROGA,⁹³ la teoría de la retribución impone el castigo al autor culpable del hecho, lo que implica que esa culpabilidad se compense con el mal del autor; sin embargo, no parece posible basar la culpabilidad del sujeto en su libre voluntad, sin atender a otras circunstancias externas, como tampoco parece probable cuantificar de esta manera esa culpabilidad.

Afirman los defensores de las teorías absolutas que la influencia social de las penas así entendidas resulta más efectiva que las maniobras preventivistas, que sólo consiguen el *terror estatal* (la coacción). Sin embargo, en otro sentido puede decirse que, desde el momento en que la pena no aparece justificada de manera absoluta por ella misma, sino por efectos en la psicología social, esto es, intimidatorios, no podremos hablar de retribución pura; se trata de una retribución puesta al servicio de fines preventivistas, lo cual demuestra la imposibilidad de mantener la postura aducida.⁹⁴

Como concluyen COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN,⁹⁵ en el Estado de Derecho el hombre ha de ser observado como un fin en sí mismo, y no como un instrumento, como ocurre cuando se castiga sacrificando la libertad en pro de concepciones éticas sin duda discutibles. De esta manera, afirman, “*la objeción que los retribucionistas formulan a las concep-*

ciones utilitarias es, con mayor razón, aplicable a su propia teoría”.

IV. Esquema de las principales críticas a la prevención por la doctrina retribucionista

Las teorías relativas o preventivas han sido criticadas por autores que siguen las teorías de la retribución. BINDING⁹⁶ afirma que la teoría relativa ve en la acción del culpable un presupuesto necesario de la pena, pero no su fundamento. El auténtico fundamento de la pena en las teorías relativas es un peligro para la seguridad futura de la sociedad. La prevención general positiva no impone una pena a un asesino porque haya asesinado, sino porque se pretende —mediante su ejemplo— intimidar al resto de la población de su país. La teoría de la corrección (prevención especial positiva) no encarcela al ladrón porque haya violado bienes y libertades ajenos, sino porque demuestra una falta de seguridad moral. Estas teorías consideran al delito como presupuesto pero no como fundamento de la pena, preguntándose BINDING entonces por qué se impone la pena a un hecho concreto si éste no sirve de fundamento para la misma.

Sin ánimo de profundizar en ello en este momento, no obstante pueden enumerarse brevemente las críticas a las teorías preventivas, utilizando para ello el esquema introducido por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA:⁹⁷

- En relación con la prevención general negativa, son tres las principales críticas, a saber:
 - a) La primera podría decirse que es de índole moral y axiológica; la pena instrumentaliza al hombre, siendo el objeto de fines preventivistas, pues el castigo no guarda relación directa con el hecho que ha cometido sino que es el medio para lograr que el resto de la sociedad no delinca. Ello sin duda hace que se vulnere la dignidad de la persona, que queda instrumentalizada, y que el Derecho penal degrade su función.

⁹² En este sentido, POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte general*, t. 1. *Fundamentos científicos del Derecho penal*, Barcelona, 2008, p. 67.

⁹³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 33.

⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Aproximación...*, cit., p. 329.

⁹⁵ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho...*, cit., pp. 813 y 814.

⁹⁶ BINDING, K., *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart IV*, 1877, pp. 420 y ss., citado por LESCH, H.H., *La función...*, cit., pp. 43 y 44.

⁹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción...*, cit., pp. 265 y ss.

- b) Por su parte, se reprocha a la teoría preventivo-negativa su simplicidad, por la manera de concebir el proceso anímico o contramotivador de la sociedad, a través de la norma jurídica. Y no siempre es posible entrar a motivar a un sujeto, por lo que la eficacia disuasoria de la norma es muy cuestionable, sobre todo en los delitos contra la vida.
 - c) Una tercera crítica alude al *terror estatal*. La amenaza con que se conmina, sin duda sobrepasa en ocasiones las barreras de lo permitido, en tanto que el utilitarismo no conoce fronteras, lo que históricamente ha quedado demostrado.
- En relación con la prevención general positiva, se objeta:
 - a) Responde a un modelo *tecnocrático, legitimador y acrítico*. La esencia de la pena pasa por la subjetividad del individuo y del mundo de los valores, eludiendo cualquier otra reflexión crítica ajena a la funcionabilidad del castigo para el sistema.
 - b) Al definir el delito como deslealtad al Ordenamiento, se incurre en el error de desvincularlo de los bienes jurídicos que se protegen. Para sus críticos, estamos ante un *neorretribucionismo* que antepone incluso la preservación del sistema a los valores y derechos de los individuos.
 - c) Igualmente es criticado que se potencie la intervención penal del Estado, en lugar de limitarla.
 - Por último, en referencia a la prevención especial, tanto positiva como negativa, las críticas se han centrado en:
 - a) Si bien es cierto que la pena pudiera tener fines preventivo-especiales, sin embargo, y de ser así considerado, no serían los únicos que la fundamentasen, pues no es posible una pena cuya finalidad sea, de modo exclusivo, la resocialización del infractor.
Y ello porque cuando se habla de la posibilidad de reinsertar al individuo es porque ya se ha impuesto la pena, lo cual demuestra que la misma no responde exclusivamente a esta función, sino que hay otras que fundamentan su motivación.
 - b) En cuanto a sus premisas, se consideran desacertadas, pues resulta del todo utópico pensar

que el tratamiento al delincuente pueda sustituir en el futuro a la pena, y porque la imposición de la pena tampoco responde a un reconocimiento positivo del *libre albedrío*, sino que lo que se debe hacer de principio es frenar el *ius puniendi* del Estado, no pudiendo penar cuando no hay culpa, y cuando la hay no pudiendo la pena superarla.

- c) Además, los conceptos utilizados de *resocialización* o *peligrosidad* ofrecen muchos reparos. Ambos constriñen la dignidad de la persona, pues, en el primer caso, no siempre el individuo quiere ser resocializado, y además tampoco es quien el Estado para imponer una determinada educación sobre el individuo, lo que atentaría contra su libertad; *educación*, también término impreciso, que no está claro si viene referido o no a nivel cultural, por lo que no sería necesario en determinados supuestos. Y en cuanto a la *peligrosidad*, no es un término acertado, pues no hace referencia a ninguna condición específica del ser humano, sino a una cualidad negativa que puede existir también en las cosas y en los animales.

Igual de desacertado es tachar al delincuente de *enfermo* o *necesitado*, concepción ante todo clasista.

V. La teoría de la expiación en el ordenamiento jurídico-penal español

Como ya he advertido en líneas anteriores, la teoría de la expiación supone la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el Ordenamiento jurídico quebrantado, lo que se consigue cuando se produce el arrepentimiento del culpable. En palabras de JAKOBS,⁹⁸ supone la comprensión por parte del autor del injusto realizado, así como de la necesidad de pena, con la consecuencia de una reconciliación con la sociedad.

En cuanto a las manifestaciones de la teoría de la expiación que pueden observarse en el Ordenamiento jurídico español, destacan, entre otras, el artículo 25 de la Ley de 18 de junio de 1870 sobre el Ejercicio de la Gracia de Indulto, que establece, al hacer referencia al informe que debe elaborar el tribunal sentenciador, dentro del procedimiento para la concesión

⁹⁸ JAKOBS, G., *Derecho...*, cit., p. 25.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

del indulto, que en él deben figurar, entre otras circunstancias, “especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado...” La doctrina ha destacado la paradoja que supone el que una persona haya mantenido durante todo el procedimiento su inocencia (derecho fundamental al amparo del artículo 24.2 de la Constitución Española) y, sin embargo, se valore posteriormente, una vez que existe sentencia condenatoria, las pruebas de su “arrepentimiento” sobre una conducta culpable.

Otra manifestación de la teoría de la expiación podría consistir en la medida de amonestación prevista en el artículo 7.1, apartado I, de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, consistente, según el tenor literal del precepto, en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores, dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro. Por tanto, se le hace ver el alcance de la infracción que ha cometido, al tiempo que se intenta su reconciliación con la sociedad.

En este punto podría llegar a plantearse, en el mismo sentido que el anteriormente mencionado, si la tercera vía a la que actualmente se hace referencia en el cumplimiento de las penas, como finalidad de las mismas y haciéndolas ir más allá del cumplimiento y de la reinserción, es decir, la reparación del daño, no podría conectarse también con la teoría de la expiación. Al fin y al cabo, lo que se persigue con la reparación del daño causado y con el hecho de poner en relación, en la medida de lo posible, al autor del hecho con la víctima del delito, es que aquél comprenda cuáles han sido las consecuencias de sus actos, la repercusión que éstos han tenido en la sociedad y en el perjudicado, e intentar que se reconcilie con aquélla. En cualquier caso, se trata de un supuesto susceptible de discusión.

Igualmente, puede plantear dudas la presencia de la teoría de la expiación en la figura de los *arrepentidos*, concretamente en el supuesto de atenuación de la responsabilidad criminal que contempla la Parte Especial del Código Penal en materia de tráfico de drogas, en el artículo 376. En el mismo se favorece a quien “*haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas*

y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado”. A diferencia de lo que ocurre en la Ley del Indulto, en esta figura el arrepentimiento ha de ser previo, bien antes de la producción del resultado del delito, o bien una vez consumado pero antes de que recaiga una sentencia condenatoria. En cualquier caso, se exige que se produzca el arrepentimiento del sujeto que quiere beneficiarse de la atenuación de responsabilidad, lo que lleva en la práctica, ante la imposibilidad de probar la existencia de dicho arrepentimiento, a otorgar la atenuación cuando se produce la colaboración activa que el citado artículo exige. Se trata, por tanto, de una forma de objetivar dicho arrepentimiento, lo que, como se dice, nos aleja de la teoría de la expiación y de la búsqueda del ánimo de contrición de quien se considera autor de una conducta punible.

Se da lugar con estas reglas de atenuación de la responsabilidad criminal a la figura del *arrepentido*, o a la del *delator*, que presenta problemas desde el punto de vista de la valoración de la prueba en el proceso penal. El examen de las Sentencias del Tribunal Constitucional referidas a la valoración de las declaraciones de los coimputados nos lleva a entender que existen dos etapas diferenciadas en la jurisprudencia del Alto Tribunal, tal y como afirma la Sentencia de la Sala Primera, número 207/2002, de 11 de noviembre de 2002 [RTC 2002\207]: una primera fase en la que se entiende que la declaración de los coimputados constituía una actividad probatoria de cargo bastante, pues no había ninguna norma expresa que descalificara su valor probatorio; y una segunda fase que comienza con la Sentencia de la Sala Segunda, número 153/1997, de 29 de septiembre de 1997 [RTC 1997\153], y que perdura hasta la actualidad, en la que se entiende que las referidas declaraciones carecen de consistencia plena como prueba de cargo, cuando siendo únicas no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas.

El problema que se presenta en relación con tales declaraciones de coimputados arrepentidos, es que no se exige una corroboración plena de lo declarado, sino tan sólo que la declaración del coimputado esté avalada por

⁹⁹ Así la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional número 115/1998, de 1º de junio de 1998 [RTC 1998\115].

¹⁰⁰ En este sentido, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 68/2001, de 17 de marzo de 2001 [RTC2001\68], o la Sentencia de la Sala Segunda número 68/2002, de 21 de marzo de 2002 [RTC 2002\68].

algún hecho, dato o circunstancia externa, a fin de que pueda estimarse corroborada, o que se añada a las declaraciones del coimputado “*algún dato que corrobore mínimamente su contenido*”,⁹⁹ dejando a la casuística, como no puede ser de otro modo, la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración,¹⁰⁰ con los problemas que esto conlleva.

Lo anterior, junto a otros argumentos que no es posible entrar a examinar en el presente momento, lleva a la doctrina mayoritaria a criticar el instituto de los denominados, o mejor dicho, mal denominados *arrepentidos*. Así, la declaración imputando o acusando a otro coimputado puede obedecer a motivos no siempre francos o ligados efectivamente al arrepentimiento, sino a móviles de venganza, fines espurios, etc., y dada su subjetividad son difíciles de investigar o acreditar en el ámbito del proceso penal, reduciendo la cuestión, como ya se ha indicado, a una simple colaboración objetiva con las autoridades en la investigación de dichas actividades y de otros responsables. A esto habría que añadir la paradoja que supone el poder llegar al mismo resultado mediante la aplicación del artículo 376 del Código Penal, que mediante la aplicación de las atenuantes de los artículos 21.4^a o 21.5^a, incluso 21.7^a en relación con las dos primeras, si se dan como muy cualificadas, en virtud del artículo 66.2^a de la misma norma penal, lo que en definitiva hace innecesaria la figura establecida en Parte Especial en relación con determinados delitos.

La teoría de la expiación resultaría también recogida en relación con los presupuestos para alcanzar los beneficios penitenciarios y la libertad condicional a las personas condenadas por delitos regulados en el Capítulo VII, del Título XXII, del Libro II del Código Penal, esto es, en relación con los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales y de terrorismo, al preverse en el artículo 90.8 de la norma penal sustantiva que para el acceso al tercer grado y la obtención de la libertad condicional en el caso de miembros de las organizaciones terroristas, será preciso que los mismos muestren signos inequívocos de abandono de las actividades terroristas y colaboran activamente con las Autoridades.¹⁰¹

Por último, cabría plantearse la posibilidad de observar la presencia de la teoría de la expiación en el perdón del ofendido. Dicho perdón se contempla en el Código Penal, tanto en los supuestos en los que la víctima puede renunciar a la acción penal, cuando se trata de delitos perseguibles a instancia de parte, como en otros supuestos de extinción de la pena (artículo 130.5^o del Código Penal), en los que el perdón ha de ser otorgado de forma expresa, antes de que se dicte sentencia. Dicho perdón supone igualmente la confrontación del delincuente con la víctima, pero se entiende que la carga de enfrentarse con la realidad del delito recae sobre la víctima y no sobre el culpable. Para apreciar la teoría de la expiación habría que presuponer que, si existe perdón, es porque previamente se ha dado el arrepentimiento del autor del delito, aunque lo cierto es que no siempre esto podría haber tenido lugar.

VI. La retribución en el Ordenamiento jurídico-penal español

No es posible referirse a los fines de la pena en el Ordenamiento jurídico español sin hacer alusión al artículo 25.2 de la Constitución Española de 1978, el cual prevé que “*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación social y la reinserción social...*” No obstante, a pesar de su tenor literal, el propio Tribunal Constitucional ha manifestado que esa finalidad preventivo-especial a que se refiere el citado artículo 25.2 no es la única, pudiendo convivir con otras finalidades, así de prevención general, aunque limitadas siempre por el principio de proporcionalidad. En cuanto a éste último, se reconoce que la proporcionalidad es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no vulnere el Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona y el principio de culpabilidad.

Dicho lo anterior, lo cierto es que, como se expondrá a continuación, desde el punto de vista constitucional las concepciones retributivas han sido objeto de críticas. Asimismo, resulta oportuno detenerse a examinar la proporcionalidad y la culpabilidad como

¹⁰¹ Vid. también el artículo 72.6 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, introducido por el artículo 3^o de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

¹⁰² ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el Ordenamiento Constitucional español*, Granada, 2001, pp. 92 y ss.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

elementos retributivos en el momento de la determinación de la pena.

1. Exclusión constitucional de la retribución pura

Las críticas a las concepciones retributivas y a sus defensores, desde el punto de vista constitucional, pueden resumirse de la siguiente manera, siguiendo para ello el esquema dado por ÁLVAREZ GARCÍA:¹⁰²

- En primer lugar, los llamados retribucionistas, incluidos KANT y HEGEL, no admiten la posibilidad de que se pueda prescindir de la pena en ningún caso, pues la esencia de las teorías absolutas o retributivas consiste en el inexorable castigo del individuo, sinónimo de justicia. Por el contrario, nos encontramos inmersos en un sistema normativo en el que tal base carece de toda legitimación y fundamento, habida cuenta de la existencia en nuestro Ordenamiento de figuras tales como la prescripción del delito, la prescripción de la pena, la condena condicional o el indulto. En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma “[...] desde su originaria plasmación en la Ley de Condena Condicional, de 17 de marzo de 1908 (en lo sucesivo, LCC), dicho instituto se presenta como una excepción a la regla general de efectivo y real cumplimiento de las penas impuestas, por indicaciones de naturaleza político-criminal derivadas de la exigencia de que las penas privativas de libertad se orienten hacia la reeducación y la reinserción social, tal y como actualmente se explicita en el art. 25.2

CE [...]”.¹⁰³ “Así lo indicó certeramente la STC 112/1996 (fundamento jurídico 4): ‘La posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social’ (art. 25.2 de la CE) o, como ha señalado la STC19/1998, la ‘corrección y readaptación del penado’, y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento”.¹⁰⁴

- Tampoco pueden apoyarse las teorías retribucionistas, ya que contemplan en un mismo plano al delito y la sanción, como iguales en su género, cuando en realidad, en palabras de MEZGER, “se trata de magnitudes inconmensurables”.¹⁰⁵ Por ello la afirmación de que al daño causado le corresponde una sanción equivalente, máxima de justicia, no resulta ni real ni posible, al no ser comparables delito y pena; y al no poderse comparar, y tener que recurrirse para ello a elementos externos, no puede entenderse tal comparación.¹⁰⁶

Basarse en el hecho de que delito y pena son comparables y que, por tanto, es posible llegar a la retribución justa por el mal causado, no se corresponde con nuestro sistema constitucional, pues, entre otros, el principio de proporcionalidad quedaría vulnerado,¹⁰⁷ siendo preciso tener en cuenta elementos tales como la culpabilidad, o las posibles causas de justificación que pudieran concurrir. En este sentido va el Tribunal Constitucional, al señalar que “[...] no sería constitucionalmente legítimo un Derecho

¹⁰³ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 209/1993, de 28 de junio de 1993 [RTC 1993\209].

¹⁰⁴ Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional número 81/1997, de 22 de abril de 1997 [RTC 1997\81].

¹⁰⁵ MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, t. II, trad. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1957, pp. 398 y ss.

¹⁰⁶ Al respecto, entiendo que efectivamente no resultan comparables en un mismo plano el delito y la sanción, si bien conviene hacer matices. Es correcta la tesis retribucionista que presenta como equivalentes a uno y a otra, pues lo que viene a significar no es otra cosa que a un delito le corresponde una sanción, y que ésta debe ser proporcional a aquél; sin embargo sí resulta criticable esa equiparación, si se analiza desde la individualización de la pena, como hemos mantenido en anteriores reflexiones, ya que no es posible, en el caso concreto de que se trate, la comparación de un delito con una pena en abstracto; es decir, lo que entendemos constitucionalmente criticable no es sino la adjudicación sin más de una pena en atención a un hecho típico, pues para ello se requieren elementos externos, como son la culpabilidad del autor o la gravedad del resultado producido. Ello es definitivo en fase judicial a la hora de establecer la extensión de la pena, la magnitud de la misma.

Por tanto, si bien entendemos comparables el delito y la pena en un mismo plano, no ocurre así a la hora de calcular la magnitud que dicha pena ha de tener, pues para su justa extensión se requieren otros elementos externos que encaucen su graduación; eso sí, partiendo siempre de la pena en abstracto prevista normativamente.

¹⁰⁷ Cuando se habla de una quiebra del principio de proporcionalidad, ha de entenderse especialmente referida al momento de la individualización de la pena, como dijimos. No se cuestiona la proporcionalidad del delito con la pena en abstracto prevista para el mismo, sino que a la hora de establecer su extensión se tengan en cuenta otros elementos que permitan que la pena sea justa y proporcionada.

¹⁰⁸ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 150/1991, de 4 de julio de 1991 [RTC 1991\150].

¹⁰⁹ Entendiéndose que, a la hora de establecer la pena, la retribución pura sí toma en consideración la culpabilidad del autor junto con el hecho cometido, que no la gravedad del resultado que se produce.

¹¹⁰ ROXIN, C., “Sentido...”, *cit.*, p. 14.

penal 'de autor' que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos". ^{108, 109}

- Una tercera crítica se centra en la imposibilidad de compensar la lesión del bien jurídico a través del sufrimiento, no entendiéndose “cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena”,¹¹⁰ lo que no está reñido con la necesidad de que ciertas lesiones en los bienes jurídicos hayan de ser amparadas. En cuanto a esta cuestión, el Pleno del Tribunal Constitucional ha declarado que: “Pena degradante es la que provoca ‘una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena’ (SSTC 65/1986, fundamento jurídico 4º, y 89/1987, fundamento jurídico 2º) [...]”.¹¹¹
- Se dice, en apoyo de estas tesis, que la retribución consigue limitar la pena, pues para los delitos más graves se corresponden las penas más graves, y para los leves las penas inferiores, lo que frena el poder punitivo del Estado y evita la arbitrariedad.¹¹²

Si bien es cierto que las conductas más graves llevan aparejadas sanciones mayores, ello no ha de justificarse en un puro retribucionismo, pues, como de nuevo señala el Tribunal Constitucional, “[...] Lo que ocurre es que el legislador, por la misma razón que considera unos delitos más graves que otros, ha estimado, en opción constitucionalmente válida, que la persistencia en el delito y la rebeldía ante la norma debe tener como correlato una superior pena, atendido los fines de Prevención general y especial...”.¹¹³

Autores como LUZÓN PEÑA, ÁLVAREZ GARCÍA o MIR PUIG sostienen que es comprensible la proporción entre el delito y la pena, y que dicha proporción sólo puede lograrse desde la perspectiva de

la prevención general.¹¹⁴ En este sentido, el Tribunal Constitucional se pronuncia en iguales términos al decir que “[...] el juicio sobre la proporcionalidad de la pena [...] es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio de Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona y el principio de culpabilidad penal derivado de ella [...]”.¹¹⁵

- Las teorías absolutas vinculan la retribución a la culpabilidad, cuando, sin embargo, la culpabilidad es algo impreciso que requiere del análisis de elementos subjetivos. Junto a ello, consideran que la retribución es el resultado más justo al que se puede llegar, argumentando una moral que es completamente ajena al Derecho.

Puede concluirse, por tanto, que en nuestro Derecho la pena no puede ser explicada desde las teorías retribucionistas o absolutas; los artículos 10.1, 16.1 y 25.2 de la Constitución Española no permiten considerar la pena como una pura retribución por el mal causado por el delito, esto es, no permiten basar el *ius puniendi* del Estado en el “libre albedrío”, no siendo posible tampoco afirmar que el mal causado vaya a desaparecer con la pena, ni que la sanción haya de consistir o deba tener la misma entidad que el daño. Cosa distinta, y hay que diferenciarlo, es que la sociedad demande un cierto retribucionismo que reafirme la vigencia de la norma frente a la conducta delictiva.

En cualquier caso, y como aspecto positivo de la retribución, cabe afirmar, como ya se ha dicho en líneas anteriores, que la esencia retributiva tiene un contenido garantizador a través del principio de proporcionalidad. No se admite por la doctrina la finalidad retributiva de las penas, porque se entiende la proporcionalidad como límite a las finalidades preventivas y no como objetivo específico a perseguir. Sin embargo, ha de añadirse que esa necesaria y positiva proporcionalidad se puede alcanzar por otros medios,

¹¹¹ Vid. cita núm. 108.

¹¹² MORILLAS CUEVA, L., *Teoría...*, cit., p. 20.

¹¹³ Vid. cita núm. 108.

¹¹⁴ Vid., en este sentido, LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y substitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 24 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones...*, cit., p. 98; MIR PUIG, S., “Problemática de la pena y seguridad ciudadana”, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núms. 43-44, 1981, p. 80.

¹¹⁵ Vid. cita núm. 108.

¹¹⁶ Vid. GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 72 y ss.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

por lo que puede afirmarse que ese único aspecto positivo no es exclusivo de las teorías absolutas.

2. La pena proporcionada a la gravedad del delito¹¹⁶

En efecto, el principio de proporcionalidad debe jugar como límite de las necesidades preventivas: es límite de la prevención general, porque evita los excesos de la pura intimidación y sirve como requisito de su eficacia, puesto que asegura la aptitud de las normas para motivar a los ciudadanos; y es también límite de la prevención especial, para que no puedan restringirse los derechos de los individuos más allá de la pena proporcionada al delito, con el pretexto de reeducarlos.

De este modo, la discusión sobre los fines de la pena adquiere una especial relevancia práctica en el momento en que debe elegirse una pena concreta a imponer, que será distinta según el fin que se pretenda. La determinación de pena se configura como un proceso que comienza en la ley, con el establecimiento de la pena que corresponde a cada delito (marco penal abstracto) y concluye, en el momento en el que el Juez establece la pena concreta (individualización judicial).

En el momento de determinación del marco legal, el Juez puede buscar, por encima de todo,¹¹⁷ que la gravedad de la pena equivalga a la gravedad del delito para imponer el castigo justo, con independencia de lo que aconseje la prevención de futuros delitos, buscando por tanto en el concepto retribucionista de pena y que plantea el problema de qué se entiende por castigo justo; y también puede buscar que la pena sea suficiente para que el reo no vuelva a delinquir y se integre en las normas de convivencia social, o bien que sea suficiente para servir de escarmiento al resto de los ciudadanos.

Interesa en este momento esencialmente lo atinente a la búsqueda de la proporcionalidad de la pena, tanto en el momento de fijar un marco general abstracto para la determinación de la misma como en el momento posterior de individualización judicial propiamente dicha, en el que opera como factor real de individualización; y asimismo, lo concerniente a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor como elemen-

tos concretos, en conexión con la proporcionalidad en sentido abstracto.

Concluye LÓPEZ BARJA DE QUIROGA¹¹⁸ que, sean cuales fueren las reglas que el sistema penal ofrezca para la determinación de la pena, resulta claro que han de venir presididas primeramente por el principio de culpabilidad, que es el fundamento de la pena, sin que pueda imponerse una pena superior al límite de la culpabilidad de la persona y, por otra parte, por los principios de igualdad y proporcionalidad. Sentados estos principios, podrán aplicarse los criterios de prevención general o especial, en función del que se considere adecuado.

Respecto de la culpabilidad y su influencia en el momento de individualización de la pena, existen diversas teorías:¹¹⁹ aquellas que consideran que la culpabilidad constituye el fundamento y el límite de la pena; aquellas que renuncian a la culpabilidad como fundamento y como límite; y por último, las que afirman que la culpabilidad es el límite pero no el fundamento de la pena. No obstante, sobre lo que sí parece existir acuerdo en la doctrina es sobre el hecho de que la pena no puede ir más allá del límite impuesto por la culpabilidad, así como la necesidad de cumplir con la pena para fines preventivos. A efecto de desarrollar estos principios en el momento de la determinación de la pena, se han elaborado diversas teorías:¹²⁰

- *Teoría del ámbito del juego*, que parte de considerar la pena medida conforme a la culpabilidad del individuo, pero admite que no puede medirse hasta un punto concreto, sino que proporciona una zona dentro de la cual puede moverse la individualización concreta, ésta conforme a criterios de prevención especial.
- *Teoría de la pena exacta*, sin que sea posible admitir un marco o una zona adecuada a la culpabilidad, concretando un punto exacto en el que el contenido de la pena es adecuado a la culpabilidad del sujeto.
- *Teoría del valor de la posición*, para la que los fines de la pena tendrán diversa relevancia según el momento de la determinación de la pena que vaya a ser examinada. Para determinar la

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 62 y 63.

¹¹⁸ LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., p. 212.

¹¹⁹ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, 1999, p. 251.

¹²⁰ Sistematizadas por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho...*, cit., pp. 214-216.

duración se atenderá a criterios retributivos en función de la culpabilidad; después tendrán relevancia otros criterios, derivados de fines preventivos, para examinar los demás aspectos, tales como la clase de pena o si procede o no conceder la suspensión condicional de la misma.

Resulta interesante sin duda, determinar cuáles son los elementos fácticos de la individualización penal, aquellos que ofrecen interés en cuanto a los fines de la pena, para la clase y cuantía de ésta y para su suspensión condicional. Cita JESCHECK¹²¹ como tales el desvalor del resultado (por ejemplo, el valor de la cosa hurtada), el desvalor del acto (como puede ser la particular brutalidad en el caso del delincuente sexual), la culpabilidad, el incremento del mismo delito en una zona (como forma de prevención general) y la carencia de antecedentes penales (como prevención especial). Expresado de otro modo,¹²² y sistematizándolos:

- El contenido del injusto (significación del delito para el Ordenamiento jurídico violado) y de la culpabilidad (gravedad del reproche al reo por el delito cometido). Estos elementos provienen de las teorías retributivas, pudiendo afirmar que el contenido del injusto deriva del valor otorgado por HEGEL a la lesión de la lesión, y la culpabilidad como proporcionalidad o retribución entre la pena y el reproche al reo.
- La personalidad del reo, es decir, las circunstancias económicas y personales.
- La vida anterior del reo y su conducta posterior al delito, valorando si se trata de un hecho aislado y si se ha procedido a la reparación del daño. Valorando igualmente, dentro de esta conducta, su comportamiento durante el proceso.

En cualquier caso, en la individualización de la pena y en la valoración de la gravedad del hecho no

pueden ser tenidos en cuenta criterios que ya incidieron en la determinación del marco legal¹²³ (prohibición de doble valoración). No podrá volver a valorarse, por ejemplo, la no producción del resultado si ya se aplicó el tipo atenuado correspondiente a la tentativa, o la disminución en la capacidad de culpabilidad si ya se aplicó una eximente incompleta.

Partiendo de la concepción antes enunciada sobre la culpabilidad en la individualización de la pena, que considera a la misma como su fundamento, se entiende que el sentido de la pena responde fundamentalmente a la compensación del injusto culpable, sin olvidar, claro está, como complemento, los efectos que la pena puede tener sobre la vida futura del penado (cláusula de prevención especial). Se parte siempre de las teorías de la compensación, afirmando una vez más que la proporcionalidad basada en la gravedad por el hecho cometido opera como base y límite del resto de los fines de la pena.

Puede decirse, por tanto, que el principio de culpabilidad y los de proporcionalidad e igualdad operan en el momento de concretar un marco legal abstracto, aplicando las reglas establecidas para éste, como el grado de ejecución del delito, el grado de participación, las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, etc. Pero habrá que volver a tenerlos en cuenta en el momento de individualización judicial *stricto sensu*, siempre sin olvidar la prohibición de doble valoración. En todo caso, no es posible afirmar que estos principios de culpabilidad y proporcionalidad estén operando en el Ordenamiento jurídico español en el sentido en que eran utilizados por KANT o HEGEL, puesto que en el Código Penal vigente y conforme a la interpretación constitucional antes vista aparecen institutos que permiten la excepción en la imposición de la pena, lo que no se admitía por los retribucionistas, como pueden ser la condena condicional, la prescripción del delito, de la pena, las circunstancias eximentes o las excusas absolutorias. No es posible hablar, por

¹²¹ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte general*, vol. 2, trad. MIR PUIG, S., y MUÑOZ CONDE, F., Barcelona, 1981, p. 1195.

¹²² *Ibidem*, pp. 1205 y ss.

¹²³ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid, 1997, pp. 173 y 174.

¹²⁴ Existen opiniones contrarias en torno a esta forma de individualización, entendiendo otros autores como LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, 1999, que las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal operan, no en el momento de concreción del marco penal aplicable, sino en el de la individualización judicial *stricto sensu*. Antes de seguir adelante, es de significar la toma de postura adoptada a favor de la tesis expuesta por CHOCLÁN MONTALVO, puesto que es cierto que la determinación del marco legal debe realizarse tanto si la previsión de atenuación o agravación está prevista en parte general, artículos 21 y 22, como en parte especial del Código (como supuestos de subtipos atenuados o agravados), al igual que ocurre con las formas imperfectas de ejecución que influyen en la primera fase y no son valoradas en la individualización *stricto sensu*.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

tanto, de una identificación total entre los principios mencionados por aquéllos y los aplicados en nuestro Ordenamiento como fundamento para la imposición de la pena, y como límite para las demás teorías preventivas, aunque, como se viene afirmando, sirven como fundamento para la determinación de la pena.

En el artículo 66.1 del Código Penal se establecen como *factores reales en la individualización penal*¹²⁴ la gravedad por el hecho y las circunstancias personales del delincuente. Estos criterios legales deben reglar la discrecionalidad del Juez en el momento de individualizar la pena. Afirma la doctrina¹²⁵ que hubiera sido deseable que el legislador hubiera tasado con más detalle los factores a tener en cuenta en este momento de determinación de la pena, no obstante lo cual, centrándonos en los criterios antes mencionados del artículo 66.1 del Código Penal, parece determinarse con claridad que los presupuestos que deben presidir la función judicial de individualización de la pena son, en primer lugar, la determinación del marco penal adecuado a la gravedad de la culpabilidad por el hecho (incluyendo la culpabilidad en sentido dogmático y la gravedad del injusto del hecho realizado) y, en segundo lugar, la valoración de la personalidad del autor en la fijación de la pena definitiva dentro de esa magnitud penal adecuada a la gravedad.

En cuanto a la *cuantificación de la culpabilidad*, esto es, en cuanto a la determinación de la pena adecuada a la culpabilidad, *“importa fijar un mínimo y un máximo de pena (el espacio de juego), entre cuyos límites puede considerarse que la pena es ya adecuada a la culpabilidad y todavía adecuada a ella”*.¹²⁶ Los parámetros que debe manejar el aplicador del Derecho para establecer la culpabilidad han sido sistematizados por la jurisprudencia, habiéndose establecido como criterios para medir la gravedad de la culpabilidad los siguientes: la gravedad de la ilicitud cometida, las circunstancias que permitan juzgar sobre la mayor o menor exigibilidad de cumplimiento de la norma, y el mayor o menor desvalor ético-social de los motivos que impulsaron a actuar al autor. La cuantificación de la culpabilidad se presenta como una operación complementaria de la determinación del marco legal abstracto, con la concreción ulterior por la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Sin ánimo de exhaustividad en este momento, haré referencia a continuación a la *gravedad del injusto*, comprensiva tanto de la gravedad de la acción como de la gravedad del resultado.

En relación con la gravedad de la acción, CHOCLÁN MONTALVO¹²⁷ incluye como factores:

- De una parte, la forma de ejecución del delito, es decir, determinados medios, modos o formas de comisión del delito que tienen un valor indiciario para valorar la gravedad del hecho, cuando el tipo no incorpore esta circunstancia en la determinación del marco penal (por ejemplo, en el artículo 148.1º del Código Penal, al hablar de las lesiones, la agravación que supone el empleo de armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la salud). También la distinción entre los delitos cometidos por acción o por omisión, suponiendo un mayor desvalor el primer caso dada la mayor energía criminal. O en los delitos de infracción de un deber, la exigibilidad de éste.
- Y de otra parte, la voluntad aplicada al delito, la tenacidad o debilidad de la voluntad.

En la gravedad del resultado, son relevantes circunstancias tales como la magnitud del daño causado en los delitos de resultado, o el grado de puesta en peligro del objeto protegido, en los delitos de peligro. También podrán considerarse criterios para la graduación, la unidad o pluralidad de sujetos pasivos en los delitos patrimoniales, cuando esta circunstancia no esté especialmente prevista en el tipo delictivo como forma agravada, la situación en que ha quedado la víctima o su familia fuera también de los casos en que esta posibilidad esté prevista. Para la valoración del daño deben tenerse en cuenta tanto las consecuencias materiales (por ejemplo, el homicidio del padre de familia que sustenta económicamente a toda la familia) como psíquicas (por ejemplo, la pérdida del único hijo), planteándose en este punto si es necesario que esas consecuencias sean previstas por el autor y, aun así, haya decidido a cometer el delito, o si se tienen en cuenta al graduar la pena con independencia de que el autor las conozca y solamente por la mayor reprochabilidad social que suponen. En relación

¹²⁵ Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 175.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 178.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 181 y 182.

con este extremo, conviene destacar una de las críticas formuladas a las teorías absolutas, la relativa al olvido que se produce del resultado producido por el delito. Esta gravedad del resultado opera como factor de individualización de la pena y, sin embargo, no era tenido en cuenta por aquellas teorías.

En cuanto a la culpabilidad *stricto sensu*, viene determinada por el valor o desvalor ético de los motivos que impulsaron al autor que, a su vez, produce una mayor o menor reprochabilidad por el delito. Se distingue por la doctrina entre estímulos externos (penuria económica, instigación política, etc.) y los móviles internos (odio, ánimo de lucro, codicia, etc.), interesando siempre el grado de fuerza del motivo y su valor ético. No es posible, por tanto, individualizar la pena sin recurrir, en cierto modo, a criterios éticos o morales.

En relación con la *personalidad del reo*: volviendo a los términos empleados por JESCHECK,¹²⁸ dentro de la personalidad del reo han de incluirse sus circunstancias personales (origen y educación, estado familiar, salud física y mental, posición profesional y social, sensibilidad del reo frente a la pena, etc.) y económicas (en la medida en que la difícil situación económica haya sido el móvil del delito); también la vida anterior del reo y su conducta después del delito. La vida anterior resulta interesante en la individualización en la medida en que el delito constituya un hecho aislado excepcional para el normal comportamiento del reo, y como motivo de agravación la reincidencia por la comisión de delitos de distinta naturaleza. Su conducta después del delito será valorada tanto si contribuye a la reparación del daño como si, por el contrario, persiste en el quebrantamiento de la norma. Este factor real de individualización tampoco sería tenido en cuenta por las teorías retribucionistas, puesto que éstas se basan únicamente en la retribución por el hecho cometido, sin que influyan elementos personales o subjetivos del autor.

Este criterio¹²⁹ es utilizado por el Código Penal en diversos preceptos, aludiendo a las circunstancias personales del delincuente en el artículo 4.3 para los supuestos en que el Juez o Tribunal estime conveniente la derogación o modificación de un precepto o

la concesión de un indulto, en el artículo 68 al hablar de las eximentes incompletas, y en el artículo 80 para la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Adquiere también un papel sumamente relevante en el artículo 95, como base de la adopción de medidas de seguridad.

También en este factor de individualización hay que analizar previamente los fines que persigue la pena en concreto; la valoración de dicho factor dependerá de los fines a los que se conceda validez.

A modo de conclusión en relación con la individualización judicial de la pena y utilizando las palabras de JORGE BARREIRO,¹³⁰ puede afirmarse que resultará difícil para el Juez operar en la práctica con el principio de culpabilidad por el hecho y con la doctrina de la unión dialéctica de la pena que de él se deriva. Ello se debe, en primer lugar, a la complejidad en la cuantificación matemática del margen superior del *espacio de juego*, así como a la dificultad de deslindar la culpabilidad por el hecho de las razones de prevención general, o de separar las circunstancias personales del reo que ha de ponderar en el concepto de culpabilidad de las que ha de evaluar dentro del capítulo de la prevención especial. A todo ello se suma la inexistencia de datos empíricos que le informen acerca del pronóstico de reinserción del reo que juzga. Todos estos inconvenientes hacen necesario, a juicio del citado autor, que se plasmen en la sentencia todos los datos que han de servir para motivar la cuantía de la pena, permitiendo el autocontrol de las propias decisiones, evitando la improvisación, la arbitrariedad, la irracionalidad, la intuición y la emotividad, facilitando, además, la revisión de las resoluciones por los tribunales funcionalmente superiores.

Finalmente, cabe referirse a lo que GARCÍA ARÁN¹³¹ denomina el “*lastre retribucionista*”, añadiendo que aunque la doctrina penal considere superada la retribución como un objetivo a perseguir que pueda prevalecer sobre otras orientaciones de la pena, lo cierto es que la búsqueda de la compensación del delito mediante la segregación social del responsable y, en suma, el sentimiento de venganza, siguen estando considerablemente arraigados en la sociedad actual, sirviendo como ejemplo claro el debate que hace escasos

¹²⁸ JESCHECK, H.H., *Tratado...*, vol. 2, *cit.*, pp. 1205 y ss.

¹²⁹ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general...*, *cit.*, p. 303.

¹³⁰ JORGE BARREIRO, A., “La motivación en la individualización judicial de la pena”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal. Manuales de Formación Continuada*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 112-115.

¹³¹ GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 43 y 44.

Algunas reflexiones críticas a las tesis absolutas en el contexto de las teorías de la pena

años hubo sobre el cumplimiento íntegro de las penas y el artículo 78 del Código Penal.

El artículo 78 disponía, con anterioridad a su reforma, que “*si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente. En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento*”.

Este artículo no tenía precedente en el Texto Refundido del Código Penal de 1973, estableciéndose como un límite a su vez al sistema de acumulación jurídica, una vez planteado el problema de si los beneficios penitenciarios debían aplicarse sobre el máximo de condena del artículo 76 o sobre la totalidad de la pena impuesta. Conforme al citado precepto, los beneficios penitenciarios y la libertad condicional se computarían tomando como base el límite máximo resultante de la acumulación material, lo que a juicio de algunos autores¹³² suponía realmente la supresión de dichos beneficios, pero sin que en ningún caso pueda hablarse de un cumplimiento íntegro de las penas, sino que, como máximo, operaría siempre el límite ordinario o extraordinario del artículo 76. Se trata, por tanto, de un modo de compensar la reducción de la pena por el límite de cumplimiento en los concursos de delitos, con una posible privación de beneficios.

Fue igualmente criticado por la doctrina, actualmente suprimido del precepto, el hecho de que la aplicación del régimen establecido por el artículo 78 se basara en un concepto indeterminado y tan amplio como el de la *peligrosidad criminal*, entendiendo CHOCLÁN MONTALVO¹³³ que los beneficios penitenciarios debían ser aplicados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, con base en la evolución del

interno, y el pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, que son los mismos criterios a los que se refiere el citado artículo para determinar el régimen general de cumplimiento, produciéndose por tanto una incongruencia.

V. Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General. I, Introducción*, Madrid, 1996.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid, 1997.
- COBO DEL ROSAL M., y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1999.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Madrid, 2002.
- DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 1999.
- DÍAZ ROCA, R., *Derecho penal general. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Madrid, 1996.
- GARCÍA ARÁN, M., *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho penal*. vol. I, Madrid, 2012.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1990.
- HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho penal*, trad. MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO, Barcelona, 1984.
- HEGEL, G.W.F., *Filosofía del Derecho*, México, 1975.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1995.
- JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General. I*, trad. MIR PUIG, S. y MUÑOZ CONDE, F., Barcelona, 1981.

¹³² CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Individualización...*, cit., p. 151.

¹³³ *Ibidem*, p. 153.

- JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal. Parte General. II*, trad. MIR PUIG, S., y MUÑOZ CONDE, F., Barcelona, 1981.
- JORGE BARREIRO, A., “La motivación en la individualización judicial de la pena”, en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal. Manuales de Formación Continuada*, CGPJ, Madrid, 1999.
- KLUG, U., “Para una crítica de la filosofía penal de Kant y Hegel”, trad. BACIGALUPO ZAPATER, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1970.
- LATORRE SEGURA, A., *Introducción al Derecho*, Barcelona, 2003.
- LESCH, H.H., *La función de la pena*, trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Madrid, 1999.
- LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, 1999.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Derecho penal. Parte General. IV*, Madrid, 2002.
- LUCAS VERDÚ, P., *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Madrid, 1997.
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979.
- MAPELLI CAFFARENA, B., y TERRADILLOS BASOCO, J.M^a, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1993.
- MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, t. II, trad. RODRÍGUEZ MUÑOZ, Madrid, 1957.
- _____, ._____, .MIR PUIG, S., “Problemática de la pena y seguridad ciudadana”, en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, núms. 43-44, 1981.
- _____, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Barcelona, 2003.
- _____, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2016.
- MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1991.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2015.
- POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho penal. Parte General. I. Fundamentos científicos del Derecho Penal*, Barcelona, 2008.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. LUZÓN PEÑA, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, Madrid, 2008.
- ROXIN, C., “Sentido y límite de la pena estatal”, en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. LUZÓN PEÑA, Madrid, 1976.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M^a, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 2010.

La desproporción en el ámbito del tráfico de drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas(*)

Félix María Pedreira González

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: Los delitos de tráfico de drogas son una de las manifestaciones más evidentes del llamado “Derecho penal del enemigo”, caracterizado por una quiebra de los principios penales básicos, que no ha compensado desde ninguna perspectiva. Con frecuencia, el asunto de la degradación de los derechos y garantías de los ciudadanos se plantea como una cuestión exclusivamente, o casi exclusivamente, legislativa, sin advertir el relevante papel que los aplicadores del Derecho, y en particular los jueces y tribunales, desempeñan y pueden desempeñar en este ámbito, con su connivencia o con su resistencia. Se seleccionan, de entre la multitud de resoluciones de la jurisprudencia española sobre el tráfico de drogas, algunos ejemplos del importante papel que a estos efectos puede desempeñar los jueces y tribunales.

PALABRAS CLAVE: Tráfico de drogas, política legislativa, Derecho penal del enemigo, garantías.

ABSTRACT: The drug trafficking crimes are a clearly manifestation of the “enemy criminal law”, characterized by the collapse of basic criminal principles that have not been made them up in our days under any perspective. Frequently, the deterioration of the citizens’ rights and guaranties is seem as an exclusive, or almost exclusive, legislative matter, without realize the relevant role of those who implement the law, particularly judges and Courts, through their coexistence and resistance. It has been picked up, between huge amounts of Spanish case decisions about drug trafficking, some examples of the relevant role of the judges and courts for this effects.

KEY WORDS: Drug trafficking, legislative policy, enemy criminal law, guaranties.

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. La lucha contra el tráfico de drogas. 3. La regulación de los delitos de tráfico de drogas en el Derecho penal español. 4. Algunos ejemplos de resoluciones relativas al tráfico de drogas en la jurisprudencia española.

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

(*) El presente estudio se inserta en el Proyecto de I+D+I DER2015-63669-R, del Ministerio de Economía y Competitividad español, dentro del Programa estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada a los retos de la sociedad.

1. Consideraciones previas

Puede observarse en diversos ámbitos del Derecho penal, sobre todo en aquellos influidos por intereses políticos, generalmente de rentabilidad electoral a corto plazo, que se pasa de la desprotección penal más absoluta a un exceso de protección que desconoce los límites más elementales del Estado de Derecho. Si a ello se une la frecuente ineficacia e ineficiencia de este tipo de planteamientos, no resulta difícil advertir y concluir que las cosas no se están haciendo bien. Pero lo cierto es que ello no impide que muchos se adscriban a estos planteamientos, que se pasen al extremo opuesto, en el que todo vale, y en el que las garantías y principios que con tanto esfuerzo habíamos desarrollado, parece que se quedan en nada o incluso son un obstáculo innecesario.

Sin embargo, esto no es una realidad aislada, sino que se integra en un contexto político más amplio, en una lamentable evolución de la política hacia el populismo, hacia el dar la apariencia de que se abordan los problemas, aunque en verdad no se resuelvan, hacia el conceder lo que el pueblo intuitiva y apasionadamente reclama sin advertirle que eso no resuelve nada, y que incluso puede empeorar y agravar las dificultades. Se trata, en definitiva, de un contexto político más amplio de profunda y enorme irresponsabilidad, de rentabilidades electorales a corto plazo, de dictado de leyes sin poner los recursos necesarios para ejecutarlas, de apariencias. Pero no es un contexto político sin trascendencia, sino con una enorme repercusión sobre el sistema democrático de Derecho, que lo sufre en sus cimientos más esenciales. A este panorama se une otro hecho preocupante, como lo es la carencia de alternativas, pues incluso los partidos políticos que tradicionalmente se caracterizaron por la defensa de estos valores se han unido a esta tendencia, populista y desbocada, y no están dispuestos a abandonarla en su lucha por el poder. Tampoco para los nuevos actores del escenario político, pretendidamente novedosos y tanto o más populistas, parece una prioridad la defensa de los límites propios del Estado democrático de Derecho o, como mucho, de una forma muy sesgada y selectiva.

En este contexto, se ubica también el denominado “Derecho penal del enemigo”. Acuñada por GÜNTHER JAKOBS, la noción de “Derecho penal

del enemigo” hoy sirve, en el lenguaje jurídico-penal, para identificar los rasgos de una tendencia político-criminal marcada por objetivos eminentemente preventivos y, sobre todo, encaminada a ciertas formas de criminalidad consideradas de especial gravedad, dentro de las que cabe clasificar como supuestos paradigmáticos el narcotráfico y el terrorismo. Con esto queremos decir que, aunque dicha propensión se acentúa en relación con actividades delictivas como las que acabamos de citar, también es posible detectar sus particularidades en otros marcos de regulación que atienden delitos de menor entidad y que, no pocas veces, son creados con el claro afán de dar respuestas a los requerimientos sociales o a determinados grupos de presión.

Pero para comprender mejor la base de este planteamiento, el estudio del concepto “Derecho penal del enemigo” aconseja la consideración de su polo antagónico, esto es, el “Derecho penal del ciudadano”, pues éste constituye el indicador que constata las manifestaciones de aquél cuando se sobrepasan sus límites. En teoría, el Derecho penal del ciudadano representaría al Derecho penal del Estado de Derecho y el Derecho penal del enemigo su antítesis. Sin embargo, aunque es posible verificar la existencia de dos tratamientos distintos que forman parte de un mismo sistema legal, se trata de dos polos opuestos que conviven, que se solapan y que se desarrollan en un sólo escenario jurídico-penal, dos tendencias antagónicas que se superponen, que se entremezclan, que pueden combinarse o interactuar en un solo supuesto de incriminación. Eso es así porque, como explica JAKOBS, ambos esquemas de intervención penal no se dan en la praxis de un modo puro, sino que más bien sus respectivos rasgos o manifestaciones suelen aparecer simultáneamente en el tratamiento de un mismo delito o sector criminal, aunque es verdad que sobre determinados ámbitos delictivos, como el narcotráfico y el terrorismo en particular, y la delincuencia organizada en general, la balanza se inclina, y de manera considerable, hacia el Derecho penal del enemigo.¹

Así pues, el Derecho penal del ciudadano se constituye como un esquema de regulación penal que confiere al autor o presunto autor de un delito un tratamiento que se ciñe a los criterios que informan el Derecho penal del Estado de Derecho, lo que conlleva

¹ Véase JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2006, pp. 23 y 24.

el reconocimiento de su condición de “persona o ciudadano”, o lo que es lo mismo, el respeto de cuantos derechos y garantías sustantivas y procesales ordena dicha configuración estatal. En esta medida, la acción delictiva es percibida como un quebrantamiento puntual del sistema penal, como una irritación aislada u ocasional,² como un desliz reparable³ o, inclusive, como un simple error,⁴ de modo que respecto de su autor todavía se mantiene la confianza en que, en el futuro, se conducirá con fidelidad a la norma.⁵

En contraposición a este modelo, aparece el Derecho penal del enemigo, que es una estrategia legislativa dirigida a ciertos sujetos que son identificados como tales, individuos que, en consecuencia, son despojados del estatus de persona y, por consiguiente, de una serie de derechos y garantías que, por mandato universal, son inherentes a todo ser humano. De acuerdo con la descripción de JAKOBS, ello se debe a que el sistema identifica en el enemigo una clara tendencia a la comisión de delitos o, si se quiere, su predisposición a quebrantar el orden establecido, lo que ocasiona que de él presuma que ya no cumplirá con la expectativa de un comportamiento personal en lo fundamental. Por eso se le considera enemigo, al que hay que declarar la guerra, al que hay que derrotar, al que hay que neutralizar por distintas vías para bloquear el permanente estado de trasgresión a la norma penal que de él se infiere.

Conforme a la visión de JAKOBS, los rasgos preventivos del Derecho penal del enemigo se reflejarían en la configuración formal de los tipos penales con la criminalización en estadios muy previos a la lesión del bien jurídico, tan previos que se diluirían los límites del *ius puniendi* estatal, siendo la manifestación más representativa y preponderante de este adelantamiento de la intervención penal la utilización de delitos de peligro abstracto. Ese sería el caso, según el penalista alemán, de la punición de conductas tan alejadas de producir lesión al bien jurídico como la mera

fundación o constitución de organizaciones o grupos criminales,⁶ lo cual implicaría una injerencia estatal en la esfera privada de las personas y un retroceso al Derecho penal de autor, quedando vulnerados, como indicador de ello, principios tan elementales como el principio del hecho y el principio de ofensividad.⁷ Lo anterior vendría acompañado de la intensificación desmedida del rigor punitivo y, por ende, de la trasgresión al principio de proporcionalidad.⁸ Éste sería el único recurso del legislador tras haber perdido el interés por reinsertar a los autores de esta clase de acciones criminales, dada la presunción sobre ellos acerca de su manifiesta peligrosidad y renuencia a desvincularse de un incesante estado de contravención al orden penal. Mejor optaría por aumentar, hasta el máximo posible, las penas privativas de libertad a fin de neutralizar al sujeto etiquetado como enemigo y así evitar su reincidencia en el futuro. La pena se orientaría, pues, antes que a la prevención especial, a la inocuidad de los enemigos, a la segregación de todos aquellos que ya no garantizarían un comportamiento personal conforme a Derecho y por eso serían enemigos, a los que ya ni siquiera se les reconocerían los derechos y garantías más elementales.

Todo lo anterior evidenciaría que la expresión “lucha” o, incluso, “guerra” contra determinados tipos de criminalidad no es sólo cuestión de palabras sino de contenidos; y también así lo demostrarían las medidas de persecución, investigación y enjuiciamiento criminal que son empleadas contra las formas de delincuencia que son fijadas como objetivo en esta “guerra”. De hecho, se alude a la existencia de un “Derecho procesal penal del enemigo”,⁹ que destacaría por la supresión de los componentes procesales esenciales para el funcionamiento de la maquinaria garantista que ordena el Estado de Derecho, porque, en esta guerra, derechos tan básicos para el sujeto procesal o sometido a investigación como el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones, el

² Véase JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, trad. PEÑARANDA RAMOS, E./SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M., Madrid, 1997, p. 299.

³ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., p. 36.

⁴ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., p. 47.

⁵ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., p. 37.

⁶ Véase JAKOBS, G., “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal de enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II, Buenos Aires, 2006, pp. 109 y ss.

⁷ Véanse JAKOBS, G., “Criminalización...”, ob. cit., pp. 293 y ss., y particularmente, pp. 294, 298 y 299; del mismo, “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., pp. 61 y 62.

⁸ Véase JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., pp. 41 y 42.

⁹ AKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., pp. 44 y ss.

La desproporción en el ámbito del tráfico de drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas

derecho a no recibir tratos crueles e inhumanos (como la detención en régimen de incomunicación) y la presunción de inocencia dejarían de tener vigencia en aras de la seguridad. Se trataría, por lo tanto, de una línea político-criminal centrada en etiquetar (estigmatizar) a ciertos individuos como posibles peligros sociales para justificar su “inocuidad” en cualquier etapa y forma en que el poder punitivo del Estado pueda desplegar sus efectos sobre ellos.

Conviene insistir, no obstante, que tanto el Derecho penal del ciudadano como el Derecho penal del enemigo, a pesar de su utilidad conceptual a los efectos de analizar y valorar las modernas tendencias legislativas, son dos tipos ideales que, en Derecho positivo, difícilmente se desarrollarán de un modo puro, siendo lo común, en cambio, que se combinen o que se mezclen, sin perjuicio de que existan supuestos de tratamiento penal en los que se acentúe el Derecho penal del enemigo. Tomarlo en consideración otra vez tiene importancia, por cuanto que JAKOBS precisamente llama la atención respecto de la contaminación que ha venido sufriendo el Derecho penal (del ciudadano) debido a que en él se han venido integrando distintas disposiciones y figuras delictivas que reflejan una clara injerencia estatal en la vida privada de las personas, que vulneran sus principios informadores y cuya finalidad prioritaria no es otra que la de neutralizar a individuos que son identificados como fuentes de peligro. Lo anterior no sería más que la descripción de una línea político-criminal si no fuera porque el penalista alemán viene a proponer, antes que la eliminación de esas medidas penales contrarias al Estado de Derecho, su separación a un marco de regulación específico, aislado y diferente, en el que no existan restricciones para combatir a los sujetos peligrosos y sin que para dar cumplimiento a este objetivo tenga relevancia, inclusive, despojarlos de su condición de persona o, si se quiere, de su dignidad y de sus más elementales derechos.

Por esos cauces, a juicio de JAKOBS, debería conducirse la regulación del Derecho penal del enemigo, porque ello, según refiere, por lo menos supone un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva.¹⁰ Sostiene que sería menos peligroso, bajo el prisma del

Estado de Derecho, un Derecho penal del enemigo claramente delimitado, que entremezclar sus fragmentos con todo el Derecho penal.¹¹ Así llega a establecer que, en estas condiciones, el Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho, en la medida en que vincula a los ciudadanos y, exactamente, al Estado, sus órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos. Sin embargo, posteriormente matiza que el Derecho penal del enemigo no implica una regulación para la “aniquilación ilimitada”, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una *ultima ratio* que es aplicada de manera consciente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente.¹²

Pero, por mucha sutileza que se pretenda otorgar a esta clase de propuestas, ello no les resta ilegitimidad, al menos a mi juicio. En efecto, lo que a este respecto se pone de relieve es que las disposiciones que presentan los signos típicos de este esquema normativo son incompatibles con el Estado de Derecho; son, en definitiva, una anomalía desde el punto de vista de esta evolucionada estructura estatal y de ahí que deba exigirse con contundencia su eliminación de la legislación destinada a garantizar su funcionamiento. Así, desde la perspectiva del reconocimiento de los derechos fundamentales y de las garantías sustantivas y procesales, el Estado de Derecho no admite tratamientos diferenciados para sus destinatarios, puesto que, dada su condición humana (personas), son portadores de dignidad, de esos derechos fundamentales y de esas garantías penales y procesales, y ello, en ningún caso, porque un sistema decida concedérselos, sino por la elemental razón de que, por mandato universal, dicho sistema debe reconocer que les son inherentes.

Tampoco creemos que el hecho de trasladar el Derecho penal del enemigo a un marco de regulación específico para apartarlo del Derecho penal del ciudadano resuelva los problemas, pues aun así la disfunción permanecerá. Con esto, lo único que se conseguiría sería cambiar la ubicación del problema, toda vez que las medidas se seguirían aplicando dentro de un orden que las rechaza. En efecto, en sustancia, la transgresión del Estado de Derecho no cesaría; simplemente sería llamada de otra forma y se concentraría en un esquema normativo especial que continuaría ha-

¹⁰ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., p. 24.

¹¹ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, ob. cit., p. 55.

¹² Véase JAKOBS, G., “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio...”, ob. cit., p. 107.

bilitando la extralimitación estatal y tal vez con mayor crudeza. Además, previsiblemente, la estructuración de una legislación excepcional ni siquiera evitaría la propagación del fenómeno, pues además de otorgarle una pretendida legitimidad, la realidad prueba que, cualitativa y cuantitativamente, se trata de un fenómeno en expansión que hasta ahora no ha sido posible frenar. Menos aún habría garantía de que la vigencia de estas medidas excepcionales fuera limitada en el tiempo o transitoria, porque la experiencia también demuestra que esta clase de decisiones tiende a perpetuarse en el tiempo y que resulta muy difícil recuperar los derechos y garantías perdidos. En fin, con todo ello se seguiría dando respaldo legal a la extralimitación, y eso es lo que denuncia y pretende evitar, con acierto a nuestro juicio, la doctrina jurídico-penal mayoritaria.

En efecto, lo que se denuncia y se trata de impedir es que el Derecho penal del enemigo forme parte de la legislación y que se expanda progresivamente hasta ganar terreno al Derecho penal del ciudadano.¹³ Con razón se afirma que no basta con identificar aquellos sectores del Ordenamiento que responden a la lógica del Derecho penal del enemigo, sino que, adicionalmente, deben desaparecer.¹⁴ Además, ya sabemos que el hecho de permitir la posibilidad de dedicar un tratamiento de excepción —de por sí ilegítimo— a contadas manifestaciones delictivas, abre la puerta para que el problema se propague, se agudice y se establezca dentro de lo ordinario. Cabe considerar que una concesión de este tipo, por mínima que sea, no suele permanecer estática, siendo por el contrario lo común que sea el punto de inicio para ir obteniendo concesiones hasta asumir el formato como algo convencional; un problema crónico que difícilmente podrá reconducirse y, precisamente, de lo que se trata es de advertir la existencia del latente peligro de que ello se extienda a otros sectores delictivos —como ciertamente ha venido sucediendo— hasta el punto de que el Derecho penal del enemigo se convierta en una práctica habitual en las legislaciones penales y, entonces, el Estado de Derecho acabe siendo más una ilusión que una realidad.

En definitiva, el “Derecho penal del enemigo”, en principio, se configura como un Derecho penal de excepción, pero cada vez se generaliza más a otros

sectores, convirtiéndose en un fenómeno preocupante e insaciable que no se sabe dónde acabará ni al grado de retroceso histórico al que nos puede abocar. Se trata de un Derecho caracterizado por una anticipación llamativa de las barreras de protección penal, un Derecho que intenta adelantarse a la lesión del bien jurídico con un planteamiento ultra-preventivo: delitos de peligro abstracto, de riesgo remoto para los bienes jurídicos, en los que el juicio de peligro es establecido directamente por el legislador, sin que sea preciso verificar en el caso concreto que ha existido efectivamente ese peligro; lesión del principio de legalidad mediante tipos vagos e indeterminados; lesión del principio de proporcionalidad, mediante el establecimiento de penas que no se corresponden con la entidad del delito; asimilación de la participación y de la autoría, así como de la preparación, tentativa y consumación, a través de la multiplicación de los verbos típicos (por ejemplo, “el que promueva, favorezca, facilite...”); delitos imprescriptibles o con plazos de prescripción desproporcionados; figuras como el “agente provocador”, próximo a un inductor, el agente encubierto, que se introduce en la propia organización criminal, el denominado “arrepentido”, que frecuentemente, más que un verdadero arrepentido, es un resentido, por lo que sus declaraciones deberían ser tomadas con las debidas cautelas, etcétera.

Y la pregunta que hay que hacerse es si merece la pena acabar con los principios y garantías propios del Estado de Derecho de esta manera. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa, pues la respuesta positiva, en gran medida, es tanto como dar la razón a los llamados “enemigos del sistema”, que odian nuestro sistema de convivencia, quieren cambiarlo, y nosotros, de este modo, estamos cediendo a sus pretensiones, reduciendo los derechos y garantías individuales, auto-bombardeando los pilares básicos de ese sistema que decimos proteger, de manera que nuestro sistema se parece cada vez más a sus sistemas o subsistemas autoritarios o totalitarios, por lo que de algún modo nosotros mismos les estamos sirviendo “en bandeja de plata” que nos ganen la batalla. Lejos de intentar apuntalar, en la medida de lo posible, los cimientos de nuestro sistema de convivencia, aun asumiendo y ex-

¹³ Véanse MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo”, *Revista Penal*, núm. 16, 2005, pp. 123 y ss, sobre todo, pp. 135 y 136; QUINTERO OLIVARES, G., *A dónde va el Derecho penal: reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid, 2004, pp. 129 y 136; ZAFFARONI, R., *El enemigo en el Derecho penal*, México, 2007, pp. 23 y ss., entre otros.

¹⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal”, en AA.VV., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, ob. cit., pp. 978, 999 y 1000.

La desproporción en el ámbito del tráfico de drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas

plicando que ello tiene un precio, éstos resultan bombardeados por ambos lados, debido en gran medida a la irresponsabilidad de unos dirigentes políticos, integrados en unos partidos cuyo propio funcionamiento interno roza, cuando no supera, la anomalía democrática, prioritariamente interesados en mantener e incrementar el poder a toda costa y en defender sus propios intereses.

2. La lucha contra el tráfico de drogas

Las actividades relacionadas con el tráfico ilegal de drogas son uno de los ejemplos paradigmáticos y más claros del tratamiento penal y procesal penal al que nos hemos referido. En efecto, el marco de regulación penal que se dedica a la punición de las actividades relacionadas con el tráfico de drogas suele integrar disposiciones que encajan manifiestamente en las particularidades señaladas. Ello viene impulsado por la influencia que tiene la tendencia internacional sobre gran parte de los Estados, puesto que de forma paulatina se ha ido extendiendo el compromiso de los gobiernos de perseguir con rigor esta clase de delitos y sancionarlos con penas elevadas, lo cual, en buena medida, se desarrolla mediante instrumentos, tanto multilaterales¹⁵ como bilaterales,¹⁶ que regularmente se ciñen a la línea marcada por los miembros de la Comunidad internacional que mayor peso tienen en el escenario mundial. Y ya desde esta plataforma legal internacional se establece la idea de emprender una “lucha” o “combate” contra las drogas o, mejor, contra determinadas drogas.

Partiendo de esta base, y teniendo en cuenta el planteamiento descriptivo desarrollado por JAKOBS, resulta que el tratamiento penal destinado a la delincuencia relacionada con el tráfico de drogas suele caracterizarse por punir la fundación o constitución de organizaciones criminales, así como por intensificar el rigor punitivo sobre los jefes, encargados o administradores de la organización, y ello sin dejar de lado que la pena que comúnmente se aplica sobre los meros integrantes de esta clase de organizaciones delictivas ya es muy elevada. Además, si interpretamos que en el Derecho penal del enemigo se integran aquellas disposiciones que se extienden a todos los que se vinculen o que se sospeche que tienen vínculos con el ámbito delictivo que estigmatiza, entonces no existe inconveniente para clasificar dentro de dicho esquema normativo a la equiparación de la participación con la autoría y a la asimilación de la preparación, tentativa y consumación, pues también éstos son rasgos que frecuentemente presenta la legislación penal relativa al tráfico de drogas. Y sólo por citar algún ejemplo en el plano procesal, cabe aludir al método de investigación del agente encubierto, cuyo desarrollo queda formalmente habilitado por la combinación que se da entre la naturaleza del delito y su preparación y ejecución en el marco de una organización criminal, esto es, por el hecho de que concurren los elementos a partir de los cuales se configura la delincuencia organizada.

En definitiva, como se ha dicho, precisamente los delitos de tráfico de drogas son una de las manifestaciones más evidentes de este llamado “Derecho penal del enemigo”, de esta quiebra de los principios y ga-

¹⁵ Véanse, entre otros instrumentos, la “Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000 y abierta a la firma el 12 de diciembre del mismo año; la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, aprobada por la Conferencia en su sexta sesión plenaria, celebrada el 19 de diciembre de 1988; el “Convenio sobre sustancias psicotrópicas”, acordado en Viena el 21 de febrero de 1971; la “Convención única de 1961 sobre estupefacientes”, organizada en Nueva York el 30 de marzo de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972. Del marco jurídico de la Unión Europea, *vid.*, la “Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas”; la “Decisión 2003/847/JAI del Consejo, de 27 noviembre de 2003, sobre las medidas de control y las sanciones penales con respecto a las nuevas drogas sintéticas 2C-I, 2C-T2, C-T- y TMA-”; la “Decisión 2008/206/JAI del Consejo, de 3 de marzo de 2008, por la que se define la 1-benzilpiperacina (BZP) como una nueva sustancia psicotrópica que debe estar sujeta a medidas de control y sanciones penales”.

¹⁶ Véanse, por ejemplo, el “Acuerdo entre Los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España de cooperación en materia de prevención del uso indebido y lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, firmado en la Ciudad de México, el 6 de noviembre de 1997; el “Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América sobre cooperación para combatir el narcotráfico y la farmacodependencia”, celebrado en la Ciudad de México, el 23 de febrero de 1989; la “Iniciativa Mérida”, que constituye un acuerdo de cooperación bilateral entre México y los Estados Unidos de América celebrado en marzo de 2007, en virtud del cual ambas partes se comprometen a imprimir mayor eficacia en la lucha contra las organizaciones criminales y, especialmente, contra aquellas dedicadas al narcotráfico, al tráfico de armas, al tráfico de personas, a la realización de actividades financieras ilícitas y al tráfico de divisas; la “Segunda Reunión del Grupo de alto nivel”, de 23 de marzo de 2010, celebrada entre los presidentes de México y los Estados Unidos de América, que dio como resultado la “Declaración conjunta sobre cooperación bilateral contra la delincuencia organizada transnacional”.

¹⁷ AA.VV., en *Drogas: ¿Legalización? (Memoria del Simposio Internacional Argentina-España-México)*, UNAM, México, 2010, pp. 88 y ss.; LÓPEZ BETANCOURT, E., *Drogas. Su legalización*, México, 2009.



rantías penales, de esta lucha sin límites. Y la pregunta que hay que hacerse, sin más dilación, es si verdaderamente compensa. En este sentido, la doctrina especializada ya ha puesto de manifiesto, con numerosos datos y argumentos sólidos, que si el objetivo de esta política es erradicar el comercio y el consumo de estas sustancias, puede afirmarse llanamente que ha sido un fracaso.¹⁷ Además, el consumo y comercio de drogas han originado consecuencias sociales desastrosas: un grado de violencia inusitado, con innumerables muertos, corrupción política, daños a la salud pública derivados no sólo de los posibles efectos nocivos sobre la salud de los consumidores, sino en especial de las condiciones de clandestinidad que ha generado la prohibición (adulteración, desarrollo de sustancias sintéticas cada vez más potentes y tóxicas...). El problema ha alcanzado tales dimensiones, sobre todo en algunos países como México, que ya se está planteando si esta política de prohibición no está provocando más costes que beneficios, con una enorme asignación de recursos públicos con muy escasos resultados. Lo que se está planteando, dicho en palabras claras, no es otra cosa que la legalización de las drogas.¹⁸

Sin embargo, en mi humilde opinión, tampoco este debate puede plantearse en México de forma general o de forma aislada, pasándonos otra vez de un extremo a otro sin la debida reflexión. No puede resolverse de forma general en el sentido de que es preciso tener en cuenta los perfiles específicos del problema mexicano, es decir: creo que el debate de la legalización no puede plantearse aquí, al menos exclusivamente, en torno a las “drogas blandas”, fundamentalmente los derivados del cannabis, lo que resolvería poco o nada, sino que tiene que pasar por las llamadas “drogas duras”. Con ello no queremos decir que los recientes debates en México sobre la legalización del consumo de marihuana no supongan un avance, pero conviene situarlos en su justa trascendencia, entre otras razones para evitar una injusta y mayor frustración. Tampoco se puede obviar que este problema se encuentra íntimamente conectado no sólo con la salud pública, sino también con un gravísimo problema de criminalidad organizada; y mucho menos se puede dejarse de lado la vinculación con el grave problema de la corrupción pública, que

probablemente sea un presupuesto para abordar adecuadamente este y otros muchos problemas serios de México. Pero tampoco, como se ha dicho, el debate puede plantearse de forma aislada, en el sentido de que legalizar las drogas en México, mientras los países destinatarios y potenciales receptores de esas drogas, que proporcionan esos ingentes beneficios económicos, continúen en la ilegalización, previsiblemente no sólo no resolvería el problema principal y los graves problemas asociados al mismo, que ya hemos mencionado, sino que incluso podría agravarlos. En esta línea de pensamiento, GONZÁLEZ RUS ha afirmado que “la legalización solo es planteable en términos de mínima eficacia mediante una respuesta global, cuando todos los países, productores, distribuidores y receptores, lleguen a los acuerdos mínimos necesarios para una eventual legalización y regularización de los mercados. La respuesta aislada de un Estado es inútil desde un punto de vista global, y hasta contraproducente para los intereses directos del Estado que la asume”.¹⁹ Posiblemente sea por estos acuerdos por los que hay que luchar y dedicar los recursos necesarios, que no serán más que una cantidad insignificante frente al despilfarro de recursos públicos con escasos o nulos resultados que se está haciendo para intentar solventar un problema que no se resuelve. Tampoco sería comparable con el enorme gasto ineficaz e ineficiente que se viene haciendo hasta ahora, dedicar los recursos necesarios a la educación y concienciación realista de los daños derivados del consumo de drogas, así como a la investigación.

Pero también hay un coste, quizá menos visible, pero tanto o más trascendente que el coste económico de esta lucha sin límites, como lo es el coste en materia de derechos y garantías, el coste para nuestros sistemas jurídicos. Y la pregunta que se plantea, en este caso, es si merece la pena acabar con los principios y garantías propios del sistema democrático de Derecho a través de este enfoque del problema. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa, por varias razones: desde un punto de vista general, como se ha dicho, la respuesta positiva, en gran medida, es tanto como dar la razón a los llamados “enemigos del sistema”. Desde un punto de vista particular, referido al tráfico

¹⁸ Este debate, sin embargo, no es nuevo, y así, por ejemplo, FERRÉ OLIVÉ, a finales de los años ochenta del pasado siglo, ya se manifestaba favorable a la descriminalización con argumentos convincentes (FERRÉ OLIVÉ, J.C., “La descriminalización del tráfico y tenencia de drogas como alternativa político-criminal”, en *Lecciones y Ensayos*, núm. 52, Buenos Aires, 1989, pp. 11 y ss.).

¹⁹ GONZÁLEZ RUS, J.J., en *Drogas: ¿Legalización?* (*Memoria del Simposio Internacional Argentina-España-México*), cit., p. 99.

de drogas, como ya se ha puesto de manifiesto, si el objetivo de esta política criminal era el de erradicar el comercio y consumo de estas sustancias, como vía para acabar también con sus problemas asociados, puede afirmarse que ha sido un rotundo fracaso. Por lo tanto, por muy poco que se valoren los derechos, garantías y principios propios del Estado democrático de Derecho, se trata de un coste muy elevado, dados los escasos o nulos resultados, y no digamos ya dadas las consecuencias contraproducentes.

Pero dado que no es previsible, al menos a corto plazo, que esta política criminal vaya a cambiar en sus rasgos esenciales, también resulta conveniente hacer un planteamiento, no tanto de lo que sería más o menos deseable, sino de lo que podemos hacer con lo que tenemos. Es decir, ¿qué podemos hacer en nuestros contextos legales para tratar de abordar el problema sin ese profundo deterioro de nuestro sistema de derechos y garantías? Y en la respuesta a esta pregunta verdaderamente creemos que los jueces y tribunales pueden aportar y desempeñar un papel trascendental como muro de contención, en defensa de los límites del Estado democrático de Derecho. En efecto, con frecuencia, el asunto de la degradación de los derechos y garantías de los ciudadanos se plantea como una cuestión exclusivamente, o casi exclusivamente, legislativa, sin advertir el relevante papel que los aplicadores del Derecho, y en particular los jueces y tribunales, desempeñan y pueden desempeñar en este ámbito, con su connivencia o con su resistencia. Aunque pueda resultar evidente, del mismo modo que los efectos de un buen Derecho, ajustado a las exigencias de un Estado democrático de Derecho, pueden quedar seriamente cercenados por los aplicadores del mismo, sobre todo cuando operan sin ninguna responsabilidad en la práctica, como resulta demasiado frecuente, los efectos de un mal Derecho, con desajustes, pueden ser limitados de un modo relevante por los aplicadores del mismo. México ya ha dado un ejemplo con sus recientes resoluciones, hasta el punto de que el gobierno y la Cámara de Diputados han comenzado una serie de debates sobre la legalización de la marihuana, después de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación amparara a cuatro ciudadanos que pretendían sembrar, transportar y consumir cannabis con fines recreativos. A ese fallo, que ha empujado a posicionarse a la clase política, se sumó la otra resolución judicial que permitió en el país la entrada de un derivado del cannabis con

fines medicinales, sobre la base del caso de Graciela, la niña de ocho años que sufre constantes ataques de epilepsia.

Posteriormente, nos referiremos a la experiencia jurídica española, seleccionando, de entre la multitud de aportaciones jurisprudenciales, algunas que, a nuestro juicio, están en esta línea y constituyen un ejemplo del importante papel que a estos efectos pueden desempeñar los jueces y tribunales. Pero antes recogeremos la regulación de estos delitos en el Código Penal español, que, por otra parte, se encuentra en la línea de las restantes legislaciones penales europeas, que son fruto de los mismos tratados internacionales y, en tal medida, responden a principios similares y reflejan las mismas posiciones en lo esencial.

3. La regulación de los delitos de tráfico de drogas en el Derecho penal español

En el Código Penal español los delitos de tráfico de drogas se encuentran regulados en el Capítulo III (“De los delitos contra la salud pública”), del Título XVII (“De los delitos contra la seguridad colectiva”), del Libro II, a través de los siguientes artículos:

“Artículo 368:

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.

Artículo 369:

1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.^a El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.
- 2.^a El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.
- 3.^a Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.
- 4.^a Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.
- 5.^a Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.
- 6.^a Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.
- 7.^a Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.
- 8.^a El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.

2. [...]

Artículo 369 bis:

Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del valor de la droga cuando la

cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

- b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 370:

Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

- 1.º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.
- 2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.^a del apartado 1 del artículo 369.
- 3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito.

Artículo 371:

1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Conven-

ción de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de los géneros o efectos.

2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 369.2.

Artículo 372:

Si los hechos previstos en este capítulo fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo funcionario público, trabajador social, docente o educador; en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.

Artículo 373:

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 368 a 372, se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores.

Artículo 374:

En los delitos previstos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 301 y en los artículos 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los artículos 127 a 128 y a las siguientes normas especiales:

- 1.ª Una vez firme la sentencia, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.*
- 2.ª Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.*

Artículo 375:

Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los artículos 361 al 372 de este Capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

Artículo 376:

En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la

pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad.

Artículo 377:

Para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los artículos 368 a 372, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener.

Artículo 378:

Los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los artículos 361 al 372 se imputarán por el orden siguiente:

- 1.º A la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios.*
- 2.º A la indemnización del Estado por el importe de los gastos que se hayan hecho por su cuenta en la causa.*
- 3.º A la multa.*
- 4.º A las costas del acusador particular o privado cuando se imponga en la sentencia su pago.*
- 5.º A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.”*

Con todo, resulta preciso reconocer que, a través de la reforma penal que entró en vigor en España el 23 de diciembre de 2010, se llevaron a cabo, entre otras, dos modificaciones en el art. 368 del Código Penal español, que, desde nuestro punto de vista, mejoraron la regulación anterior, aunque la regulación vigente todavía diste mucho de la perfección. En primer lugar, se redujo de nueve a seis años el límite máximo de la pena en el caso de drogas que causan grave daño a la salud, lo cual venía siendo una demanda más o menos explícita de la jurisprudencia española, que frecuentemente se resistía a semejante exceso, moviéndose en la mitad inferior de dicho marco penal. Esta reforma, que también tiene incidencia en las agravantes específicas de los arts. 369 –pena superior en grado– y 370 –pena superior

en uno o dos grados–, así como en todos aquellos supuestos en que sea preciso tomar como referencia el marco penal del art. 368, supuso una mejora de la regulación, no sólo desde el punto de vista del mandato de determinación, al limitar la llamativa amplitud del marco penal, sino también desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, pues no puede dejarse de advertir la distorsión valorativa que supone castigar estos delitos con penas próximas al homicidio o, incluso, al asesinato. También se incluyó la cláusula contemplada en el párrafo segundo del art. 368 CP, que faculta a los tribunales para imponer la pena inferior en grado a las señaladas, en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, salvo que concurriera alguna de las agravaciones referidas en los arts. 369 bis y 370. Aunque pueda resultar discutible el carácter facultativo de esta atenuación (“*los tribunales podrán*”), pues las circunstancias discrecionales siempre comportan un riesgo de fomentar la desigualdad, es positivo que, al menos, ya se contemple esta posibilidad. Como efecto reflejo, también resulta positivo que se incrementaran las posibilidades de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (arts. 80 y ss. del Código Penal español), evitando en mayor medida un ingreso en prisión que raras veces produce el efecto deseado desde el punto de vista preventivo especial, cuando no genera el efecto inverso al pretendido.

4. Algunos ejemplos de resoluciones relativas al tráfico de drogas en la jurisprudencia española

Como es sabido, uno de los límites esenciales al *ius puniendi* es el principio de legalidad, como límite sustancial derivado de la consideración del Estado como Estado de Derecho (art. 25 de la Constitución española y arts. 1 y ss. del Código Penal español). Pero junto con este límite al *ius puniendi*, absolutamente necesario pero eminentemente formal, resultan imprescindibles otras restricciones de carácter material, esto es, relativas al contenido de la potestad punitiva del Estado, para evitar que el papel activo que ha de desempeñar el mismo en la protección de la convivencia social se convierta en un intervencionismo opresivo y antidemocrático, cuando no en un efecto perverso desde una perspectiva político-criminal global. En este ámbito debe tenerse en cuenta, especialmente, el denominado principio de ofensividad, lesividad o prin-

La desproporción en el ámbito del tráfico de drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas

cipio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que puede verse como una implicación del Estado social y democrático de Derecho, y en cuya virtud todo delito debe de comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.²⁰

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias en España estiman que el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico de drogas es la salud pública, como bien jurídico de carácter colectivo.²¹ Ello nos introduce en la cuestión de los bienes jurídicos colectivos, cuya protección, actualmente, aparece como una exigencia en el marco del desarrollo del aspecto social del Estado. Sin perder el necesario equilibrio, hoy día el Derecho penal, junto con las restantes ramas del Derecho, y con respeto al principio de intervención mínima o de menor injerencia posible, también está llamado a intentar proteger de un modo eficaz esta clase de bienes jurídicos. Actualmente, no se discute que el Estado, en su dimensión social, está obligado a tomar las medidas necesarias para tutelar la salud pública. Asimismo, es algo comúnmente asumido que dicha tutela ha de llevarse a cabo también a través del Derecho penal, aunque en todo caso, insistimos, de forma acorde con el principio de intervención mínima, que implica que el Derecho penal únicamente debe

intervenir en los casos de ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes. La salud pública se configura, así, como un bien jurídico colectivo digno de protección penal.

Por otra parte, si bien vinculado con lo anterior, la doctrina mayoritaria estima que el denominado delito de tráfico de drogas se configura como un delito de peligro abstracto.²² En la misma línea se manifiesta la jurisprudencia mayoritaria y así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 444/2005 de 11 de abril señala que “*el delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión*”.²³ Este tipo de delitos, en los que el riesgo para el bien jurídico es remoto, puede plantear problemas desde el punto de vista del principio de ofensividad.

Por ello, no conviene confundir el peligro abstracto ni con la ausencia de verdadero peligro, ni con un pretendido peligro presunto, ni con un delito de simple desobediencia o formal. Ello ha terminado aceptándolo el Tribunal Supremo español, que, frente a cier-

²⁰ También para el Tribunal Constitucional español la protección de un bien jurídico es un requisito para la limitación de derechos constitucionales. En este sentido, la Sentencia 24/2004 de 24 de febrero señala: “[...] *la imposición de sanciones penales sólo puede considerarse proporcionada y constitucionalmente legítima, si resulta necesaria para proteger bienes jurídicos esenciales frente a conductas lesivas o peligrosas para los mismos [...]*”. Al bien jurídico generalmente se le atribuyen diversas funciones, como la función de límite frente al legislador ordinario, la función sistemática, la función de criterio de medición de la pena y la función de guía en la interpretación. Esta última función, como veremos, resulta clave en esta clase de delitos, permitiendo saber qué comportamientos quedan incluidos en el ámbito de aplicación de los preceptos y excluir las conductas que, aunque formal y aparentemente pudieran entrar en el amplísimo tenor literal de los mismos, son incapaces de afectar al bien jurídico protegido. Sin embargo, lo cierto es que las dificultades aparecen cuando se intenta concretar el concepto de bien jurídico, a los efectos de que pueda cumplir las funciones que tiene atribuidas, algo que, desde nuestro punto de vista, puede conseguirse razonablemente a través de la vinculación del bien jurídico con la Constitución. De esta forma, el ilícito penal puede concretarse únicamente en la lesión o puesta en peligro de un *valor constitucionalmente relevante* (vid, un desarrollo de esta postura en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “Bien jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, Madrid, 1991, pp. 5 y ss.).

²¹ Véanse, en este sentido, ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia, 2002, pp. 18 y ss.; JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas. I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Barcelona, 1999, pp. 33 y ss., quien se refiere también a otras posiciones doctrinales minoritarias que fueron manejadas ya hace años por la doctrina española y que hoy día ya están prácticamente abandonadas, como la relativa a la libertad del consumidor, al interés del Estado en la producción y el comercio de los estupefacientes e, incluso, a las tesis pluriofensivas, que mantienen que los delitos de tráfico de drogas sirven a la protección de varios bienes jurídicos, como la salud pública, intereses económicos y políticos o, incluso, la seguridad en general; SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, Madrid, 2000, pp. 54 y ss. Dicho bien jurídico encuentra reflejo en la Constitución española, algo que en nuestra opinión resulta esencial, como se ha señalado con anterioridad. Este reconocimiento se lleva a cabo, fundamentalmente, en el artículo 43, apartados 1 y 2. Con arreglo al apartado 1, “se reconoce el derecho a la protección de la salud”, y en el apartado 2 se establece que “*compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto*”. Este aspecto también es destacado por la Sentencia del Tribunal Supremo español de 5 de noviembre de 1990, al señalar que “*la salud pública, como uno de los valores esenciales comunitarios, está reconocida con carácter general en nuestra Constitución en sus artículos 43.1, 2 y 3 y 51.1 y en el Código Penal en los artículos que tipifican aquellas conductas que más gravemente la atacan*”.

²² Véanse, en este sentido, ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, cit., pp. 26 y ss.; JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas. I*, cit., pp. 44 y 45; SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, cit., pp. 70 y ss.

²³ En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo español, núms. 353/2007 de 7 de mayo; 77/2007 de 7 de febrero; 1243/2006 de 27 de diciembre; 131/2005 de 7 de febrero; 717/2004 de 3 de junio, entre otras.

tos excesos de antaño, ha ido evolucionando en una línea más ponderada. Así, ya la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 715/1993, de 25 de marzo, aclaraba que, *“aunque esté jurisprudencialmente reconocido que la figura del art. 344 constituye un delito de peligro abstracto, no cabe confundir ese peligro abstracto con un peligro presunto, pues ello vulneraría el esencial derecho constitucional a la presunción de inocencia. El peligro ha de ser siempre una potencialidad de daño, por lo que el peligro abstracto sólo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada con que se configura el tipo no están concretados o determinados –ni tienen por qué estarlo– los sujetos cuyo bien jurídico de la salud puede verse afectado por el agotamiento de la acción, pero no que pueda faltar la posibilidad remota del daño. Por ello, si en el caso concreto puede concluirse que no hay peligro efectivo para la salud de otras personas, faltará el sustrato de la antijuridicidad del acto, por lo que no se da en él la adecuación a tipo, pues de otro modo, lo que aparece construido por el legislador como un delito de peligro abstracto pasaría a convertirse en una figura de mera desobediencia y, por ende, sin contenido material de antijuridicidad”*. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 444/2005, de 11 de abril, señala que *“lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, razón por la cual deben quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido [...] desde el punto de vista de la antijuridicidad material lo que se requiere es que el hecho no sólo infrinja una norma sino que además produzca la lesión de un bien jurídico. En delitos como el tráfico de drogas, lo relevante es que, además de la infracción formal de la norma, pueda apreciarse un riesgo para el bien jurídico”*.²⁴

Las consideraciones anteriores comportan una serie de repercusiones importantes en la práctica. En primer lugar, al estimarse que la salud pública es un bien jurídico colectivo digno de protección penal y que nos encontramos ante delitos de peligro abstracto,

no se exige la lesión efectiva de la salud de ninguna persona concreta y determinada. Sin embargo, ello no implica que deje de exigirse un peligro relevante para el bien jurídico protegido. Con base en ello y en el método de interpretación teleológico, la jurisprudencia ha ido excluyendo del ámbito de aplicación de estos preceptos una serie de conductas que, aunque desde una perspectiva eminentemente formal pudieran ser subsumidas en los mismos, se estima que no ponen en peligro el bien jurídico protegido, por considerar que se trata de comportamientos socialmente aceptados, por estimar que el riesgo es insignificante, por no existir proporcionalidad entre el comportamiento realizado y la pena contemplada en la ley o por faltar la finalidad de traficar requerida por el tipo. Este efecto de exclusión se da en supuestos como el autoconsumo y consumo compartido, la invitación o donación a sujeto determinado, las entregas compasivas y la venta de una pequeña cantidad de droga.²⁵

En cuanto al autoconsumo, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 425/2011, de 23 mayo, aclara que *“existe jurisprudencia, asimismo bien conocida, que siguiendo las indicaciones del Instituto Nacional de Toxicología fija en 1.5 gramos diarios de cocaína la media de consumo del adicto; y existen sentencias, como la de este tribunal, de 18 de marzo de 2003, que admitió ese destino en el caso de tenencia de las dosis precisas para cubrir cinco días; y la n.º 584/2010, de 21 de mayo, que estimó la concurrencia de ese supuesto en un caso en el que lo incautado fueron 12.8 gramos de cocaína.*

Así las cosas, lo que hay es una cantidad de cocaína hallada en poder de un consumidor habitual, que, a lo sumo, cabría decir, está en el límite de lo admitido como acopio para el propio consumo. Es patente la ausencia en la conducta del ahora recurrente de dato alguno sugestivo de que estuviera implicado en actos de tráfico, sobre lo que nada consta. Y, por otro lado, la forma de presentación de la sustancia aprehendida tampoco es la propia –distribución en dosis de uso inmediato– de la que va comercializarse.

Por tanto, la conclusión más compatible con el principio de presunción de inocencia que cabe asociar a estos elementos de juicio es la representada por la dedicación de la droga a un uso personal. Pues mien-

— 24 En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo español núms. 1243/2006 de 27 de diciembre y 717/2004 de 3 de junio.

25 Véase DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en . ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (coord.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *El delito de tráfico de drogas*, Valencia, 2008, pp. 65 y ss.

La desproporción en el ámbito del tráfico de drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas

tras es evidente que aquel, siendo consumidor, precisaba de la misma, la importancia de lo aprehendido no lleva necesariamente, en términos de experiencia a inferir que traficase con ella, alternativa no abonada por ningún otro dato probatorio”.

En relación con el consumo compartido, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 493/2015, de 22 julio, señala: *“debemos de recordar que la doctrina del consumo compartido es de elaboración jurisprudencial y tuvo –y tiene– su origen en situación de consumos más o menos episódicos, con ocasión de celebraciones entre amigos, ya de por sí consumidores de las sustancias concernidas, que delegan en uno de ellos la compra de toda la sustancia para consumirla conjuntamente. Como puede observarse, se trata de casos en los que no hay riesgo de propagación o incentivación al consumo del no consumidor, y por tanto como proyección de la doctrina de que el simple hecho de consumir no es delictivo, se estaría extramuros de los verbos nucleares del art. 368 del CP, que se refieren a acciones destinadas a promover, facilitar o favorecer. En concreto, la Jurisprudencia de la Sala establece como elementos integradores de la doctrina de la atipicidad del consumo compartido los siguientes:*

- a) *Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, concepto que, ya lo anunciamos, ha sido suavizado. La razón de este requisito estriba en interdicción de facilitar el consumo a quien no es consumidor y ello no podría impedir la aplicación del art. 368 del CP. Se estaría ante un acto tan patente, acto de promoción o favorecimiento. A esta exigencia hacen referencia sentencias tales como las de 25 de Junio de 1993, 3 de Marzo, 3 de Junio y 25 de Noviembre de 1994, 27 de Enero, 3 de Marzo de 1995, 20 de Julio de 1999, 13 de Diciembre de 2001. No obstante, dentro del concepto adictos deben entenderse los consumidores habituales de fin de semana, singularmente en los casos de drogas sintéticas (MDMA, MDA) en los que el patrón de consumo más habitual responde al consumidor de fin de semana, en el marco de fiestas o celebraciones entre amigos.*

En efecto, que la exigencia de que el grupo de consumidores hayan de ser adictos, enten-

diendo esta palabra como “consumidor de fin de semana”, un patrón de uso que no exige la condición de drogadicto strictu sensu, ha sido el criterio sostenido por la jurisprudencia de esta Sala –SSTS 983/2000 de 30 de Mayo, 237/2003 de 17 de Febrero, 286/2004 de 8 de Marzo, 408/2005, 225/2006 y 718/2006 de 30 de Junio–; esta última sentencia nos recuerda que la condición de consumidor esporádico de fin de semana (o con ocasión de algunos eventos) es la más usual y típica del consumo compartido. Ciertamente el mantenimiento riguroso del término “adicto” versus drogodependiente supondría prácticamente el vaciamiento de la doctrina del consumo compartido.

- b) *El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente.*
- c) *La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser mínima como correspondiente a un normal y esporádico consumo –SSTS de 25 de Junio y 10 de Noviembre de 1993, 21 de Noviembre de 1994 y 28 de Noviembre de 1995–, en todo caso podemos citar que la STS 408/2005 estima consumo compartido la cantidad de 7.9 gramos de coca sin concretar concentración.*
- d) *La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes, perfectamente identificables por su número y condiciones personales, por lo que han de ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.*
- e) *Ha de tratarse de un consumo “inmediato” de las sustancias adquiridas –SSTS de 25 de Junio de 1993, 25 de Septiembre y 2 de Noviembre de 1995– y sin contraprestación especulativa de las sustancias adquiridas al efecto –SSTS de 16 de Junio de 1997 y 15 de Enero de 1998–.”²⁶*

²⁶ En cuanto a los polémicos “clubs de Marihuana”, sin embargo, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo español, núm. 484/2015, de 7 de septiembre, niega el consumo compartido, argumentando, entre otras razones, que *“en el supuesto ahora analizado un reducido núcleo*

En cuanto a la venta de una ínfima cantidad de droga, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 482/2014, de 10 junio, aclara que “en la reunión del Pleno no jurisdiccional de esta Sala del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2003 se consideró necesario disponer de una referencia genérica para unificar las decisiones de los tribunales, y fue así como se dio publicidad a tal efecto a unas dosis mínimas psicoactivas que facilitó el Instituto Nacional de Toxicología: 0.66 a 1 miligramo de heroína; 50 miligramos de cocaína; 10 miligramos de hachís y 20 miligramos de MDMA. Estas pautas fueron ratificadas en otro Pleno posterior de 3 de febrero de 2005, en el que se acordó continuar manteniendo los parámetros referidos hasta que se produjera una reforma legal o se adoptaran otros criterios o una decisión alternativa.

En la sentencia de este Tribunal de 25 de junio de 2004, al tratar del concepto de mínimo psicoactivo y sus repercusiones penológicas con respecto al elemento objetivo del delito, se precisa que “los mínimos psico-activos son aquellos parámetros ofrecidos por un organismo oficial y de reconocida solvencia científica, como es el Instituto Nacional de Toxicología, que suponen un grado de afectación en el sistema nervioso central, determinando una serie de efectos en la salud de las personas, desde luego perjudiciales, al contener unos mínimos de toxicidad, y producen también un componente de adicción que ocasiona que su falta de consumo incite hacia la compulsión”.

Este Tribunal con relación a las situaciones en que la droga intervenida presenta una precaria toxicidad tiene reconocida la atipicidad de las conductas de tráfico cuando, debido a su absoluta nimiedad, la sustancia ya no constituya, por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo (SSTS 527/1998, de 15-4; 985/1998, de 20-7; 789/99, de 14-5; 1081/2003, de 21-7; y 14/2005 de 12-1). Y en otras ocasiones ha afirmado que deben quedar excluidas de la punición por este delito contra la salud pública aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice el comportamiento típico, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno

para el bien jurídico protegido. En este ámbito se ha hecho referencia en sentencias de esta Sala al principio de insignificancia: cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo (SSTS 1441/2000, de 22-9; 1889/2000, de 11-12; 1591/2001, de 10-12; 1439/2001, de 18-7; y 216/2002, de 11-5).

En los últimos tiempos, las sentencias de este Tribunal han matizado el uso del término “insignificancia” por generar cierta inseguridad en la aplicación de la norma penal y lo han sustituido por el término “toxicidad”, de manera que lo que caería fuera del tipo penal serían las transmisiones de sustancias que por su falta de lesividad no entrañaran el riesgo abstracto de su transmisión a personas; y también se ha advertido que la doctrina de la atipicidad ha de aplicarse de forma excepcional y restrictiva, y concretamente en los supuestos en que la desnaturalización cualitativa o la extrema nimiedad cuantitativa de la sustancia entregada determina que esta carezca absolutamente de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal (SSTS 602/2007, de 4-7; 936/2007, de 21-11; 182/2008, de 21-4; 278/2009, de 18-3; 273/2009, de 25-3 ; 464/209, de 28-4; y 640/2009, de 10-6). En este contexto, se sigue operando con los criterios establecidos en el Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2003, y así lo constatan las sentencias absolutorias que se vienen dictando en los casos en que la droga intervenida carece de la mínima toxicidad (SSTS 936/2007, de 21-11; 1110/2007, de 19-12; 183/2008, de 29-4; y 1168/2009, de 12-11).

Sobre las entregas compasivas, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 857/2004, de 28 junio, señala que “ciertamente esta Sala (véase Sentencia 401/2002, de 15 de abril) ha considerado carentes de antijuridicidad y atípicas aquellas conductas de entrega altruista y sin contraprestación a familiares próximos o allegados de cantidades mínimas de drogas tóxicas con finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia a tales sustancias que los donatarios padecen. Igualmente se exige que no exista riesgo de

de personas organiza, y dirige la estructura asociativa. Disponen y preparan toda la intendencia, abastecimiento, distribución, control, cultivo, [...] y ponen tales estructuras al servicio de un grupo amplio e indiscriminado de usuarios que se limitan a obtener la sustancia previo pago de su cuota y de su coste. Eso es facilitar el consumo de terceros. Hay distribuidores –aunque sean también consumidores frente a simples consumidores receptores. Esa forma de distribución es conducta no tolerada penalmente”.

La desproporción en el ámbito del tráfico de drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas

transmisión de la droga a otras personas distintas del familiar al que iba destinada. Y en la Sentencia de esta Sala 84/1997, de 22 de enero se declara que el consumo se cierra en la persona del interno al que va destinada la papelina, que sería inmediato, sin que pueda afirmarse, por consiguiente, que exista peligro abstracto para la salud de indeterminados consumidores, no resultando afectada la salud pública, que es el bien especialmente protegido por esta figura delictiva.

Aplicando la doctrina que se deja expresada al caso que examinamos, nos encontramos ante la entrega de una cantidad mínima de heroína, concretamente 0.044 gramos puros de dicha sustancia, que el acusado realiza a su esposa cuando se encuentra detenida en dependencias policiales, habiendo manifestado que lo hizo para aliviar la drogodependencia que padecía, manifestación que no ha sido desvirtuada en las diligencias ya que ni siquiera se recibió declaración a la esposa del acusado en el acto del plenario ni se le sometió a reconocimiento médico.

Así las cosas, no puede descartarse que estemos ante uno de los supuestos excepcionales de entrega altruista y compasiva de sustancias estupefacientes sin contraprestación económica, por lo que procede estimar el recurso y dictar una sentencia absolutoria”.

La Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 581/1999, de 21 abril, absuelve en un supuesto de invitación de un toxicómano a otro toxicómano, aclarando que *“una consolidada doctrina jurisprudencial tiene declarado que siendo el bien jurídico protegido por este delito la salud pública, ésta no padece cuando no concurre el riesgo o peligro para la salud de terceros en el caso de consumo entre adictos, bien que esa jurisprudencia haya limitado sus efectos a [...] cantidades disponibles por los copartícipes que no rebasen los límites de un consumo normal e inmediato...”* –SSTS 1923/1993, de 21 de julio, 290/1994, de 9 de febrero, 1089/1994, de 27 de mayo, 1472/1994, de 16 de julio, 118/1995, de 27 de enero, 16 de septiembre de 1997 y finalmente la más reciente núm. 386/1998, de 11 de marzo–”.

Por otra parte, en lo que se refiere a la formulación de la conducta típica en los delitos de tráfico de drogas, con frecuencia se caracteriza por una enorme amplitud. Así, en el Código Penal español (art. 368)

se contemplan una serie de actos (“cultivo, elaboración, tráfico”, “posesión con aquellos fines”...) conteniendo una cláusula genérica que incluye a todos los que “promuevan, favorezcan, faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. Este tipo de formulaciones tan amplias, obviamente, están dirigidas a que no se escape nada ni nadie del ámbito de aplicación del precepto, es decir, todo aquel que de algún modo intervenga en este tipo de actividades realiza la conducta típica. Sin embargo, esta clase de formulaciones resultan objetables, fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, porque se trata de cláusulas excesivamente genéricas y difusas, carentes de la precisión que requiere la idea de seguridad jurídica y el principio de legalidad, y dentro de éste, el mandato de determinación o taxatividad; en segundo lugar, porque dificultan enormemente la posibilidad de admitir un grado de ejecución distinto a la consumación y una forma de contribución al hecho distinta de la autoría, equiparando valorativamente comportamientos que no pueden considerarse equivalentes. A ello se une el rigor punitivo con el que son tratados dichos comportamientos, con penas incluso superiores al homicidio. Sin embargo, en España ello ha forzado una reacción doctrinal y, en menor medida, jurisprudencial, en la línea de una interpretación restrictiva, tratando de dar cabida a las formas imperfectas de ejecución y a la participación y, en definitiva, intentando en lo posible que se respeten los principios básicos de Derecho penal (legalidad, ofensividad, proporcionalidad...).²⁷

Ciertamente, la tentativa en este delito es de difícil admisión, dada la amplitud en la configuración de la conducta típica por parte del legislador español. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 989/2004, de 9 septiembre, señala: *“la posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas, ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de tráfico de drogas establecido en el art. 344 del CP/1973 y en el 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción diri-*

²⁷ Véanse ACALE SÁNCHEZ, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, cit., pp. 30 y ss.; JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas*, I, cit., pp. 114 y ss.

gida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de ‘promover’, ‘facilitar’ o ‘favorecer’ el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal; habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado (SS. de 30-6-82, 21-1-88, 19-4-88 y 30-9-88; 15 y 21-3-89, 27-10 y 14-11-89; 4-3-92; 16-7-83; 30-5-94 y 8-7-94; 3-4-97 y 1567/1998 de 7-12-98, entre otras) ”.

Sin embargo, excepcionalmente, se ha apreciado la tentativa cuando el sujeto no ha alcanzado la posesión de la droga ni le fuera achacable cualquier forma de disponibilidad. En este sentido, admitiendo la tentativa, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 1179/2006, de 5 diciembre —que aprecia un supuesto de tentativa inacabada, “*dado que no llegaron a realizarse todos los actos que constituían el plan de los autores, puesto que no se llegó a pagar el precio, condición necesaria para la entrega de la droga*”—. También se ha admitido la tentativa inidónea, y en tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 1000/1999, de 21 junio, señala que “*ha de tomarse en consideración que el art. 16 del Código Penal 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo la expresión ‘objetivamente’ (‘practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado’). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor; ‘objetivamente’ considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Ello deja fuera de la reacción punitiva los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados ‘delitos putativos’ (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica; y, en general, los casos de inidoneidad absoluta. Ahora bien deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos que podrían calificarse de inidoneidad relativa —aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada— es decir aquellos en que los medios utilizados, ‘objetivamente’*

valorados ‘ex ante’ y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro). Se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva ‘ex post’ toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción. En el caso actual, y en general en todos los de ‘entrega vigilada’, el agente ha dado principio a la ejecución del delito, prestándose a colaborar con los destinatarios de la droga para procurársela, practicando parte de los actos que ‘objetivamente’ deberían conducir al fin planeado, que sin embargo no se alcanza por causas independientes de la voluntad de su autor: la intervención policial preventiva. En consecuencia procede estimar sólo parcialmente el motivo de recurso interpuesto, sancionando el hecho como tentativa”. En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo español, núms. 379/2000, de 13 marzo —en un caso en el que el acusado va recoger lo que cree que es droga y no es así— y 312/2008, de 5 junio —en un supuesto de entrega vigilada en el que los acusados se dirigen a recoger droga de una tercera persona que venía del extranjero, sin haber participado en los actos para traerla a España y sin que fueran ellos los destinatarios finales de la misma—.

En cuanto a la autoría y participación, como se ha señalado, la formulación tan amplia de la conducta típica por parte del legislador español también dificulta la posibilidad de admitir una forma de contribución al hecho distinta de la autoría. Sin embargo, excepcionalmente, la jurisprudencia española ha aceptado la complicidad o cooperación no necesaria, cuando se trata de una aportación de escasa relevancia, meramente secundaria. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 120/2008, de 27 febrero, recogiendo la doctrina de la Sala Segunda de dicho órgano jurisdiccional en esta cuestión, señala que “*en el delito del art. 368 del Código Penal al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor (SSTS 10.3.97 y 6.3.98). Por ello la doctrina*

La desproporción en el ámbito del tráfico de drogas: de las políticas legislativas a las soluciones aplicativas

de esta Sala STS 1069/2006 de 2.11, ha establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del art. 368 CP, y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino. Este criterio ha sido asumido y declarado en numerosas resoluciones de esta Sala, pudiéndose citar, entre otras, la de 25.2.2003, que comprende otras muchas y en la que se pone de manifiesto que, se ha admitido, conforme se expone en la sentencia de esta Sala de 14.6.95, la aplicación de la complicidad que permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, distinguiendo la del verdadero traficante de la del que presta a éste un servicio auxiliar. Es lo que se ha venido a denominar “actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico”, que no ayudan directamente al tráfico, pero sí a la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante la efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y trascendencia que exige el concepto de autoría. La sentencia de esta Sala 312/2007, de 20.4, enumera “ad exemplum” diversos casos calificados de complicidad: a) el mero acompañamiento a los compradores con indicación del lugar donde puedan hallar a los vendedores. b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía. c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas (STS 15.10.98). En el mismo sentido STS 28.1.2000. d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clave sobre el curso de la operación (STS 10.7.2001). e) facilitar el teléfono del suministrador y precio de la droga (STS 25.2.2003). f) realizar llamadas telefó-

nicas para convencer y acordar con tercero el transporte de la droga (STS 23.1.2003). g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico (STS 7.3.2003). h) colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma (STS 30.3.2004)”.

También en dicho ámbito puede destacarse la problemática del agente provocador, próximo a un inductor, y cuyo comportamiento se caracteriza por estar dirigido a que otro cometa un delito, pero no con la intención de que ello llegue a suponer la afectación al bien jurídico, sino con el exclusivo propósito de que el otro sea declarado criminalmente responsable de ello. Este comportamiento, que normalmente se realiza por parte de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, es frecuente en el tráfico de drogas. En el ámbito de la doctrina española, es mayoritaria la solución de no considerar como participe al agente provocador que, desde un inicio, dirige su voluntad y comportamiento a evitar la consumación del delito, de manera que puede decirse que en todo momento ha procurado impedir, a través de la adopción de medidas precautorias, la afeción del bien jurídico. Por eso, si dichas medidas de precaución fracasan y se produce el ataque al bien jurídico que implica la consumación, en ningún caso cabe pensar que el agente provocador haya incurrido en responsabilidad por un delito doloso consumado. Todo lo más podría incurrir en la responsabilidad propia de un autor accesorio de un delito imprudente, si de antemano le fue previsible que tal consumación no iba a poder evitarse.²⁸ La jurisprudencia española se manifiesta partidaria de absolver al agente provocador, si bien distingue entre los casos que denomina “delito provocado”, en los que se hace surgir la idea criminal en quien no estaba ya predisuelto, en cuyo caso se absuelve también al inducido, y los de “actuación del agente provocador” o “delito comprobado”, en los que sólo se trata de obtener la prueba de una actividad delictiva precedente y en los que el inducido incurre en responsabilidad criminal.²⁹

²⁸ Esta es la solución dominante a raíz de la aportación en esta materia de RUIZ ANTÓN, L.F., *El agente provocador en el derecho penal*, Madrid, 1982, pp. 278 y ss. Véase, también, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Madrid, 1986, pp. 536 y ss. En el ámbito del tráfico de drogas, véanse: GARCÍA VALDÉS, C., *El agente provocador en el tráfico de drogas*, Madrid, 1986, pp. 10 y ss.; JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas. I*, cit., pp. 288 y ss.; SEQUEROS SAZATORNIL, F., *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, cit., pp. 134 y ss.

²⁹ En este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo español núms. 975/2007, de 15 noviembre, y 781/2007, de 3 octubre, remitiéndose a otras muchas sentencias.

Desde el punto de vista subjetivo, en la medida en que no se contemplan de forma expresa modalidades imprudentes (art. 12 del Código Penal español) el legislador penal español requiere en este ámbito la presencia de dolo, es decir, conciencia y voluntad en la realización de los elementos objetivos del tipo. La falta de conocimiento de alguno de estos elementos da lugar a un error de tipo, en el que el sujeto cree que no concurren en su comportamiento todos o algunos de los elementos objetivos del tipo, cuando en realidad sí concurren. Aunque la jurisprudencia española raras veces aplica en este ámbito el error de tipo, puede encontrarse alguna Sentencia que sí lo ha apreciado. En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo español 2133/1994, de 9 de diciembre, y 849/1995, de 7 de julio, admitieron el error sobre la nocividad de la sustancia, estimando que en aquel momento los acusados no conocían que el MDMA o “éxtasis” pudiera causar grave daño a la salud, como también debería apreciarse, sin tantas reticencias, en los supuestos, no infrecuentes, de sujetos que trasladan droga sin saberlo. En efecto, no es ningún secreto que las denominadas “mulas” muchas veces son víctimas del engaño o de la pura instrumentalización, por lo que desconocen que están trasladando droga.

Por lo que se refiere a la antijuridicidad del comportamiento, en principio responde a las reglas generales, pudiendo operar una causa de justificación, como el estado de necesidad (art. 20. 5 del Código Penal español) o el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20. 7 del Código Penal español). Sin embargo, en cuanto al estado de necesidad, la jurisprudencia española se muestra reticente a su aplicación, rechazándose completamente en los casos de penuria o estrechez económica, por entender que el mal causado por tal clase de delito es superior al derivado de la precariedad económica del sujeto, y admitiéndose sólo excepcionalmente en su forma incompleta (art. 21. 1 del Código Penal español) en supuestos muy graves, como la necesidad urgente de operar a un hijo careciendo de medios económicos.³⁰ En el marco del cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, hay que tener en cuenta la denominada circulación o entrega vigilada de drogas, regulada en el art. 263 bis

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, y el agente encubierto, regulado en el art. 282 bis de la misma Ley. Estas figuras ha sido muy cuestionadas por parte de la doctrina, tanto desde el punto de vista de su fundamentación —la mayor eficacia en la lucha contra determinados delitos, aun a costa de renunciar a los principios básicos del Estado de Derecho—, como desde la perspectiva de su concreta configuración legal, excesivamente amplia e imprecisa.³¹

Por otra parte, la culpabilidad del sujeto no presenta especialidad alguna con respecto al que cometa cualquier otro delito. No obstante, sí merece una consideración la cuestión de la imputabilidad del traficante que además es consumidor o adicto a las drogas, muy frecuente en estos delitos, y cuya responsabilidad podrá quedar excluida o atenuada (cfr. arts. 20.2 y 21 del CP). En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo español núm. 1458/2006, de 21 junio, recogiendo la doctrina de la Sala Segunda de dicho Tribunal, señala: “*Es cuestión pacífica y reiteradamente admitida por la ciencia y por la doctrina jurisprudencial (Cfr. STS de 22-7-2005, núm. 961/2005; de 26 de marzo de 1997; de 5 de marzo, 27 de febrero y 20 de marzo de 1998, y 5 y 24 de febrero de 1999), haberse contemplado en el tratamiento legal de los efectos sobre la imputabilidad del adicto, los siguientes estadios: ‘a) El consumo de drogas tóxicas que ocasionen auténticas psicosis con la abolición completa del juicio y de la voluntad del agente, que eliminan la imputabilidad de éste. Para este supuesto sería aplicable el art. 20.1 CP vigente, o bien el art. 8.1 CP anterior; en cuanto uno y otro preceptos contemplan al autor de una conducta penalmente típica ejecutada con un grado de deterioro mental de tal envergadura que le impida conocer lo que hace o actuar de modo distinto. En estos casos, la exención de la responsabilidad del sujeto exige la acreditación no sólo de la toxicomanía del acusado, sino la constatación de que al momento de delinquir el déficit intelectual y/o volitivo de aquél era completo y absoluto, bien porque tal plena perturbación se hubiera instalado de manera estable en la psiquis de la persona, bien porque ésta hubiera actuado en dicho estado como consecuencia del denominado síndrome de abstinencia pleno (art. 20.2 CP), equiparable al trastorno mental transitorio*

³⁰ En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 1652/2000, de 30 octubre.

³¹ Véase GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid, 2004.

del antiguo art. 8.1 CP de 1973. b) Cuando la intoxicación no produzca plenos efectos sobre la capacidad de la conciencia y/o la voluntad del adicto, o cuando éste actúe bajo un síndrome de abstinencia limitado, teniendo la imputabilidad sensiblemente disminuida, aunque no anulada, sería aplicable la eximente incompleta del art. 21.1 CP vigente, o la misma del art. 9.1 CP derogado, debiéndose también haber quedado demostrado –normalmente, como en el caso anterior, con informes facultativos– el deterioro mental del sujeto al ejecutar el hecho ilícito. c) Para los demás casos la moderna doctrina de este Tribunal Supremo ha sentado el criterio, ya profundamente consolidado, de que puede aplicarse la circunstancia atenuante sin efectos privilegiados del art. 21.2º CP –o la atenuante analógica del art. 9.10 CP anterior– siempre que haya quedado suficientemente probado que el sujeto no sólo es un toxicómano, sino que se halla preso de una dependencia a sustancias específicas que, por su naturaleza, producen severos trastornos en los resortes psíquicos de la persona'. La STS de 16-5-2005, núm. 630/2005, explica que 'la mera condición de toxicómano no supone la apreciación de una atenuante o de una eximente. La atenuante del artículo 21.2ª exige que la adicción sea grave y además que tenga un efecto causal respecto del delito. Y las eximentes incompletas referidas al artículo 20.2ª exigen la existencia de una intoxicación o de un síndrome de abstinencia que afecten a las facultades del sujeto'. Esta doctrina jurisprudencial se manifiesta reiteradamente en multitud de resoluciones de esta Sala, como, entre muchas, la STS de 23 de junio de 2004, en la que se reitera que 'para que opere como eximente incompleta, se precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta' (STS 23-1-2006)".

También merece una consideración la eximente de miedo insuperable (art. 20.6 del Código Penal español), pues si bien es cierto que la jurisprudencia normalmente se muestra reticente a su aplicación, pueden encontrarse Sentencias que lo han apreciado, de forma completa o incompleta. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 340/2005, de 8 marzo, aprecia la eximente completa de miedo insuperable en un caso en el que el acusado "capitaneaba una embarcación de ocio y se dirigía desde la localidad colombiana de Cartagena de Indias hacia

las Islas Canarias. En ese contexto recibe la visita de unas personas que le exigen el transporte y le comunican datos de la vida privada de sus padres, que comprueba con una llamada a éstos quienes le afirman haber recibido la misma visita y el temor que les producía y la idea de que pertenecían a una organización terrorista". Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 778/2004, de 17 junio, lo aprecia como eximente incompleta en un supuesto en el que la acusada, deudora de unos peligrosos narcotraficantes, se prestó a transportar droga "para evitar que las amenazas de muerte sobre su persona, y de muerte y secuestro de sus hijas se hicieran realidad". También se admite como eximente incompleta por la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 1095/2001, de 16 julio, en un caso en el que los tripulantes de un barco acceden en alta mar a recoger cocaína por la orden del capitán de la embarcación, "cuya desobediencia podía conllevar serias consecuencias negativas". Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 1491/1999, de 25 octubre, lo admite como eximente incompleta en un supuesto en el que la acusada se prestó a trasladar droga "bajo amenazas y violencia física de su compañero, lo que alteró gravemente sus facultades volitivas". En la misma línea se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2479/1993, de 8 noviembre, en un caso en el que la acusada dona una papelina de heroína a un drogadicto que es conocido por ser un hombre difícil, conflictivo y de carácter violento cuando está bajo los efectos del síndrome de abstinencia. En esta cuestión, debe tenerse en cuenta que las denominadas "mulas" muchas veces son víctimas de graves amenazas hacia ellas y hacia sus familias, por lo que no les es exigible un comportamiento distinto.

En cuanto al error de prohibición (art. 14.3 del Código Penal español) también ha sido admitido excepcionalmente por el Tribunal Supremo español. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 25 marzo de 1993 admite un error de prohibición inenunciable (exclusión total de la responsabilidad criminal) en un supuesto en el que el acusado, "conocedor de la situación angustiosa que genera el síndrome de abstinencia y con el único propósito de evitarle los sufrimientos que le acompañan actuó de la forma que se describe en el antecedente fáctico de la sentencia recurrida, pretendiendo entregar a su hermano una bola conteniendo 0.0274 de heroína, cantidad que

revela por sí misma cualquier otro propósito que no fuera el de beneficencia". La Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 1426/2004, de 13 diciembre, en un supuesto de venta de golosinas con derivados de la marihuana a niños de siete y 14 años, ignorando la ilegalidad de la venta, pero sí conociendo la composición de lo que vendía, aprecia un error de prohibición vencible (atenuación de la pena). También la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 413/1994, del 1º marzo, aprecia un error de prohibición vencible (atenuación de la pena) en un supuesto en el que el

acusado, *"que por entonces consumía drogas, decidió adquirir una pequeña cantidad consistente en 0.5 gramos de hachís y 0.05 gramos de heroína, productos que destinaría una parte a su consumo y la otra parte para remitir junto con una carta a unos compañeros y amigos que se hallaban en el reformatorio, en la creencia de que la entrega de drogas a sus amigos no constituía ningún tipo de responsabilidad, ya que era lo que constantemente se realizaba en la galería del Centro Penitenciario al que acababa de ser trasladado"*.

Sobre la complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas (el caso Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana)

Gerhard Werle y Boris Burghardt

Universidad Humboldt-Berlín

RESUMEN: Los autores analizan la sentencia recaída contra Iwan Nikolai Demjanjuk, quien fue considerado cómplice en el exterminio masivo de personas. La comparan con los anteriores pronunciamientos de los tribunales de justicia alemanes. Proponen una revisión de la jurisprudencia que incorpora valoraciones jurídicas erróneas.

PALABRAS CLAVE: Iwan Demjanjuk, exterminio masivo de personas, complicidad.

ABSTRACT: The authors analyze the sentence issued against Iwan Nikolai Demjanjuk, who was considered an accomplice in the mass extermination of people. They compare it with previous pronouncements of the German courts. They propose a review of the jurisprudence that incorporates erroneous legal valuations.

KEY WORDS: Iwan Demjanjuk, mass extermination of people, accomplice.

SUMARIO: I. Introducción. II. La fundamentación de la punibilidad de Demjanjuk a título de complicidad. III. La sentencia contra Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia alemana sobre matanzas en campos de exterminio nacionalsocialistas. IV. Conclusión.

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

I. Introducción

El 12 de mayo de 2011, el segundo *Landgericht* (LG, Tribunal Estatal) de Múnich condenó a Iwan Nikolai Demjanjuk, quien se había dado como nombre John para su segunda vida en Estados Unidos, a una pena única de cinco años por complicidad en 16 casos de homicidio calificado, de los que resultaron un total de 28060 muertes.¹ Al mismo tiempo, el tribunal dejó sin efecto la orden de detención contra Demjanjuk y ordenó dejarlo en libertad luego de haber estado sujeto a prisión preventiva por dos años.² Antes de que el BGH (Tribunal Federal alemán) pudiera decidir sobre los recursos de revisión pendientes, que habían presentado tanto el condenado como la Fiscalía, Demjanjuk murió el 20 de marzo de 2012, a los 91 años, en Bad Feilnbach (Bavaria), donde permanecía en un asilo.

Los medios no tardaron en bautizar al proceso contra Demjanjuk como “el último gran proceso” contra criminales nazis.³ Algunos de los capítulos no tan conocidos del genocidio nacionalsocialista contra los judíos europeos, como la “acción Reinhardt”, el campo de exterminio Sobibór y los servicios de ayuda de los así llamados *Trawniki*,⁴ se instalaron en la conciencia pública a más de 60 años del fin de la guerra. El proceso se entendió también como una ocasión tardía de examinar las pasadas omisiones de la República Federal Alemana y de su justicia en cuanto al tratamiento que le dio a los crímenes nacionalsocialistas. Que la ocasión para dicho examen fuera justamente el proceso contra un prisionero de guerra ucraniano —el pez más pequeño entre los pequeños—⁵ que sin perjuicio de su propia responsabilidad fue también víctima de los nacionalsocialistas,⁶ fue comentado amargamente por algún observador. Christiaan F. Rüter, editor de la serie *Justiz und NS-Verbrechen* (Justicia y crímenes del nacionalsocialismo), hizo rudos comentarios ya

con ocasión de la acusación. Manifestó que para él resultaba incomprensible cómo cualquier persona que conociera la jurisprudencia alemana hasta ahora podía opinar que Demjanjuk podía ser condenado con las pruebas en las que se basaría el proceso.⁷

De hecho, ya antes del inicio de la audiencia de juicio era previsible que una condena sin la confesión de Demjanjuk solamente podría fundarse en su utilización general como “voluntario” (*Hilfswilliger*) en Sobibór. La sala del *Landgericht*, competente para ciertos delitos especialmente graves (*Schwurgericht*), se apoyó finalmente también en la función del acusado para fundar la responsabilidad a título de cómplice. Esta forma de proceder se caracterizó reiteradamente durante el juicio como un terreno jurídico desconocido, al que recién se habría ingresado por parte de la Agencia Central de las Administraciones de Justicia Estatales para el Esclarecimiento de los Crímenes Nacionalsocialistas (*Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen*) con sede en Ludwigsburg, en concreto por el juez Thomas Walther, encargado de la investigación desformalizada contra Demjanjuk, en el año 2008.⁸ Porque hasta entonces habría valido, conforme a la jurisprudencia de la República Federal Alemana, que una condena requeriría de la prueba de un hecho delictivo concreto (*konkreten Einzeltatnachweis*) imputable a cada acusado.⁹ En su alegato final como representante del querellante (*Nebenklagevertreter*) Cornelius Nestler rebatió enérgicamente esa tesis.¹⁰ La fundamentación de la responsabilidad como cómplice de Demjanjuk no se fundaría en un *novum* jurídico, sino que se vincularía con una jurisprudencia que habría sido olvidada solamente por razones de oportunidad política. La inactividad de décadas habría sido una especie de “vuelo a ciegas” jurídico, sin bases en el derecho, en tanto que la acusación y condena de

¹ Segundo *Landgericht* (Tribunal Estatal) de Múnich, sentencia del 12.5.2011, rol de registro: 1 Ks 115 Js 12496/08, p. 4.

² Cfr. VOLK, *Das letzte Urteil, Die Medien und Demjanjuk*, 2012, p. 113.

³ Cfr. por ejemplo PROBST, *Süddeutsche Zeitung* del 6.10.2009; WEFING, *Der Fall Demjanjuk, Der letzte große NS-Prozess*, 2011.

⁴ Se conocía como *Trawniki* a prisioneros de guerra y personas sometidas a trabajos forzados que recibieron entrenamiento por parte de las SS (Escuadras de Defensa) para colaborar en los campos de concentración y en llevar a cabo el genocidio. En su mayoría se trataba de ucranianos y los así llamados “alemanes étnicos” (*Volksdeutsche*) de la Unión Soviética. La denominación tiene su origen en el campo de *Trawniki* —donde tenía lugar el entrenamiento— que se ubicaba aproximadamente a 40 kilómetros al este de Lublin.

⁵ Así, RÜTER, cfr. *Der Spiegel*, 12/2009, p. 155.

⁶ Cfr. BENZ, *Einsicht 02* (2009), 32, 36, quien con razón se refiere a un cambio de trinchera, ahora del lado de los autores.

⁷ Vid. http://www.phoenix.de/der_fall_ivan_demjanjuk/276629.htm o http://de.wikipedia.org/wiki/Christiaan_F._Rüter. Cfr. también RÜTER/BÄSTLEIN, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2010, pp. 92 y ss.

⁸ Así, por ejemplo, el *SZ-Magazin* (revista del periódico *Süddeutsche Zeitung*), 13.4.2010, p. 15; WEFING (nota 3), p. 96.

⁹ Cfr. por ejemplo VOLK (nota 2), p. 26, que se refiere erradamente a una comprobación de autoría individual (*Einzeltatnachweis*).

¹⁰ NESTLER, *Schlussvortrag im Strafverfahren gegen John Demjanjuk*, p. 10; disponible en <http://www.nebenklage-sobibor.de>.

Demjanjuk implicarían una vuelta a la valoración correcta de acuerdo a la dogmática jurídico-penal.¹¹ De manera similar ha argumentado recientemente el fiscal Thilo Kurz, asignado a Ludwigsburg, quien reclamó aplicar los mismos principios al personal del campo de concentración de Auschwitz.¹²

Esta contribución sitúa a la fundamentación de la punibilidad por complicidad en el proceso contra Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana en materia de los crímenes nacionalsocialistas y ofrece una valoración jurídica.

II. La fundamentación de la punibilidad de Demjanjuk a título de complicidad

El segundo *Landgericht* de Múnich comprobó que Demjanjuk llegó a Sobibór como *Trawniki* el día 27 de marzo de 1943, permaneciendo allí hasta mediados de septiembre del mismo año.¹³ El tribunal señaló que si bien no fue posible comprobar las actividades desarrolladas por Demjanjuk dentro del campo de concentración, se consideró el hecho de que el campo de Sobibór se habría dedicado exclusivamente a la matanza de judíos deportados. Los *Trawniki*—y por lo mismo también Demjanjuk—habrían colaborado en todas las fases del exterminio bajo las órdenes del personal alemán del campo.¹⁴ Se habrían repartido en tres turnos: uno de ellos habría estado dedicado a la seguridad externa del campo, otro habría vigilado las labores en el campo y el tercero habría permanecido de guardia. Los turnos habrían durado ocho horas y habrían rotado entre tres días de turnos de vigilancia y tres días de turnos de guardia. Al arribo de un transporte, los *Trawniki* se habrían ocupado de vigilar a los judíos que llegaban y a los prisioneros que estaban sometidos a trabajos forzosos, que consistían en “descargar” a los deportados, hacerlos pasar a las cámaras de gas, someterlos a gases letales, y luego el examen y la remoción de los cadáveres. Cada *Trawniki*—y por lo mismo también Demjanjuk—habría sabido que formaba parte de un aparato que no buscaba otra cosa que la manera más eficiente de matar al mayor número posible de personas. Además, todos los *Trawniki* habrían tenido conciencia de la manera en que los judíos eran exterminados, y de que esto acontecía exclusivamente por motivos de odio racial. Durante el

periodo de tiempo en el que Demjanjuk cumplió labores como *Trawniki* en Sobibór habrían arribado comprobadamente 16 transportes con 29 779 personas deportadas. De ellos, un total de 28 060 fueron asesinadas inmediatamente tras su llegada, ya sea en las cámaras de gas o a tiros.

Desde una perspectiva jurídica, el *Landgericht* valoró el sometimiento a gases letales como homicidio cruel por motivos bajos o innobles, y por lo mismo calificado como asesinato conforme al § 211 StGB (Código Penal alemán). El homicidio de todas las personas que compartieron un transporte fue valorado por la sala como una unidad de acción desde el punto de vista jurídico. En cada uno de estos actos habría colaborado Demjanjuk como cómplice, tanto de acuerdo al texto vigente en 1943 del § 49 StGB como de conformidad con el § 27 StGB actualmente vigente. Los principales hallazgos de la sentencia son, en este punto, que todos quienes formaban parte de la cadena de mando—comenzando con los miembros de la RSHA (Agencia Central de Seguridad Imperial) encargados de llevar adelante el exterminio de los judíos, pasando por los empleados ferroviarios, las personas en la administración del gobierno general, los directores de campos de concentración, los oficiales de la SS (*Schutzstaffel*, fuerzas especiales nazis), los oficiales de policía en los campos de concentración individualmente considerados y el personal de vigilancia directamente comandado por ellos—tenían, cada uno, una tarea asignada en la expulsión de ciudadanos judíos de Alemania, planeada y organizada desde Berlín, hacia los países ocupados y controlados por el ejército alemán; en su transporte en los campos de exterminio y—siempre que no fueran seleccionados para ser forzados a trabajar, lo que ocurría con un pequeño grupo de ellos—en su homicidio inmediato y organizado en las cámaras de gas, como en una línea de producción. Sostiene la sentencia que los tres campos de exterminio de Treblinka, Belzec y Sobibór sirvieron al solo propósito del asesinato masivo de la población judía de Europa, y que con ello toda actividad del imputado y de las demás personas que tenían a su cargo tareas de vigilancia era una promoción de la tarea principal del campo de exterminio. En ese contexto, daba lo mismo si debían vigilar los andenes de arribo del tren, guiar a los prisioneros hasta las cá-

¹¹ NESTLER (nota 9), pp. 21 y ss.

¹² KURZ, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013, pp. 122 y ss.

¹³ LG II de Múnich (nota 1), p. 32.

¹⁴ LG II de Múnich (nota 1), pp. 28 y s. Allí se encuentran también los antecedentes que se entregan a continuación.

Sobre la complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas

maras de gas, vigilar a los judíos que debían incinerar los cadáveres de los muertos, vigilar a los prisioneros sujetos a trabajos forzados para mantener el funcionamiento del campo y apropiarse de las pertenencias de los difuntos, controlar desde la torre de vigilancia para contrarrestar sublevaciones desde el interior o defenderse ante eventuales ataques de partisanos, o realizar el servicio de guardia de reserva para el caso de alguno de estos eventos. Sostiene el tribunal que el peso del actuar individual para el plan común no es relevante para satisfacer la tipicidad de la complicidad, sino que adquiere relevancia solamente para la determinación de la pena, y que, en particular, no es relevante una relación causal, en el sentido de que la contribución del cómplice deba originar la consumación del hecho principal.¹⁵

III. La sentencia contra Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia alemana sobre matanzas en campos de exterminio nacionalsocialistas

En esta contribución no hay espacio para situar concluyentemente la sentencia contra Demjanjuk en la jurisprudencia de la República Federal Alemana en materia de tratamiento penal que se ha dado a los injustos del nacionalsocialismo. Por eso se forman dos grupos de comparación más estrechos. En relación con el objeto del proceso se impone comparar, como primer paso, la resolución con otros procesos seguidos por la justicia de la República Federal Alemana por matanzas en los campos de concentración exclusivamente dedicados al exterminio. Entre ellos se cuentan, conforme a la investigación histórica, junto a Sobibór, los otros dos campos de exterminio de *Aktion Reinhardt*, Treblinka (II) y Belzec, además de Chelmno/Kulmhof.¹⁶ En un segundo paso, la comparación se amplía a los procesos por matanzas en los campos de concentración de Auschwitz y Majdanek/Lublin. Estos campos sirvieron también, pero no exclusivamente, al exterminio inmediato de los deportados. Desde el punto de vista personal, la comparación se limita a los procesos que

han tenido como objeto la valoración penal del personal que cumplía labores directamente en los campos de exterminio.¹⁷ Por último, se deja fuera del ámbito de comparación el proceso seguido en 1950, en Berlín Occidental, contra Erich Hermann Bauer, el “maestro del gas”, como fue apodado en Sobibór. La condena por el *Landgericht* berlinés tuvo como fundamento el artículo II, párrafo 1, letra c, y párrafo 2 de la Ley N° 10 del Consejo de Control Aliado de 20 de octubre de 1945.¹⁸ De allí que ese proceso sea difícil de comparar con otros seguidos por delitos ordinarios de homicidio de acuerdo con los §§ 211 y siguientes del StGB, con aplicación de las reglas comunes de participación contenidas en el mismo cuerpo legal.

1. La fundamentación de la punibilidad de miembros del comando de los campos exclusivamente dedicados al exterminio

En total, 11 procesos son atinentes a la valoración penal de las conductas de miembros del comando en los campos de exterminio de Treblinka, Belzec, Sobibór y Kulmhof. En todos los procesos es reconocible que el fundamento de la responsabilidad se enfoca desde dos perspectivas. Por una parte, considerando su función en los campos de exterminio, las salas especiales de los *Landgerichte* les atribuyeron a los acusados todos los homicidios que hubieran sido llevados a cabo allí durante el lapso de tiempo en el que hubieran trabajado en la maquinaria de exterminación masiva. Por otra, se constatan asimismo actos individuales concretos y se comprueba la colaboración del acusado respecto de esos actos.

Respecto de los homicidios en el marco del exterminio masivo y planificado, las salas especiales de los *Landgerichte* partieron de un hecho respecto del cual los acusados, por el ejercicio de su función en los campos, habían colaborado como coautores o cómplices dependiendo de la valoración su posición subjetiva respecto del acaecer global.¹⁹ Se condenó

¹⁵ LG II de Múnich II (nota 1), pp. 190 y s.

¹⁶ Cfr. por ejemplo BENZ/DISTEL, en BENZ/DISTEL (eds.), *Der Ort des Terrors*, t. 8, 2008, pp. 12 y s.; RÜCKERL, *NS-Vernichtungslager im Spiegel deutscher Strafprozesse*, 1977, p. 13.

¹⁷ También queda fuera del ámbito de la comparación, por la misma razón, el proceso contra los comandantes del campo de entrenamiento *Trawniki*. KARL STREIBEL y otros, que terminó con vergonzosas absoluciones; cfr. *Justiz und NS-Verbrechen*, tomo XLI, N° 833, pp. 57 y ss.

¹⁸ LG Berlín, sentencia de 8.5.1950, rol de registro: PKs 3/50, impresa en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. VI, N° 212, pp. 545 y ss.
¹⁹ Cfr. por ejemplo LG Hagen, sentencia de 20.12.1966, rol de registro: 11 Ks 1/64, impresa en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XXV, N° 641, p. 46; LG Düsseldorf, sentencia de 22.12.1970, rol de registro: 8 Ks 1/69, impresa en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XXXIV, N° 746, pp. 829 y s.; LG Fráncfort del Meno, sentencia de 8.7.1977, rol de registro: 4/73 Ks 3/50, impresa en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XLV, N° 885b, p. 741; LG Hagen, sentencia de 4.10.1985, rol de registro: 31 Ks 54/76, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XLV, N° 897, p. 802.

inicialmente por “asesinato en un número indeterminado de casos”²⁰ o “complicidad conjunta en asesinato (masivo)”²¹, de modo que por lo menos en la literalidad de la sentencia no había necesidad de identificar además específicamente los hechos individuales que estaban imputados.²²

Después de que el Tribunal Federal alemán (*Bundesgerichtshof*, BGH) tachara esta práctica de jurídicamente errada y requiriera de la sala del *Landgericht* la comprobación de un mínimo de víctimas que pudieran ser atribuibles a cada acusado,²³ la práctica se modificó en esos términos. En cuanto a los homicidios en el marco del exterminio masivo y planificado, las salas competentes de los *Landgerichte* basaban ahora sus decisiones en números mínimos de personas asesinadas en el lapso de tiempo en el que los acusados hubieran cumplido labores allí.²⁴ Para el tiempo en que hubieran estado fuera de servicio por vacaciones o enfermedad, lo mismo que para homicidios en exceso, la mayoría de las veces se llevaban a cabo deducciones globales.²⁵ Textos típicos de resoluciones eran entonces: “Se condena: [...] al acusado Ittner por complicidad mancomunada en el asesinato de una cantidad indeterminada de personas, por lo menos 68 000”.²⁶ O: “Se condena: [...] al acusado Lambert por complicidad mancomunada en el asesinato de por lo menos 300 000 personas”.²⁷

Las conductas individuales concretamente imputables sólo se valoraban como actos jurídicamente independientes y aparecían como tales en las senten-

cias, si se trataba de actos que tenían lugar fuera del plan de exterminio masivo y por cuenta propia.²⁸ Esto puede reconocerse con claridad en la sentencia de la sala competente del *Landgericht* en el gran proceso de Treblinka, que fue seguido en los años 1964 y 1965 ante el *Landgericht* de Düsseldorf contra Kurt Franz y otros. Allí, en las constataciones fácticas se distingue de manera explícita entre las actividades que en general correspondían a cada uno de los acusados, sus conductas individuales en el marco de los homicidios masivos y sus conductas individuales fuera de los homicidios masivos.²⁹ Solamente las conductas individuales que fueron llevadas adelante fuera del devenir acostumbrado del exterminio masivo se consideraron como actos jurídicamente independientes de éstos y fueron individualizadas como tales en la condena.³⁰ El acusado Franz, por ejemplo, fue condenado según esa lógica “por asesinato mancomunado de por lo menos 300 000 personas, por 35 casos de asesinato de por lo menos 139 personas y por tentativa de asesinato”.³¹ Al mismo tiempo, dentro de los procesos se puede comprobar una creciente inflexibilidad en los requisitos para dar por probada la participación individual en hechos individuales. En procesos posteriores, las salas especiales del *Landgericht* tendieron a declarar a los acusados inocentes de su participación en hechos individuales, siguiendo el principio *in dubio pro reo*, aun en caso de que las declaraciones de los testigos de las víctimas presentaran sólo inconsistencias menores, defectos en el ordenamiento temporal de los hechos o

²⁰ LG Fráncfort del Meno, sentencia de 25.8.1950, Rol de registro: 52 Ks 3/50, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. VII, N° 233, p. 277; LG Fráncfort del Meno, sentencia de 3.3.1951, rol de registro: 14/53 Ks 1/50, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. VIII, N° 270a, p. 261.

²¹ Cfr. LG Bonn, sentencia de 30.3.1963, rol de registro: 8 Ks 3/62, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XXI, N° 594b, p. 271; LG Bonn, sentencia de 23.7.1965, rol de registro: 8 Ks 3/62, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XXI, núm. 594a, p. 227. De manera similar LG Kiel, sentencia de 26.11.1965, rol de registro: 2 Ks 1/65, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, tomo XXII, núm. 603, p. 415.

²² De este modo, explícitamente, BGH, sentencia de 10.1.1952, rol de registro: 3 StR 672/51, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. VIII, núm. 270b, pp. 277 y s.

²³ BGH, sentencia de 25.11.1964, rol de registro: 2 StR 71/64, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XXI, N° 594c, p. 353.

²⁴ Cfr. a saber BGH (nota 23), pág. 353; primer LG Múnich, sentencia de 21.1.1965, rol de registro: 110 Ks 3/64, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XXI, núm. 585, p. 637; LG Hagen, sentencia de 20.12.1966, rol de registro: 11 Ks 1/64, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XXV, núm. 642a, p. 154 (acusado Wolf), p. 166 (acusado Ittner), p. 172 (acusado Dubois); LG Fráncfort del Meno (nota 19), p. 741.

²⁵ Cfr. a saber LG Düsseldorf, sentencia de 3.9.1965, rol de registro: 8 I Ks 2/64, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XXII, núm. 596a, pp. 178 y ss.; LG Düsseldorf (nota 19), p. 826.

²⁶ LG Hagen (nota 24), p. 60.

²⁷ LG Düsseldorf (nota 25), p. 20.

²⁸ Cfr. a saber, explícitamente, LG Hagen (nota 24), pp. 122 y ss. De otro modo, y jurídicamente errado sólo LG Múnich I (nota 24), p. 629.

²⁹ Cfr. a saber LG Düsseldorf (nota 25), pp. 49, 58, 63 (acusado Franz), pp. 98, 100 (acusado Matthes), pp. 108, 110, 117 (acusado Mentz), pp. 120, 122, 124 (acusado Miete). De manera similar, LG Hagen (nota 24), pp. 118, 126.

³⁰ Cfr. a saber LG Düsseldorf (nota 24), pp. 177 y ss., 180 y ss.

³¹ LG Düsseldorf (nota 25), Lfd. N° 596, p. 20.

Sobre la complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas

apariencia de tendencias incriminatorias. La lectura de esas valoraciones de la prueba es –en partes– difícilmente soportable.³²

En lo que toca a la participación general en la empresa de exterminio masivo, las salas especiales de los *Landgerichte* no dejaron en cambio dudas acerca de que toda actividad como miembro de los comandos de los campos de Belzec, Treblinka, Sobibór y Kulmhof fomentaba objetivamente los homicidios, y que los acusados actuaban con el dolo correspondiente. Solamente hubo absoluciones por estado de necesidad putativo. Ya en la sentencia de la sala especial del *Landgericht* de 1950 contra Hubert Gomerski y Johann Klier se dice con claridad ejemplar: “El campo Sobibór fue creado con el solo fin de dar muerte a un gran número de judíos”. La sala sigue: “Todos quienes trabajaban en ese campo –alemanes, ucranianos y judíos– tenían su tarea particular, sea que hayan participado inmediatamente de los homicidios o que hayan apoyado indirectamente las tareas del campo. Todas estas actividades fueron en último término causales para el resultado –la muerte de los judíos–, pues sólo por haber existido este conjunto de actividades fue posible el resultado”.³³ Esta argumentación la mantuvo la sala especial del *Landgericht* incluso para el Klier, quien hizo valer irrefutablemente que el “solamente” había trabajado en la panadería del campo y luego habría dirigido el “comando de los zapatos” (*Schuhkommando*), que se dedicaba a recolectar, seleccionar y almacenar los zapatos de los asesinados en las cámaras de gas. La sala especial del *Landgericht* hizo nuevamente hincapié en que “todas las personas que trabajaban en el campo de Sobibór eran engranajes de un sistema que tenía por única finalidad matar a judíos. Toda acción que se llevó a cabo en ese campo servía directa o indirectamente a ese fin. Todas esas acciones fueron necesarias para la operación del campo. De este modo, tanto la actividad del acusado Klier en la panadería como la actividad que tuvo a cargo de los zapatos fueron causales para el resultado”.³⁴

Dieciséis años después, en el gran proceso de Sobibór, la sala especial del *Landgericht* tampoco

dudó en clasificar como colaboraciones promotoras del resultado a aquellas que no estaban directamente vinculadas con la operación de exterminio, como por ejemplo el trabajo como tesorero o administrador del campo, o como responsable del abastecimiento de víveres y vestuario del personal del campo. La sentencia dijo sobre este punto:³⁵ “Allí donde ellos [los acusados] formaban parte de la organización de los campos, [...] todos contribuyeron a hacer posible, por su colaboración funcional, los asesinatos masivos contra los judíos, siendo su causa y promoviéndolos en inmediata cercanía al hecho”. Señaló la sentencia también: “Cada uno de [...] los acusados promovía el exterminio de tan descomunal cantidad de personas desde la función que le había sido asignada, una función que era muy cercana al hecho dentro de la organización de exterminio del campo, que era perfecta y se llevaba a cabo mediante la separación de funciones y que era estrictamente necesaria desde el punto de vista de la finalidad del campo y su realización; ninguno de los acusados era superfluo allí, [...] cada uno era un ‘engranaje en la maquinaria asesina’ del campo de Sobibór”. Expresó la sala además: “Cada uno de esos auxiliares puso de su parte para que las personas judías pudieran ser asesinadas de manera tan masiva en el campo, de modo de que para los demás era reconocible que promovían esos actos en conjunto. Sólo su actuar conjunto llevó a desarrollo perfecto de la acción exterminadora”.

El Tribunal Federal alemán confirmó esa argumentación en cuanto conoció de la revisión de esas sentencias. Particularmente destacable resulta en ese contexto lo dicho respecto de la sentencia de primera instancia de hechos en el proceso Kulmhof, que se llevó adelante durante los años 1962 y 1963 ante el *Landgericht* de Bonn contra 12 acusados. Ante la alegación por parte de algunos acusados de que se los habría condenado como cómplices mediando un error jurídico, porque ellos solamente habrían llevado a cabo acciones “que [...] se enmarcaban dentro de las tareas entonces asignadas a la policía de protección [*Schutzpolizei*]”, y por lo mismo habrían sido “valorativamente neutrales” y no podrían ser valoradas como fundamento de complicidad en un asesinato, el Tribu-

³² Cfr., a saber, LG Hagen (nota 24), pp. 145 y s.

³³ LG Fráncfort del Meno (nota 20), p. 281. Muy similar LG Fráncfort del Meno, sentencia de 3.3.1951, rol de registro: 14/53 Ks 1/50, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. VIII, núm. 270a, p. 269 y s.

³⁴ LG Fráncfort del Meno (nota 20), p. 286.

³⁵ LG Hagen (nota 24), pp. 217, 219, 220 y s. De manera muy similar LG Düsseldorf (nota 25), p. 187.



nal Federal alemán respondió claramente: “Conforme a lo constatado [...] ya por su pertenencia al comando especial que fue creado para el sólo fin de aniquilar a la población judía de Polonia y ciertos otros grupos de personas cuya vida era considerada fútil, los acusados han colaborado en el asesinato de las víctimas. La naturaleza de las tareas que les correspondió realizar a cada uno en la ejecución de acciones individuales deviene en razón de ello –por lo menos en este contexto– irrelevante”.³⁶ Tampoco en los procesos posteriores tuvieron éxito las revisiones fundadas en alegaciones contra la calificación del trabajo en campos de exterminio como complicidad en el asesinato masivo que se llevó a cabo en esos campos de exterminio.³⁷

2. El fundamento de la punibilidad de miembros del personal de los campos de concentración de Auschwitz y Majdanek

Nueve procesos se han ocupado de la valoración penal del actuar del personal de los campos de concentración y de algunos internos (*Funktionshäftlingen*) en Auschwitz y Majdanek. Las condenas en estos procesos sólo tuvieron lugar por hechos individuales respecto de los cuales la persona acusada había prestado una contribución. Las salas especiales de los *Landgerichte* valoraron como una acción en sentido jurídico “cada acción individual de exterminio por medio de la cual se dio muerte a un grupo de personas”.³⁸ A ninguno de los acusados se le asignó responsabilidad por todos los asesinatos llevados a cabo como parte de la empresa de exterminio masivo en el periodo en el que ejercieron sus funciones en Auschwitz o en Majdanek. Las salas especiales de los *Landgerichte* tampoco imputaron todas las muertes que tuvieron lugar durante ese tiempo como parte del acontecer normal en las secciones de los campos de concentración en la que trabajaba cada imputado. Una imputación mutua te-

niendo en consideración el actuar conjunto mediante la división de tareas fue aceptada por esos tribunales sólo para los homicidios en el marco de una acción homicida concreta.³⁹ Hasta donde es posible reconocer, solamente en el primer proceso de los que tuvieron lugar en Fráncfort sobre Auschwitz se llegó a considerar siquiera una responsabilidad más amplia. Siguiendo el parecer jurídico defendido por el fiscal general de Hesse, Fritz Bauer,⁴⁰ la Fiscalía invocó frecuentemente en este punto la función ejercida por el acusado en la operación del campo, y las obligaciones de servicio que ella conllevaba, para fundar el reproche individual por el hecho. De este modo, argumentaban que quien había pertenecido a la “Gestapo del campo” (*Lagergestapo*) habría participado en los procedimientos de selección actuando conforme al modo en el cual se tenían organizadas las funciones. Consideraban entonces prescindible la presentación de evidencia concreta acerca de cuándo en concreto cada acusado, respecto del cual estaba comprobada su pertenencia a la *Lagergestapo*, habría llevado a cabo efectivamente esa actividad. La sala especial del *Landgericht* bajo la presidencia de Hans Hofmeyer descartó, por el contrario, deducir de este modo, a partir del ámbito general del quehacer de un acusado, el modo en el que se lo había utilizado en concreto. Entonces, si bien constaba que el acusado Johann Schoberth había pertenecido a la sección política y que a los miembros de esa sección les correspondía llevar a cabo el así llamado “servicio de rampa” (*Rampendienst*), se determinó que era imposible concluir, por falta de pruebas específicas, que Schoberth en los hechos hubiera prestado en alguna ocasión servicios en la rampa.⁴¹ Muy similar es lo que se expresa respecto de Robert Mulka. El tribunal constató que el comandante del campo, Rudolf Höß, junto con su equipo, era responsable de organizar la descarga de los transportes de la RSHA que llegaban a Auschwitz.⁴² Sin embargo, a Mulka no se lo responsabilizó por organizar la des-

³⁶ BGH (nota 23), p. 352. Relacionado con lo anterior, LG Kiel (nota 21), p. 437.

³⁷ Cfr., a saber, BGH, sentencia de 25.3.1971, rol de registro: 4 StR 47-48/69, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XXV, núm. 642b, p. 248 (acusado Dubois).

³⁸ LG Fráncfort del Meno, sentencia de 19./20.8.1965, rol de registro: 4 Ks 2/63, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XXI, núm. 595a, p. 446. Confirmada explícitamente por el BGH, sentencia de 20.2.1969, rol de registro: 2 StR 280/67, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XXI, núm. 595b, pp. 881 y ss. Discrepante solamente LG Münster, sentencia de 29.11.1960, rol de registro: 6 Ks 2/60, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XVII, núm. 500, p. 40.

³⁹ Cfr. por ejemplo LG Düsseldorf, sentencia de 30.6.1981, rol de registro: 8 Ks 1/75, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XLIV, núm. 869, pp. 383 y ss.

⁴⁰ Cfr. BAUER, *Juristenzeitung* 67, pp. 625 y ss.

⁴¹ LG Fráncfort del Meno (nota 38), pp. 747 y s.

⁴² LG Fráncfort del Meno (nota 38), p. 435.

Sobre la complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas

carga de todos los transportes que tuvieron lugar mientras fue ayudante directo (*Adjutant*) de Höß. Solamente se le imputaron las muertes que ocurrieron en el marco del “despacho” de los transportes (como se llamaba a la operación que se realizaba al arribo de un transporte de personas al campo, en alemán *Transportabfertigung*), respecto de los cuales había pruebas de que él había prestado una colaboración individual, por ejemplo, en cuanto “había telefonado personalmente para notificar a las distintas secciones del campo del arribo de los transportes y había ordenado que tuviera lugar el servicio de rampa”.⁴³

Las salas competentes también fueron muy mesuradas a la hora de inferir, a partir de la prueba de que se había asumido una función determinada, que con ocasión de ello el acusado también hubiera necesariamente llevado a cabo las tareas propias de la función asumida. Particularmente expresiva resulta la jurisprudencia respecto del actuar de los médicos de las SS en los “servicios de rampa”. En el primer proceso de Auschwitz que llevó adelante la justicia federal alemana se comprobó que el acusado Johann Paul Kremer había tomado parte, como médico de las SS, en un total de 15 “despachos” de transporte (*Transportabfertigungen*), en “servicios de rampa” y había estado de hecho en la rampa. A pesar de ello, la sala competente no concluyó que, en ese contexto, Kremer hubiera participado en la selección de las personas aptas para trabajar.⁴⁴ La sala estimó que no se podía refutar al acusado que “cada vez, él habría llegado con algo de retraso a la rampa. A su arribo, la así llamada ‘selección’ ya habría estado siendo llevada a cabo, en ocasiones ya habría estado terminada. Entonces él se habría apartado hasta que se hubiera terminado ya de realizar la selección.” La sala resumió: “por lo mismo, la valoración de la pregunta de si acaso el acusado es culpable en el sentido de la acusación, dependía [...] de si los hechos ya expuestos más arriba —que el acusado, conforme a la planificación de los servicios, realizó servicios en la rampa y que realizar la selección pertenecía regularmente a las tareas los médicos que prestaban servicio a las SS— justifican la conclusión de que el acusado de hecho llevó adelante esa selección. Eso fue negado por la sala”.⁴⁵

Del mismo modo argumentó la sala competente en el primer proceso sobre Auschwitz seguido en Fráncfort respecto del acusado Willi Schatz. Señaló el tribunal que permanecería “la pregunta de si sólo a partir del hecho de que el acusado, Dr. Schatz, luego del anuncio de transportes de la RSHA, cuando le correspondía servicio en la rampa se trasladaba también hacia ella se puede concluir con seguridad que él también seleccionó a las personas judías que arribaban. Aunque esa conclusión resulta en cierta medida evidente, el tribunal no pudo llegar al convencimiento, con la seguridad requerida, de que esa conclusión fuera correcta en todo caso”.⁴⁶ La Fiscalía defendió la postura de que ya la presencia del médico sobre la rampa debiera valorarse como complicidad en la aniquilación masiva. La sala competente del *Landgericht* prefirió no decidir sobre el punto y eligió una solución a partir de la faz subjetiva del tipo: “No es necesario decidir si la sola presencia del acusado Dr. Schatz sobre la rampa [...] puede verse por si sola como una promoción de la acción de exterminio. [...] Aunque se vea en ese comportamiento por si solo [...] una promoción de las acciones de exterminio (lo que resulta dudoso desde la perspectiva de la sala competente), no se pudo comprobar al acusado [...] con seguridad que él tuvo la conciencia de haber contribuido causalmente a las acciones de exterminio por su sola presencia sobre la rampa”.⁴⁷ Del mismo modo fue valorada por la sala competente la circunstancia que Schatz alegara que “para no llamar la atención [...] caminaba un trecho al lado de las personas judías que eran llevadas a las cámaras de gas”. Allí no se podría constatar con seguridad el dolo de promover el delito de homicidio. El acusado “podía haber asumido que esa conducta era absolutamente irrelevante para el modo en que se llevaba adelante la acción de exterminio. [...] No necesariamente pensó que su presencia en la rampa o cerca de las víctimas que eran llevadas a las cámaras de gas, podría fortalecer psíquicamente, de algún modo, a los miembros de las SS que tenían a su cargo las acciones de exterminio. Por la función que él cumplía en el campo de concentración de Auschwitz, como pequeño e insignificante dentista, esto no era muy evidente”.

El Tribunal Federal alemán no solamente confirmó lo señalado por la sala competente del *Landgericht*,

⁴³ LG Fráncfort del Meno (nota 38), pág. 430. Cfr. resumidamente WERLE/WANDRES, *Auschwitz vor Gericht*, 1995, pp. 137 y s.

⁴⁴ LG MÜNSTER (nota 38), p. 17. Allí se encuentra también la cita siguiente.

⁴⁵ LG MÜNSTER (nota 38), p. 18.

⁴⁶ LG Fráncfort del Meno (nota 38), pp. 754 y s.

⁴⁷ LG Fráncfort del Meno (nota 38), p. 756. Allí se encuentra también lo que se expone a continuación.



sino que tomó la revisión solicitada por la Fiscalía como una ocasión para clarificar ciertos asuntos fundamentales: “Como muestran los ataques en contra la absolución del acusado Schatz, opina [la Fiscalía] [...], que todo aquel que formaba parte del programa de exterminio del campo de concentración de Auschwitz y de algún modo actuó en el marco de ese plan, habría colaborado objetivamente en los asesinatos y es responsable por todo lo ocurrido. Esta opinión no es correcta. Significaría que también una acción que no promoviera en modo alguno el hecho principal debiera ser castigada penalmente. Siguiendo esa lógica, también el médico que estaba a cargo de atender al personal de guardia y se limitó estrictamente a esa tarea, sería culpable como cómplice de asesinato. Lo mismo valdría incluso para el médico que haya tratado en el campo a internos enfermos y los haya salvado. Ni siquiera quien desde su posición hubiera puesto pequeños obstáculos al programa de asesinatos, aunque lo haya hecho de manera soterrada y sin éxito, estaría exento de responsabilidad penal. Esto no es admisible”.⁴⁸ Con ello, la posición conforme a la cual había sido posible pertenecer al personal del campo de concentración de Auschwitz o de Majdanek y llevar a cabo funciones dentro de estos campos sin haber por lo mismo promovido los crímenes que conforme al plan de trabajo de cada campo se consumaban, al menos en calidad de cómplice, fue confirmada por el más alto tribunal. Queda de manifiesto que por las cuatro décadas siguientes no fue cuestionada en la práctica jurídica. Su consecuencia fueron numerosas decisiones de sobreseimiento y absoluciones en aplicación del principio *in dubio pro reo*, cuando al imputado no se le comprobaba una colaboración concreta en el marco de una acción homicida también concreta.⁴⁹

3. ¿Restablecimiento de lo ya conocido o novum jurídico?

La comparación con los procesos anteriores ha mostrado que, en el caso Demjanjuk, el segundo *Land-*

gericht de Múnich en ningún caso ha penetrado en nuevo terreno jurídico en lo tocante a las valoraciones jurídicas centrales, sino que ha continuado con un camino que ya había sido trazado. La justicia de la República Federal alemana ha constatado desde siempre que toda función desempeñada en el funcionamiento de los campos de concentración de Treblinka, Belzec, Sobibór y Chelmno era complicidad en el asesinato masivo. La declaración principal podía resumirse diciendo que allí no había actividades neutrales.

Esta valoración fundamental fue confirmada en el proceso contra Demjanjuk. Ella es correcta y resulta de la aplicación de los fundamentos de la complicidad que desde hace tiempo están fijados por la jurisprudencia. Según ellos, se presta una colaboración por medio de cada comportamiento que promueve la comisión del hecho principal objetivamente de cualquier manera.⁵⁰ También se califica como un fomento relevante al hecho el tomar prevenciones para el caso de una urgencia, incluso si esa urgencia no llegara a presentarse en los hechos al momento de la comisión del delito.⁵¹ En el caso de formas de comportamiento que, miradas en sí mismas son cotidianas y permitidas, según la jurisprudencia la situación dependerá del conocimiento que tengan los partícipes: si saben que su actuar promueve la comisión del hecho principal, su acción pierde en todo caso su carácter de acción cotidiana.⁵²

Teniendo en consideración estos fundamentos, no puede haber dudas acerca de la calificación de cada tarea en el quehacer del campo de concentración como complicidad en los asesinatos masivos, ya que Treblinka, Belzec, Sobibór y Kulmhof servían a un único objetivo, que, como reza la sentencia del caso Demjanjuk, era “el asesinato, inmediato y organizado como en una cadena de montaje” de los deportados, con la excepción de algunos cientos de prisioneros destinados a trabajos forzados. El aparato de exterminio trabajaba de manera horriblemente eficiente: en Treblinka fueron asesinadas por lo menos 900 000 personas entre el 22 de julio de 1942 y el 21 de agosto de 1943,⁵³ en Belzec oficiales de la SS asesinaron, según sus propias cifras,

⁴⁸ BGH (nota 38), p. 882.

⁴⁹ Cfr., a saber, LG Fráncfort del Meno, sentencia de 26.2.1976, rol de registro: 4 Ks 2/73, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XL, núm. 829, pp. 779 y ss.; LG Düsseldorf, sentencia de 19.4.1979, rol de registro: 8 Ks 1/75, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XLII, núm. 852, pp. 781 y ss. KURZ (nota 12), p. 125, nombra algunos ejemplos de resoluciones de sobreseimiento (*Einstellungsverfügungen*).

⁵⁰ Jurisprudencia constante desde el Tribunal Imperial, RGSt 6, pp. 169 y s. A modo de resumen, se puede consultar WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Allgemeiner Teil*, número marginal 582.

⁵¹ Cfr. BGH, wistra 2012, pp. 180, 182; KÜHL, *Allgemeiner Teil*, § 20, número marginal 718.

⁵² BGHSt 46, pp. 107, 112.

⁵³ Cfr. LG Düsseldorf (nota 19), p. 822; BENZ, en BENZ/DISTEL (nota 16), pp. 407, 409.

Sobre la complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas

a 434 508 personas entre marzo y diciembre de 1942;⁵⁴ en Sobibór la cifra de los asesinados entre inicios de 1942 y fines de 1943 se calcula entre 150 000 a 250 000 personas;⁵⁵ en Chelmno, entre diciembre de 1941 y abril de 1943 fueron asesinadas por lo menos 150 000 personas, y entre el 23 de junio y el 14 de julio de 1944, lo fueron 7 176 personas.⁵⁶ Un requisito para el funcionamiento de esta maquinaria destructiva era el engranaje perfecto, mediante la repartición de trabajo, de todos los procesos de la organización. Ninguna labor en un campo de concentración era superflua, todas ellas servían a la promoción de la finalidad asesina global que no era desconocida para nadie que prestara servicios allí. Si se quiere hacer el ejercicio de imaginar un ámbito de acción lo menos comprometedor posible (porque el que haya habido ámbitos de acción exclusivamente alejados de los crímenes en la organización de los campos de concentración es ajeno a la realidad), incluso quien solamente se ocupara del abastecimiento de los funcionarios del campo y los prisioneros sometidos a trabajos forzados promovía el asesinato masivo conforme al plan, y no solamente porque de este modo se garantizaba la capacidad de prestar servicios de aquellos más directamente vinculados al quehacer asesino, sino también porque por medio de esa actividad liberaba capacidades de trabajo para su utilización directa en la operación de exterminio.

Por eso, finalmente es irrelevante que en el caso de Demjanjuk no se pudiera hacer constataciones más precisas acerca del ámbito de las actividades en el cual se desempeñó el acusado. Para la valoración penal del comportamiento de Demjanjuk como cómplice en los asesinatos masivos y planificados en Sobibór era prescindible la constatación de su ámbito de labores o incluso de la actividad que hubiera llevado a cabo en una situación concreta. Con la comprobación de que había estado en Sobibór como *Trawniki* estaba comprobado que Demjanjuk fue cómplice de asesinato, porque todas las actividades de los *Trawniki* en Sobibór promovían dolosamente los asesinatos masivos conforme al plan, y ningún *Trawniki* quedó inactivo en

Sobibór. La formulación conforme a la cual a Demjanjuk se le habría castigado solamente por su pertenencia a un grupo, los *Trawniki*, es por lo mismo errada. Lo correcto es señalar que la comprobación de haber trabajado como *Trawniki* en Sobibór alcanzaba para probar su culpabilidad en la promoción del aparataje de destrucción masiva. Demjanjuk fue castigado por su quehacer como *Trawniki* en el aparataje de destrucción masiva de Sobibór que —si bien no puedo ser constatada con más detalle— fue en todo caso promotora del hecho principal.

Con ello es accesorio lo que se entiende por hecho principal susceptible de admitir participación en sentido jurídico material. La sala competente del tribunal de Múnich defendió en este punto una postura distinta de las sostenidas hasta ahora en los procedimientos relativos a los campos dedicados exclusivamente al exterminio, y se orientó por la jurisprudencia desarrollada por el primer proceso de Fráncfort sobre Auschwitz y confirmado expresamente por el Tribunal Federal alemán, según la cual cada acción homicida sería un hecho independiente.⁵⁷ Si bien con ello se mutó el punto de referencia de la complicidad, lo comprobado en el caso Demjanjuk alcanzó, de todos modos, para constatar una complicidad en cada una de las 16 acciones de asesinatos masivos que se pudo comprobar que tuvieron lugar en Sobibór en el periodo en el que Demjanjuk trabajó allí. Porque en todo caso, cuando arribaba un gran transporte ningún miembro del personal del campo ni del personal de vigilancia estaba autorizado para abandonar el campo. Quien no servía actualmente en el “despacho” del transporte (*Transportabfertigung*), quedaba por lo menos a disposición en caso de necesidad.⁵⁸ También esa disponibilidad ha de valorarse, sin embargo, como complicidad, porque posibilita una acción en caso necesario. Esta circunstancia caracterizaba de manera reconocible la situación en los campos de exterminio para todos los involucrados en perjuicio de los deportados y de los prisioneros sometidos a trabajos forzados, y promovía la operación perfecta del sistema de destrucción masiva.⁵⁹

⁵⁴ Cfr. KUWALEK, en BENZ/DISTEL (nota 14), pp. 358 y ss.

⁵⁵ Cfr. LG Hagen (nota 25), pp. 89 y s.; *Landgericht* Múnich II, (nota 1), p. 22; DISTEL, en BENZ/DISTEL (nota 16), p. 375.

⁵⁶ Cfr. KLEIN, en BENZ/DISTEL (nota 16), pp. 308 y ss., 317.

⁵⁷ El hecho de que esa jurisprudencia no es convincente puede ser solamente insinuado aquí. Las razones principales las dio ya BAUER (nota 40). Cfr. sobre el particular también KURZ (nota 12), pp. 127 y s.

⁵⁸ Cfr. *Landgericht*, Múnich II (nota 1), pp. 28 y s.

⁵⁹ En este contexto resultan reveladores los informes sobre sublevación de prisioneros en Treblinka y en Sobibór, cfr., a saber, BENZ, en BENZ/DISTEL (nota 16), pp. 427 y s.; SCHELVIS, *Vernichtungslager Sobibór*, 2003, pp. 177 y ss.

La diferencia que salta a la vista respecto de los procesos anteriores —consistente en que por primera vez un prisionero de guerra ucraniano, que fue entrenado por los alemanes como *Trawniki* para el asesinato de judíos,⁶⁰ debía responder como acusado ante un tribunal alemán—⁶¹ no es relevante para la valoración penal de su comportamiento como complicidad en el delito. No está en duda que Demjanjuk, al momento de obligarse a prestar servicios en Sobibór, estaba en una situación muy distinta de los funcionarios alemanes de los campos de exterminio que muchas veces ya habían prestado servicios en las instituciones de “eutanasia”; que la coacción de mando bajo la cual se encontraba Demjanjuk era muy distinta de la de ellos y que una desobediencia conllevaba para él un riesgo mucho mayor. Sin embargo, todos esos puntos no tocan la significación social de su conducta en Sobibór, sino el reproche individual que se le puede hacer por ella. Por eso, desde la perspectiva de la dogmática penal no tienen, por buenos motivos, un rol en la calificación de la tipicidad de la conducta, sino que solamente se considerarán al valorar su culpabilidad y al determinar la pena que le corresponde. Aquí, en la valoración de la situación de coacción y los requisitos de una exculpación por un estado de necesidad coactivo (putativo), es donde más bien se puede constatar un quiebre con la jurisprudencia anterior y una razón para criticar la sentencia contra Demjanjuk.

4. Aplicabilidad del criterio del fallo a quienes sirvieron en Auschwitz y Majdanek

¿Es posible aplicar los fundamentos de esta jurisprudencia al personal de los campos de concentración de Auschwitz y Majdanek (como también posiblemente al de todos los campos de concentración)? La retrospectiva muestra que la jurisprudencia hasta ahora ha respondido negativamente a esa pregunta. Las salas competentes de los *Landgerichte* y el Tribunal Federal alemán han defendido hasta ahora, en los pro-

cedimientos seguidos ante ellos, la posición de que dentro del quehacer de los campos de concentración de Auschwitz y Majdanek habría sido posible pertenecer al personal del campo sin haber sido por lo menos cómplice de los crímenes cometidos planificadamente como parte del quehacer del campo. En Auschwitz y Majdanek habría sido posible absolver servicios como asistente del comandante del campo, de vigilante de la “Gestapo del campo” (*Lagergestapo*) o como médico de las SS en la rampa sin apoyar por ese medio la comisión de crímenes de homicidio como parte del quehacer del campo. Sólo si esta premisa es cierta es posible explicar la razón por la cual los tribunales han considerado imprescindible la prueba de la conducta concreta en el marco de una acción homicida individual para comprobar una complicidad.

Con todo, esta premisa no resulta convincente, si bien es cierto que entre los campos de exterminio “puros” y los campos de concentración “multifuncionales” de Auschwitz y Majdanek hay, por otra parte, diferencias relevantes. Es conocido que el complejo de Auschwitz se dividía en el campo principal, el campo de exterminio Auschwitz-Birkenau, el campo de concentración Auschwitz-Monowitz, además de varios campos externos y accesorios.⁶² Algo similar vale para el campo de concentración de Majdanek.⁶³ Mientras que las construcciones de los campos de Treblinka, Belzec y Sobibór tenían como máximo una base de 400 x 600 metros,⁶⁴ sólo Auschwitz-Birkenau se extendía por 171 hectáreas, y el área total del campo principal de Majdanek contaba con 270 hectáreas.⁶⁵ En Treblinka, Belzec y Sobibór, organizaron la maquinaria de exterminio de 20 a 35 miembros de las SS y la policía de seguridad, a quienes les estaban subordinados entre 100 y 150 *Trawniki*;⁶⁶ en Chelmno, el comando especial constaba de 15 a 20 miembros de la policía estatal, que eran apoyados por alrededor de 90 oficiales de la policía de protección (*Schutzpolizeibeamten*).⁶⁷ En el complejo de Auschwitz se encontraban, en cambio, al momento de su cierre, más

⁶⁰ Así lo señaló el ex *Trawniki* Paul Flesser respondiendo a la pregunta del objeto del entrenamiento de los voluntarios en el campo *Trawniki*, citado por NESTLER (nota 10), p. 19.

⁶¹ Cfr. sin embargo el procedimiento contra Franz Swiderski, ruso-alemán entrenado en *Trawniki*, LG Düsseldorf, sentencia de 15.10.1971, rol de registro: 8 Ks 4/70, publicada en *Justiz und NS-Verbrechen*, t. XXXVI, núm. 761, pp. 299 y ss.

⁶² Cfr. al respecto KÖNIGSEDER, en BENZ/DISTEL, *Der Ort des Terrors*, t. 5, 2007, pp. 80 y ss., 95 y ss.

⁶³ Cfr. al respecto KRANZ, en BENZ/DISTEL, *Der Ort des Terrors*, t. 7, 2008, pp. 33 y ss.

⁶⁴ Cfr. LG Hagen (nota 19), p. 564 (Sobibór); KUWALEK y BENZ, en BENZ/DISTEL (nota 16), p. 335 (Belzec), p. 410 (Treblinka).

⁶⁵ Cfr. KRANZ, en BENZ/DISTEL (nota 63), p. 36.

⁶⁶ Cfr. KUWALEK, DISTEL y BENZ, en BENZ/DISTEL (nota 16), pp. 338 (Belzec), 389, 391 (Sobibór), 407 (Treblinka).

⁶⁷ Cfr. KLEIN, en BENZ/DISTEL (nota 16), p. 306.

de 4 500 personas como funcionarios del campo;⁶⁸ también en Majdanek ese número subió hasta fines de 1943 a más de 1 200 personas.⁶⁹ Las relevantes diferencias organizatorias y funcionales entre las diversas partes del campo se reflejaron, entre otros ámbitos, en las diversas tasas de mortalidad. Es por eso que, al contrario de los campos de exterminio “puros”, no se debe entender sin más a Auschwitz o Majdanek en su conjunto y a todos sus empleados como una unidad de imputación que tenía un fin único.

Así y todo, no resulta convincente lo asumido por la jurisprudencia hasta ahora, en cuanto a que había habido, en estos campos, ámbitos de actuación “neutrales” para su personal, porque finalmente todas las partes del campo servían, aun considerándolas separadamente, a la comisión de crímenes. En todas las partes del campo permanecían personas ilícitamente privadas de libertad, que eran maltratadas y asesinadas, aunque esto sucediera en distinta escala y de distintas formas. Finalmente, ningún prisionero debía sobrevivir a Auschwitz. La jurisprudencia recaída hasta ahora sobre Auschwitz y Majdanek se caracteriza, además de eso, por haber dejado de lado, de un modo que no resulta comprensible, el actuar funcionalmente conjunto del personal del campo para la mantención de su operación. Por lo menos dentro de las partes de cada campo, al menos dentro de las distintas secciones o respecto de tareas que involucraban a más de una sección, como el “despacho” de los transportes y otras “acciones especiales” (*Sonderaktionen*), la justicia de la República Federal Alemana debiera haber tenido en consideración ese actuar conjunto. En la sentencia de la sala competente del *Landgericht* de Düsseldorf, en el gran proceso de Majdanek se dice: “En casos individuales, los imputados en cada ocasión posibilitaron causalmente los homicidios, actuando funcionalmente en conjunto con otros miembros de las SS. Ninguno de ellos fue superfluo para ello; todos eran necesarios en el lugar al que habían sido asignados, para garantizar el funcionamiento de la maquinaria asesina, como colaboradores cercanos al hecho”.⁷⁰ Estas explicaciones coinciden casi textualmente con las constataciones que la sala competente del *Landgericht* de Hagen hizo respecto del funcionamiento del campo de Sobibór.⁷¹

Lo que no queda claro es por qué para los casos de Majdanek la consideración de esa colaboración funcional hubo de permanecer limitada a cada acción homicida individualmente considerada y al personal del campo que actuó con proximidad al hecho (*tatnah*). Vale decir, por qué el criterio de la colaboración funcional se aplicó allí solamente una vez que había prueba de la participación individual en un hecho concreto. Las razones de este tratamiento diferenciado no son evidentes, pues al igual que en Sobibór, tampoco en Majdanek o en Auschwitz estas acciones homicidas tuvieron lugar —en todo caso, con excepción de homicidios espontáneos en exceso— fuera del quehacer del campo y sin relación con él, sino que formaban parte de él. Esta mayor inflexibilidad de la interpretación no es susceptible de ser explicada por consideraciones jurídicas. Tampoco es comprensible desde una perspectiva jurídica cómo las salas competentes de los *Landgerichte* pudieron pasar por alto el hecho de que la presencia de médicos reconocibles como tales en las rampas y su “acompañamiento” en el camino a las cámaras de gas constituía una promoción de los homicidios masivos ya por el sólo hecho de que servían manifiestamente para mantener la apariencia de un mínimo “resto de normalidad” y la esperanza de los deportados de que efectivamente se les mantendría solamente recluidos. “Vuelo a ciegas” jurídico, la expresión de Cornelius Nestler citada al inicio, puede ser drástica, pero pone de manifiesto que la jurisprudencia, en otros muchos aspectos valiosa, acerca de los homicidios masivos en Auschwitz y Majdanek, se deja entender en este punto más bien como el resultado del contexto de ceguera social y psicológica que como la aplicación de principios dogmático-penales.

IV. Conclusión

El caso Demjanjuk no creó una nueva construcción de la punibilidad a título de complicidad. El proceso se deja entender más bien como una reactivación de principios reconocidos de la complicidad en relación con homicidios masivos en la época nacionalsocialista. El caso llevó la atención a que estos principios fueron pasados por alto en muchos procesos por largo tiempo.

⁶⁸ Cfr. al respecto KÖNIGSEDER, en BENZ/DISTEL (nota 62), p. 98.

⁶⁹ Cfr. KRANZ, en BENZ/DISTEL (nota 63), p. 43.

⁷⁰ LG Düsseldorf (nota 39), p. 564.

⁷¹ Vid. *supra*, nota 34.

Por eso merece ser saludado el hecho de que la Fiscalía haya tomado la condena de Demjanjuk por la sala competente del *Landgericht* de Múnich (*Schwurgericht München II*) como la ocasión de dirigir procesos penales contra el personal de los campos de concentración que todavía se encuentran con vida. Es incierto

que otra vez se dé la ocasión de seguir una audiencia de juicio o vaya a haber una sentencia firme. Con todo, es deseable que la justicia de la República Federal Alemana tenga la oportunidad de revisar su jurisprudencia hasta la fecha y de corregir desarrollos erróneos por lo menos en lo que respecta a la valoración jurídica.



La importancia de la comprensión de los Derechos Humanos para el Proceso Penal Acusatorio: aproximaciones conceptuales

Manuel Jorge Carreón Perea

Universidad del Claustro de Sor Juana

RESUMEN: El presente artículo busca que el lector se acerque al Proceso Penal Acusatorio desde la óptica de los derechos humanos, con la finalidad de brindar un panorama de dicho proceso desde un enfoque integral y no limitado únicamente a la materia penal, sino también desde otras esferas del Derecho que pueden proporcionar un nuevo horizonte de comprensión.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, víctima, Proceso Penal Acusatorio, obligaciones estatales, imputado.

ABSTRACT: The present paper contributes to the reader approach to accusatory criminal process from the human rights point of view, in order to understand such process in an integral way, avoiding their restriction to criminal matters but analyzing it from others fields of law, trying to obtain a new horizon of comprehension.

KEY WORDS: Human rights, victim, accusatory criminal process, state duties, accused.

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de derechos humanos. III. ¿Derechos humanos, derechos fundamentales o garantías individuales? IV. Principios de los derechos humanos. V. Obligaciones estatales en la materia. VI. Derechos humanos y Proceso Penal Acusatorio. VII. Conclusiones.

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

I. Introducción

Desde hace más de dos décadas, específicamente en 1990 (año en que se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos como organismo dependiente de la Secretaría de Gobernación, actualmente Comisión Nacional de los Derechos Humanos), México ha vivido un proceso de transformación gradual en las esferas legislativa e institucional, que ha tenido como primicia fundamental consolidar una cultura de libertades, respeto a los derechos humanos y asegurar la protección de bienes fundamentales para el desarrollo del Estado Democrático de Derecho.

En este sentido, existen a nuestro juicio dos reformas fundamentales a la Constitución Federal que se han materializado en el periodo aludido. Una es la del 18 de junio de 2008 (en materia de seguridad y justicia) y otra de 2011 (relativa a derechos humanos), mismas que han representado un nuevo paradigma en el establecimiento de un régimen jurídico que tiene como propósito lograr que México esté en posibilidad de asegurar el respeto y garantía de los derechos humanos que merece toda persona, marcando un énfasis primordial en todas aquellas que se vean involucradas en un proceso penal, ya sea en su calidad de víctimas o imputados.

Aunque en primera instancia podrían parecer lejanas y basadas en temas que no son compatibles entre sí, las reformas aludidas guardan en realidad una relación intrínseca y, en ciertos casos, de interdependencia, si consideramos que un número importante de las violaciones a los derechos humanos presentadas ante los organismos públicos autónomos de protección a los derechos humanos en México (ya sea la Comisión Nacional o las instituciones estatales) señalan a los integrantes de las instituciones de seguridad pública y fuerzas armadas entre los principales responsables en la afectación de tales derechos, siendo a su vez el acceso a la justicia uno de los derechos que con frecuencia se ve vulnerado, dejando en un estado de indefensión a las víctimas de delitos o de violaciones a los derechos humanos.

En este sentido, resulta fundamental para aquella persona que por cualquier situación tiene un acercamiento al Derecho penal conocer a fondo, y de manera específica, todas las implicaciones que conlleva el concepto de derechos humanos y cómo puede re-

lacionarse con el ámbito penal; esto, con el objetivo de deslindar de viejos mitos y ataduras que se le han impuesto al concepto aludido (derechos humanos) y con ello poder maximizar su entendimiento desde una visión integral y no sesgada.

Así las cosas, el presente artículo tiene como finalidad dar a conocer al lector un panorama general sobre las implicaciones que tiene el concepto de derechos humanos, abordando su construcción conceptual, los principios que los rigen, las obligaciones estatales en la materia, para finalmente analizar la manera en que tales derechos inciden en el Derecho penal, específicamente en el Proceso Penal Acusatorio.

II. Concepto de derechos humanos

En su obra *Ética y derechos humanos*, CARLOS SANTIAGO NINO refiere una idea que parece destacable y digna de ser retomada: “la tarea de elucidación conceptual es previa e independiente de la valoración de los fenómenos referidos por los conceptos en cuestión, ya que sin tal elucidación no es posible determinar *qué* es lo que se está valorando”.¹ Sin lugar a dudas, antes de comenzar el tratamiento y conocimiento de las múltiples manifestaciones de un objeto de estudio, que en este caso son los derechos humanos, se debe realizar un acercamiento a su concepto y a la forma en que es comprendido, dado a que ello permite la generación de un criterio a partir de diferentes propuestas conceptuales y metodológicas.

Al igual que muchos conceptos pertenecientes a las ciencias sociales y humanidades, el término *derecho humanos* no adolece de imprecisiones semánticas y conceptuales, que muchas veces conducen a discusiones bizantinas y callejones sin salida, que en lugar de fomentar el desarrollo y promoción de los mismos se estancan en apreciaciones subjetivas e intelectuales de los mismos.

Sin duda, ello no responde a una falta de investigación, tratamiento o disertación en torno al tema; todo lo contrario, la multiplicidad de acercamientos desde distintas esferas del conocimiento y disciplinas ha propiciado que el concepto adquiera un carácter polisémico que invita a repensarlo y reflexionarlo. Lo anterior responde al hecho de que cada autor o pensador le aporta ciertas características o alcances que considera esenciales, con lo cual puede dejar de lado

¹ NINO, CARLOS SANTIAGO, *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 11.

otras por diferentes cuestiones, que pueden ir desde lo metodológico hasta lo estrictamente personal. En este sentido, no existe una definición única, indiscutible e irrefutable que estipule lo que son los derechos humanos, hecho que demuestra su naturaleza particular.

Así, no hay un criterio definitivo que sea universalmente reconocido para asegurar de manera tajante qué son y qué no son los derechos humanos, así como su alcance y naturaleza; por ello, algunos pensadores y corrientes de pensamiento (principalmente las de corte marxista) los conciben como derechos burgueses, que sirven para mantener un estado de cosas que sirve para explotar a las clases trabajadoras; otra variante

podría ser la que ofrece el multiculturalismo, para cuyos adeptos este tipo de derechos son producto de una ideología predominantemente occidental, la cual se contrapone a tradiciones y costumbres (en algunos casos, milenarias) practicadas por comunidades concretas, las cuales no compaginan con sus contenidos.

Teniendo presente lo anterior, es evidente que no existe una definición única, indiscutible e irrefutable que estipule lo que son los derechos humanos, reafirmando de este modo su naturaleza particular. En la figura siguiente, se pueden observar algunas definiciones de derechos humanos que permitirán al lector constatar lo asentado previamente:

FIGURA 1. *Los derechos humanos según diversos autores*

<i>Autor</i>	<i>Los derechos humanos son...</i>
Jürgen Habermas	“derechos subjetivos exigibles que conceden libertades y pretensiones específicas. Han sido diseñados para ser <i>traducidos en términos concretos</i> en la legislación democrática; para ser <i>especificados</i> , caso por caso, en las decisiones judiciales y para <i>hacerlos valer</i> en casos de violación”. ²
John Rawls	“una categoría especial de derechos de aplicación universal, difícilmente controvertibles en su intención general. Son parte de un razonable derecho de gentes y fijan límites a las instituciones domésticas exigidas por ese derecho a todos los pueblos”. ³
Carl Schmitt	“aquellos que pueden valer como anteriores y superiores al Estado, aquellos que el Estado no es que otorgue con arreglo a sus leyes, sino que reconoce y protege como dados antes que él”. ⁴
Luigi Ferrajoli	“derechos universales en el sentido de que son producidos por reglas generales y abstractas que inmediatamente producen la titularidad de los derechos fundamentales, de la suma de derechos; derecho a la vida, a la libertad y derechos sociales en todas las personas”. ⁵
Norberto Bobbio	“derechos fundamentales, inalienables e inviolables”. ⁶
Francisco Laporta	“ciertos derechos básicos de los individuos concebidos como derechos morales anteriores al sistema de normas jurídicas”. ⁷
Sandra Serrano y Daniel Vázquez	“son exigencias éticas justificadas especialmente importantes a través del aparato jurídico [...] conllevan la necesidad de que sean reconocidos y garantizados por el aparato jurídico”. ⁸

(continúa)

² HABERMAS, JÜRGEN, “El concepto de la dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Diánoia*, vol. LV, núm. 64, UNAM, México, mayo de 2010, p. 11.

³ RAWLS, JOHN, “El derecho de gentes”, en *De los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 1998, p. 74.

⁴ SCHMITT, CARL, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 2011, p. 224.

⁵ FERRAJOLI, LUIGI, *Garantismo y Derecho penal*, Ubijus, México, 2010, p. 18.

⁶ BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2009, p. 517.

⁷ LAPORTA, FRANCISCO, *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993, p. 83.

⁸ SERRANO, SANDRA, y VÁZQUEZ, DANIEL, “Los principios de Universalidad”, en *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, México, 2011, p. 139

La importancia de la comprensión de los Derechos Humanos para el Proceso Penal Acusatorio

Autor	Los derechos humanos son...
Pedro Salazar Ugarte	“los límites principales del poder político, inviolables por el mismo: dichos derechos son aquello ante lo que el poder carece de poder, aquello de lo que el poder no puede disponer; tanto en el sentido de que no puede (le está prohibido) adoptar decisiones que lesionen o nieguen dichos derechos, como en el sentido de que debe (está obligado a) asegurar su disfrute por parte de los titulares, que son todos los individuos”. ⁹
Laura Salinas y Carlos Pallán	“un conjunto de prerrogativas inherentes a las personas, y su ejercicio efectivo e igualitario resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, reconocidos en la Constitución y en las leyes, deben ser garantizados por el Estado”. ¹⁰
Carlos Quintana y Norma Sabido	“atributos propios de todos los seres humanos que salvaguardan su existencia, su dignidad y sus potencialidades por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, que deben ser integrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para evitar que el poder público y la sociedad los vulneren o violenten, por tener la calidad de derechos fundamentales”. ¹¹
Carlos Santiago Nino	“son derechos morales que se conceden tomando como única propiedad relevante de sus beneficiarios la de pertenecer a la especie humana [...] todos los hombres poseen <i>título igual</i> a esos derechos en la medida en que todos exhiben en el <i>mismo grado</i> esa propiedad relevante”. ¹²
Gustavo González Galindo	“los derechos de la persona en sí misma, con independencia de su relación con los demás y a la vida social, tutelando el derecho a la vida, a la libertad de pensamiento y expresión, y a la integridad física, psíquica y moral; todos encaminados a la consecución de una vida digna”. ¹³

En la figura anterior se han referido 12 definiciones distintas en torno al concepto de derechos humanos, con la finalidad de brindar al lector un panorama general sobre la multiplicidad de variantes y sentidos que pueden adscribirse al mismo, cada una de las cuales se centra en algún aspecto en específico, aunque de igual forma pueden rastrearse algunas similitudes como podemos ver a continuación.

Tanto PEDRO SALAZAR como CARLOS QUINTANA y NORMA SABIDO establecen que este tipo de derechos son *limitantes* que se instituyen frente al poder político, es decir, marcan una barrera que debe resultar infranqueable para las conductas (actos u omisiones) por parte de las autoridades, toda vez que

tutelan libertades y necesidades indispensables de las personas, entendiendo a éstas como los titulares de los mismos.

Otro acercamiento o punto de encuentro entre las concepciones señaladas, la podemos apreciar en la definición de SANDRA SERRANO y DANIEL VÁZQUEZ, por una parte, y la de CARLOS SANTIAGO NINO, por otra, para los cuales la naturaleza de los derechos humanos es de índole ética/moral, lo cual contrasta con otro tipo de concepciones para las cuales el fundamento y naturaleza de los mismos depende del Derecho natural o del positivo.

En este sentido, se aprecia que más allá de una diferencia material en torno al concepto de derechos

⁹ SALAZAR, PEDRO, *Democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, México, 2006, p. 18.

¹⁰ PALLÁN, CARLOS, y SALINAS, LAURA, “La tutela de los derechos humanos en México (derechos humanos y políticas públicas en la educación mexicana)”, en *La palabra y los derechos humanos*, CNDH, México, 2004, p. 49.

¹¹ QUINTANA, CARLOS, y SABIDO, PENICHE, *Derechos humanos*, Porrúa, México, 2013, p. 23.

¹² NINO, CARLOS SANTIAGO, *op. cit.*, p. 43.

¹³ GONZÁLEZ, GUSTAVO, *La ponderación de los derechos fundamentales. Estudio de las colisiones de derechos derivadas de manifestaciones públicas*, Porrúa, México, 2013, p. 40.



humanos, encontramos una disimilitud formal, toda vez que cada una de las definiciones vertidas, en esencia, nos habla de derechos que ostentan las personas (entendiendo como persona a todo ser humano de acuerdo con lo previsto en el artículo 1º, segundo párrafo, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y cuya naturaleza trasciende lo jurídico, sin que ello implique su disociación con este ámbito, ya que requieren precisamente de un sustento jurídico para ser exigibles y/u oponibles.

Ahora bien, el que las personas sean las titulares de estos derechos nos obliga a considerar que estos son parte de la *subjetividad* del individuo que los ostenta, es decir, son reconocidos no sólo por una entidad jurídica determinada (el Estado), sino también por el propio individuo (es autoconsciente de poseerlos), implicando además el hecho de que su titularidad es universal.

Lo anterior nos lleva a pensar que los derechos humanos poseen la forma de:

[...] derechos subjetivos fundamentales (o prioritarios). Esta forma no es neutral. Es decir, la forma de los derechos subjetivos fundamentales está infradeterminada si es que se la considera únicamente como un instrumento más o menos adecuado para garantizar las exigencias individuales o como una exigencia funcional para integrar sociedades altamente diferenciadas. La forma de derechos subjetivos fundamentales es más bien una forma que tiene contenido normativo en sí misma: va acompañada de una comprensión de los portadores de estos derechos en cuanto sujetos. El concepto de derechos subjetivos no sólo sostiene que se trata de exigencias legítimas de individuos, sino que los individuos con derechos son entendidos como personas, es decir, que aquellos que son considerados como portadores de derechos fundamentales y son por ello convertidos en sujetos.¹⁴

Tomando en consideración lo ya expuesto, vemos que los derechos humanos son derechos subjetivos esenciales porque se adscriben de manera necesaria al portador, el cual no puede ser objetivado en razón de su condición, ni siquiera encontrándose en un ordenamiento jurídico determinado. En este sentido, más que inherentes son esenciales a la persona, ya que no

se adscriben sino que se portan u ostentan, materializándose al momento de ejercerse.

Que los derechos humanos sean parte de la esencia de las personas conlleva una concepción no instrumental de los mismos, que además dignifica su posición como sujetos portadores de derechos, independientemente de su pertenencia a una sociedad jurídica determinada, la cual resulta indispensable para que sean fácticamente respetados por las autoridades y ejercidos por sus titulares. Así, protegen libertades o necesidades básicas o fundamentales de sus titulares, convirtiéndolos por lo tanto en *portadores* de derechos y no en destinatarios de los mismos, lo cual puede ser entendido de manera amplia si se considera el hecho de que son determinados e individualizados.

Tomando en consideración lo anterior, la definición propuesta de derechos humanos sería la siguiente: *derechos subjetivos esenciales, que sirven para proteger libertades fundamentales, promueven la igualdad y aseguran la satisfacción de mínimos indispensables para la vida.*

Con esta definición, podemos reconocer que este tipo de derechos nos remiten a tres esferas concretas: la libertad, la igualdad y las condiciones de posibilidad de la existencia. A continuación se expondrá y desarrollará cada uno de estos aspectos:

- a) La libertad: entendida como la manifestación exterior de la voluntad (siguiendo el pensamiento de Immanuel Kant), en la actualidad resulta indispensable para el desarrollo de toda persona en una sociedad democrática. Puede ser entendida en un sentido positivo (libertad de hacer o de materializar una acción) o negativo (de no hacer, de abstenerse de un acto determinado). Algunos ejemplos son de conciencia, de circulación, como decidir libremente el número de hijos, entre otros.
- b) La igualdad: los derechos humanos no sólo tienen a proteger libertades fundamentales, sino a asegurar condiciones igualitarias entre las personas; podemos identificar tres tipos de igualdad que son promovidas por estos derechos:
 1. Igualdad formal, que implica la igualdad ante la ley, es decir, ésta debe ser aplicada de la misma forma para todos en condiciones

¹⁴ MENKE, CHRISTOPHER, *Filosofía de los derechos humanos*, Herder, Barcelona, 2010, p. 161.

La importancia de la comprensión de los Derechos Humanos para el Proceso Penal Acusatorio

normales, a menos que existan condiciones que impliquen una diferenciación que lo justifique; por ejemplo, la mujer y el hombre son iguales ante la ley.

2. Igualdad material, que nos remite a la necesidad de que las personas cuenten con las mismas condiciones para el ejercicio de los derechos; en este sentido, el Estado debe asegurar que todo individuo tenga la posibilidad de ejercer un derecho determinado, por ejemplo, la existencia de escuelas públicas para asegurar que quienes no cuentan con los recursos para pagar una de carácter privado tengan acceso a la educación.
 3. Finalmente, en todo proceso debe existir una igualdad entre las partes que intervienen en el mismo, con el objetivo de que no se violenten derechos procesales. En este sentido, vale la pena mencionar que los artículos 10 y 11 del Código Nacional de Procedimientos Penales en México consideran dos principios interrelacionados con esta visión de igualdad procesal: el *Principio de igualdad ante la ley* y el *Principio de igualdad entre las partes*, respectivamente.
- c) Mínimos necesarios para la vida: es importante reconocer que los derechos humanos, al estar ligados a la noción de vida digna, se refieren por fuerza a que el Estado debe satisfacer un conjunto de factores que permiten que la persona se desarrolle de manera integral y sin adolecer de necesidades estructurales, como lo son el agua, la alimentación y la protección a la salud, entre otras.

Como se aprecia, los derechos humanos no sólo se subsumen o restringen a la tutela de libertades específicas, ya que se encuentran dirigidos a otros ámbitos de la vida humana que de igual forma se inscriben como elementales para todo ser humano y que por ende no pueden ser olvidados.

Por otra parte, es importante reconocer que los derechos humanos, para poner de manifiesto su categoría de normas esenciales, requieren de plasmación o incorporación a un ordenamiento jurídico determinado que les otorgue una fuerza y sustento en el mundo

de lo fáctico para entonces ser oponibles y exigibles, es decir, que los esgrima como derechos y no como máximas de conducta que carecen de medios para materializarlos.

III. ¿Derechos humanos, derechos fundamentales o garantías individuales?

La doctrina y la literatura especializada sobre este tipo de derechos se ha enfocado en diferenciar entre *derechos humanos*, *derechos fundamentales* y *garantías individuales*, postulando que cada uno de ellos remite a concepciones diferentes y, en algunos casos, contrapuestas sobre un mismo tema. En este sentido, podrían plantearse dos preguntas esenciales: 1) ¿es posible hablar indistintamente de derechos humanos, derechos fundamentales y garantías? Y 2) ¿a qué nos referimos cuando hablamos de garantías?

Uno de los principales temas de deliberación en torno a los derechos humanos lo constituye su diferenciación con el nominativo de *derechos fundamentales*, el cual algunos autores como Francisco Laporta y Miguel Carbonell han catalogado como el más adecuado para referirse al conjunto de derechos constitucionalizados, que buscan asegurar la dignidad humana marcando una diferencia con los derechos humanos que son asociados principalmente al ámbito del derecho natural. De esta manera, CARBONELL apunta que “los derechos humanos no deben ser confundidos con los derechos fundamentales. Son fundamentales los derechos que están previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales [...] Los derechos humanos son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suele utilizar con menos rigor jurídico que la de derechos fundamentales”.¹⁵

Marcando una diferencia con los autores referidos, considero que ambos términos pueden emplearse de manera indistinta, debido a que la diferenciación que se hace entre los conceptos no radica en una característica sustancial, sino que ésta es simplemente formal, ya que tanto la comunidad jurídica, la académica y la población en general los asocia como sinónimos, siendo incluso más usual en el ámbito coloquial la expresión *derechos humanos*, mientras que en ciertas esferas académicas se tiende a emplear la de *derechos*

¹⁵ CARBONELL, MIGUEL, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, México, 2005, p. 8.

fundamentales.¹⁶ Por esta causa, el empleo indistinto de ambos términos o conceptualizaciones no resulta incorrecto, aunque se pretenda diferenciarlas por el grado de especialización o, en su caso, por su inclusión normativa en el texto constitucional.

Para reforzar lo antes sostenido, podemos apreciar que en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, se habla indistintamente de *derechos humanos* y de *derechos fundamentales*, lo cual nos invita a considerar que no existe una diferencia sustancial y necesaria entre ambos conceptos. Asimismo, y refutando el argumento relativo a que los *derechos fundamentales* son los derechos humanos constitucionalizados, valdría la pena puntualizar que en el ámbito nacional la Constitución, a partir de la reforma de 10 de junio de 2011, consagra y reconoce los *derechos humanos*, aunque tanto en el párrafo cuarto del artículo 18 como en la fracción IX, apartado A, del artículo 20 constitucional, se menciona el concepto de *derechos fundamentales*, estando considerados ambos términos en el máximo ordenamiento jurídico de nuestro país.

Tomando en consideración lo expuesto, la aparente diferencia sustancial entre los conceptos aludidos es más bien de índole formal, no resultando definitiva ni contribuyendo a generar nuevas formas de entender los derechos humanos, ya que se ancla en una disputa bizantina que no ayuda a solventar problemáticas fácticas y tiende a generar mayores complicaciones.

Por otra parte, la diferencia entre *derechos humanos* y *garantías* resulta relevante debido a que, sobre todo en México por razones y circunstancias históricas, se tiende a emplear ambos conceptos como sinónimos, aunque esto no resulta apropiado debido a que una garantía es “toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiéndose por derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva [de prestaciones] o negativa [de no lesiones] [...]”; las *garantías positivas* consistirán en la obligación de la comisión, las *garantías negativas* en la obligación de la omisión —es

decir, en la prohibición— del comportamiento que es contenido de la expectativa”.¹⁷

Otra concepción de garantías es aquella en la que se conciben como los mecanismos que:

procuran asegurar que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado (por el delito) y reclamar su reparación (incluso penal) ante los tribunales de justicia, así como también que ninguna persona pueda ser sometida por el Estado, y en especial por los tribunales, a un procedimiento ni a una pena arbitraria en lo fáctico o en lo jurídico, tanto porque el Estado no probó fehacientemente su participación en un hecho definido por la ley como delito, como porque no se respetaron los límites impuestos por el sistema constitucional a la actividad estatal a comprobarlo y a aplicar la sanción.¹⁸

Las garantías se constituyen como mecanismos de protección a los derechos humanos, pero no son precisamente derechos *per se*, en razón de que las primeras son otorgadas por el Estado, mientras que los segundos son reconocidos, es decir, no dependen de la voluntad de la autoridad para existir como tales. En otras palabras “la garantía es el medio, como su nombre lo indica, para *garantizar* algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado”.¹⁹

Apelando a un desarrollo más profundo sobre este rubro, tenemos que:

Para Ferrajoli, las garantías, en una primera acepción, serían las obligaciones que derivan de los derechos; de esta forma, puede haber *garantías positivas* y *garantías negativas*; las negativas obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en respeto de algún derecho fundamental, mientras que las positivas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Estos dos tipos de garantías pueden subsumirse en lo que el mismo autor llama las “garantías primarias o sustancia-

¹⁶ En este sentido, considero que el uso exclusivo que se hace en algunos ámbitos de las expresiones aludidas, respondería más a un *juego del lenguaje*, noción propuesta por el filósofo austriaco LUDWIG WITTGENSTEIN, que en su obra *Investigaciones filosóficas*, los define como el “todo formado por el lenguaje y las acciones con las que está entretejido” (Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 2006, p. 38), es decir, la forma en cómo determinados vocablos o conceptos son manejados y comprendidos por comunidades lingüísticas específicas, para las cuales poseen un significado privado que sirve a ciertos fines, sin que ello implique en lo absoluto su privatización o exclusividad. En este sentido, el manejo o diferencia que se hace de los conceptos en cuestión constituiría sólo una forma de entender los mismos para aquellos que comprenden y conocen el significado que se les otorga, sin que esté aparejada su generalización para todas las personas.

¹⁷ FERRAJOLI, LUIGI, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, CNDH, México, 2007, p. 33.

¹⁸ CAFFERATA, *Proceso penal y derechos humanos*, CELS, Buenos Aires, 2008, p. 15.

¹⁹ CARBONELL, MIGUEL, *op. cit.*, p. 6.

La importancia de la comprensión de los Derechos Humanos para el Proceso Penal Acusatorio

les”, que son distintas de las “garantías secundarias o jurisdiccionales”.

Las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; por su lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.²⁰

En este sentido, es posible reconocer que el uso indistinto de los términos de derechos humanos y de derechos fundamentales no conlleva a la consideración de una imprecisión fáctica, toda vez que es válido em-

plear de manera indistinta ambas denominaciones para referirse al mismo concepto, siendo por lo tanto una cuestión meramente de estilo decantarse por una u otra.

IV. Principios de los derechos humanos

Ahora bien, la doctrina especializada en la materia ha distinguido ciertas características o principios que poseen los derechos humanos, los cuales sirven como pauta hermenéutica para las actuaciones que deben tener las autoridades para con ellos.

De esta manera, y específicamente en el ámbito jurídico nacional, la Constitución Federal, en el artículo 1, párrafo tercero, reconoce la existencia de cuatro principios que rigen los derechos humanos en México, siendo los siguientes:

FIGURA 2. Principios fundamentales de los derechos humanos

Principio	Explicación
Universalidad	Posee una doble naturaleza. Por una parte, conlleva la noción de que todas las personas, sin excepción alguna, son titulares de los derechos humanos, por lo cual no vale apelar a cuestiones como la nacionalidad para restringir o limitar el ejercicio de los mismos. Asimismo, puede ser considerado desde una perspectiva más profunda, que implica que toda persona no sólo es titular de los derechos, sino que debe ser capaz de ejercerlos y exigirlos, lo cual implica la responsabilidad por parte de las autoridades de hacer esto posible.
Interdependencia	Los derechos humanos no se encuentran disociados, sino que guardan una estrecha relación unos con otros, lo cual significa que necesariamente el ejercicio de un derecho impacta en el ejercicio de otros; de la misma manera, la violación o afectación de un derecho impacta de manera inmediata en otros.
Indivisibilidad	Aun cuando parte de la doctrina especializada en la materia habla sobre “generaciones de derechos”, ello no quiere decir que exista una jerarquización de los mismos, ya que todos los derechos humanos se encuentran en un mismo nivel al formar una unidad cohesionada, es decir, ninguno es más importante que otro, por lo cual las autoridades deben vigilar su cumplimiento sin brindar mayor importancia a algunos derechos. ²¹
Progresividad	Los derechos humanos, lejos de poseer una naturaleza estática, son dinámicos, es decir, se adaptan a las condiciones y necesidades de cada época pero siempre de manera prospectiva y nunca retrospectiva, esto es, se amplía su esfera de protección acorde al contexto sin que ello implique un demérito de su propio contenido.

²⁰ CARBONELL, MIGUEL, “Derechos fundamentales y acción de inconstitucionalidad”, en *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, UNAM/CNDH, México, 2007, pp. 79 y 80.

²¹ No obstante lo anterior, debemos reconocer el hecho de que si bien las autoridades tiene que dar el mismo trato a los derechos, en el contexto personal de cada sujeto, sí se puede presentar una valorización que atienda a las necesidades específicas de las personas, es decir, alguien posiblemente brinde mayor valor a los derechos políticos que a los culturales, pero se trata de una posición subjetiva e individual que no necesariamente compartirán todos.

Ahora bien, es importante puntualizar el hecho de que la inclusión de estos cuatro principios en la Carta Magna, a partir de la Reforma Constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, representa un avance importante para el desarrollo e institucionalización de los derechos fundamentales en el país, ya que se retoman posiciones incluidas en la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobados en la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos* de 25 de junio de 1993, en cuyo quinto punto se establece que:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

No obstante lo anterior, un principio de los derechos humanos que la Constitución Federal no prevé es el relativo a su *inalienabilidad*, la cual puede definirse como “aquella cualidad de un derecho en virtud de la cual su titular no puede realizar sobre él ningún tipo de actos de disposición. Esto equivale a afirmar, en definitiva, que en virtud de la inalienabilidad el titular del derecho no puede hacer imposible para sí mismo el ejercicio de éste”.²² De esta forma, debemos concebir a los derechos humanos como derechos ante los cuales no es posible:

- a) Renunciar a ellos.
- b) Abandonarlos condicionalmente
- c) Transmitirlos
- d) Prescribirlos
- e) Revocarlos

Lo anterior no resulta superfluo si consideramos que este tipo específico de derechos guardan caracte-

rísticas particulares y se encuentran ligados de manera intrínseca al sujeto que se ostenta como su titular (toda persona), sin que pueda existir una posibilidad de dejar de poseerlos; por lo tanto, no debe confundirse con la inviolabilidad de los mismos, implicando esta última que otro sujeto no debe afectarlos al representar un límite infranqueable (ya sea ante los particulares o ante el Estado), ya que la inalienabilidad apunta a la imposibilidad de disposición del titular de los derechos a su voluntad.

Finalmente, parte de la doctrina especializada en el tema señala otros principios que son aplicables a los derechos humanos, como lo es su imprescriptibilidad (que no puede prescribir su ejercicio por un mandamiento, orden judicial o acto por parte de una autoridad, es decir, “no se pierden por el tiempo, ni por alguna otra circunstancia o causa que de ordinario extinga a otros derecho no esenciales”),²³ su incondicionalidad (no existen condiciones para su reconocimiento o respeto por parte de las autoridades; por el contrario, estas últimas se encuentran obligadas a garantizarlos) o inderogabilidad (lo cual significa que no pueden ser derogados o suprimirse bajo ninguna circunstancia), cuya existencia da cuenta del análisis que debe realizarse en torno a este tema que se encuentra lejos de encontrarse agotado.

Por otra parte, no debe olvidarse que los derechos humanos no poseen el carácter de ilimitados o indefinidos, toda vez que existen límites estructurales a los mismos que pueden encontrarse explícitamente en la legislación o, en su caso, en el ejercicio de un derecho que se contrapone con la materialización de otro, derivado de la manifestación exterior de la voluntad de una persona. A continuación se explica cada una de estas variantes.

El primer caso se presenta cuando a un derecho determinado, además de plasmarse y establecerse en un ordenamiento legal, le son añadidos ciertos candados o condiciones para su ejercicio. Para ejemplificar este punto, nos valdremos del derecho a la libertad de circulación que en la Constitución Federal de México se encuentra consagrado en su artículo 11, que a la letra refiere lo siguiente:

Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar

²² MARTÍNEZ-PUJALTE, ANTONIO-LUIS, “Los derechos humanos como derechos inalienables”, en BALLESTEROS, JESÚS (coord.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 88.

²³ QUINTANA, CARLOS, y SABIDO, PENICHE, *op. cit.*, p. 23.

La importancia de la comprensión de los Derechos Humanos para el Proceso Penal Acusatorio

de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho *estará subordinado* a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

Como se aprecia, el derecho a la libertad de circulación en México puede verse limitado (*se encuentra subordinado*) por la presencia de una o varias leyes vigentes, en las que se establezca una serie de condicionantes a su ejercicio, sin que esto implique una afección institucionalizada a este último, en vista de que se establecen de antemano y bajo circunstancias específicas, centradas en preservar un determinado estado de cosas, por ejemplo, las medidas cautelares previstas en diferentes ordenamientos penales de un país en específico, a través de las cuales se busca evitar la sustracción de la justicia de una persona que ha cometido un ilícito penal, para que de esta forma pueda llevarse a cabo el proceso judicial correspondiente.

Pero esta limitación, bajo ninguna circunstancia debe de ser arbitraria o producto de una acción institucional que busque deliberadamente, restringir los derechos de las personas con objetivos concretos, por ejemplo, la figura jurídico del arraigo que aun cuando se encuentra prevista en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulta contraria a derechos y garantías procesales mínimas, constituyéndose también como una afección directa al derecho a la libertad de circulación, toda vez que se detiene a una persona por un tiempo determinado, a efecto de que sea investigada su participación en ciertos hechos delictivos.

Una caracterización adicional a esta limitante, se podría suscitar cuando existe en una determinada comunidad un problema de salud pública. Piénsese en una enfermedad viral que pudiera degenerar en una epidemia o pandemia si no se aplican controles específicos, como podría ser la cuarentena de una población para evitar contagios y con ello una propagación del virus.

En contraposición, las limitantes generadas por el ejercicio de otros derechos implica un estudio más amplio y detenido, sobre el cual no existe un consenso generalizado debido a las implicaciones que podría tener decantarse por uno o por otro. En este sentido, la denominada *colisión de derechos entre particulares*

podría ser un caso paradigmático, en la cual el ejercicio de dos derechos humanos conlleva una confrontación directa entre las personas involucradas. Para ejemplificar lo anterior, podemos valernos del derecho previamente señalado (libertad de circulación), el cual, como se ha visto, posee limitantes jurídicas y además puede resultar afectado cuando una persona o un grupo de personas ejercen sus derechos de manifestación y asociación, concretando la obstrucción de una vialidad, lo cual tiene como consecuencia directa que la circulación de un determinado número de sujetos se vea impedida por un tiempo específico.

V. Obligaciones estatales en la materia

Si en las páginas previas hemos referido los principios que rigen a los derechos humanos, vale la pena señalar que en los Estados Democráticos de Derecho las autoridades poseen obligaciones focalizadas con respecto a éstos (los derechos humanos), toda vez que el Estado, al ser el sujeto al cual se oponen en primer momento estos derechos, tiene la obligación de generar condiciones que permitan su ejercicio y exigibilidad, debiendo además establecer mecanismos precisos en caso de su vulneración.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el párrafo tercero de su artículo 1º, prevé precisamente cuatro obligaciones que tienen las autoridades nacionales con respecto a los derechos humanos, consistentes en respetar, proteger, garantizar y promoverlos, sin que exista una excepción o diferenciación por motivos como la religión, la nacionalidad, el género, la edad, entre muchas otras condiciones accidentales o no esenciales de la persona. Cabe señalar que en este rubro la legislación nacional añade dos obligaciones más a las previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual establece únicamente el respeto y la garantía de tales derechos, lo cual nos permite vislumbrar el avance legislativo de México en la materia.

Bajo este matiz, resulta necesario señalar que las referidas obligaciones en materia de derechos humanos no tienen como único destinatario a las Instituciones públicas emanadas del poder Ejecutivo, ya que las mismas se amplían tanto a los legisladores como a los operadores del poder Judicial, es decir:

Las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos corren a cargo de todos los po-

deres, incluso considerando que algún nivel de gobierno tenga obligaciones reforzadas hacia ciertos derechos. A partir de tales deberes generales, podemos afirmar que las autoridades de todos los niveles de gobierno también tienen la obligación positiva de tomar todas las medidas que sean pertinentes para tutelar y hacer eficaz un derecho.

[...]

En otras palabras, las autoridades de todos los niveles no solamente deben respetar los derechos mediante conductas de abstención, sino que deben hacer todo lo que esté a su alcance para lograr la eficacia plena de los derechos, sin poder esgrimir ningún tipo de estructuración competencial para dejar de tomar medidas a favor de los derechos.²⁴

Es preciso señalar que las obligaciones no remiten a un único campo o tipo de conducta por concretar por parte de los entes estatales, sino que se insertan en un campo específico de actuación que determinará sus niveles de operación y de esta forma le brindarán un contenido concreto.

Pasando al desarrollo de cada una de ellas, la obligación de respetar es aquella cuyo contenido esencial podría resumirse en la siguiente frase: *El Estado y sus autoridades, se encuentran compelidas a no afectar, a través de cualquier conducta, los derechos humanos de la población*. En este contexto, implica que las autoridades no deben materializar ninguna acción u omisión que tenga como consecuencia (sea directa o indirecta) la vulneración de un derecho o la dignidad de alguna persona. Un ejemplo de lo anterior, sería no realizar una detención arbitraria, misma que afecta la seguridad jurídica y las libertades personales.

En otras palabras, ello implica la necesidad de que las autoridades, atendiendo el ámbito de sus competencias, deben abstenerse de concretar conductas que puedan repercutir en el impedimento del ejercicio de un derecho o, en casos extremos, en la violación del mismo. En consecuencia, el *respeto* establece un límite a las actuaciones estatales con respecto a los derechos humanos

En palabras de Sandra Serrano, sería “la obligación más inmediata y básica de los derechos humanos, en tanto implica no interferir con o poner en peligro los derechos. Se trata de una obligación tendiente a mantener el goce del derecho y su cumplimiento es inmediatamente exigible cualquiera que sea la naturaleza del derecho”.²⁵

Por su parte, la obligación de proteger opera de manera inversa a la de respetar, ya que en este caso es indispensable que las autoridades concreten conductas que eviten que los derechos humanos se vean afectados, ya sea por otras autoridades o incluso por particulares, es decir, es menester que sean tomadas las acciones pertinentes con el propósito de evitar que queden impunes afectaciones a los derechos de las personas.

Así, la *obligación de proteger* implica “una obligación positiva a cargo de los agentes estatales para crear el marco jurídico y las instituciones necesarias para prevenir las violaciones de derechos humanos, cometidas por particulares y agentes estatales, así como para volver exigibles los derechos frente a posibles violaciones”,²⁶ siendo un ejemplo aplicable “la creación de leyes penales que sancionen la violación del derecho, el procedimiento penal específico que deba seguirse y los órganos judiciales que sancionen la conducta”.²⁷

Ahora bien, la obligación de garantizar

[...] tiene el objetivo de mantener el disfrute del derecho y de mejorarlo. Fundamentalmente, se trata de una obligación que exige la conducta positiva del Estado para asegurar la realización del derechos, y es la más compleja en término de la conducta positiva que se requiere de los órganos estatales, ya que implica una perspectiva global sobre los derechos humanos [...] En tanto se trata de asegurar la realización de los DH para todos, es necesario planear, establecer metas y crear mecanismos de control, entre otras actividades.²⁸

Así, la obligación por parte de las autoridades de *garantizar* los derechos humanos puede ser entendida

²⁴ CARBONELL, MIGUEL, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana”, en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, Porrúa, México, 2013, p. 68.

²⁵ Consultado en línea en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3567/9.pdf> 5 de febrero de 2016.

²⁶ SERRANO, SANDRA, y VÁZQUEZ, DANIEL, *Los derechos en acción*, op. cit., p. 64

²⁷ *Ibidem*, p. 65

²⁸ SERRANO, SANDRA y VÁZQUEZ, DANIEL, *Los Derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, Flacso, México, 2013, p. 71.

La importancia de la comprensión de los Derechos Humanos para el Proceso Penal Acusatorio

como “1) la creación de la maquinaria institucional para tomar medidas, y 2) la provisión de bienes y servicios para satisfacer los derechos; mientras que algunas serán de carácter inmediato, otras serán progresivas”.²⁹

Por último, la obligación de promover en un acercamiento primario podría resultar la que menos impacto a corto y mediano plazo tendría, debido a que tiende a considerarse que sólo remite a la difusión de los derechos fundamentales que poseen las personas, resultando esta consideración errónea por lo que se expondrá a continuación.

Retomando lo planteado por Miguel Carbonell sobre esta obligación, en cuanto a que “promover los derechos supone que el Estado debe utilizar todos los instrumentos a su alcance para recogerlos plenamente en el ordenamiento jurídico interno e internacional, y que debe difundirlos entre la población a fin de que sean conocidos y, en esa medida, puedan ser protegidos debidamente”,³⁰ vemos que la promoción implica tanto dar a conocer (difundir) los derechos que tiene cada persona, como fomentar el goce y ejercicio de los mismos.

De esta manera, es posible darse una idea general sobre lo que implica y significa el concepto de derechos humanos, el cual, a manera de recapitulación, nos conduce a considerar un conjunto de normas esenciales, que poseen las personas por el hecho de existir, las cuales son reconocidas en ordenamientos jurídicos determinados que permiten su materialización efectiva.

Por otro lado, debemos reconocer que el multicitado párrafo tercero, del artículo 1º constitucional, también establece deberes de las autoridades en casos de violaciones a los derechos humanos, consistiendo estos en los siguientes: prevenir, investigar, sancionar y reparar. Más adelante ahondaremos en cada uno de ellos, sin embargo se invocan en este momento como un primer acercamiento y toda vez que se encuentran interrelacionados con las obligaciones estatales en la materia.

VI. Derechos humanos y Proceso Penal Acusatorio

Una vez que hemos desarrollado las implicaciones conceptuales y expuesto los principios, así como obli-

gaciones estatales en materia de derechos humanos, en el presente apartado reflexionaremos en torno a cómo se relacionan estos derechos con el Proceso Penal Acusatorio, tomando como punto de referencia el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP o Código Nacional), instrumento jurídico de vital importancia para comprender la esfera penal y procesal penal en el país.

Debemos recordar que la Reforma de 18 de junio de 2008 se ha constituido como un *hito* en la historia jurídica de nuestro país, en razón de implicar el viraje de un sistema de corte formal mixto a uno acusatorio y adversarial, en el cual el eje sobre el que se articula el proceso no es la actuación del Estado y sus operadores, sino la víctima u ofendido, así como la persona imputada, cerrando con ello una tradición jurídica en el que el *ius puniendi* focalizaba la atención del proceso.

Este cambio o viraje, como lo hemos llamado, ha sido designado como un *nuevo paradigma* en la justicia penal de nuestro país, lo cual no resulta incorrecto si pensamos en la definición de paradigma proporcionado por Thomas S. Kuhn, para quien los paradigmas son “logros científicos universalmente aceptados que durante algún tiempo suministran modelos de problemas y soluciones a una comunidad de profesionales”,³¹ lo cual puede aplicarse a la introducción del Proceso Penal Acusatorio, ya que sin lugar a dudas se posiciona como una posibilidad de fortalecer el sistema de justicia y dar solución a una serie de problemáticos que durante años aquejaron al ámbito jurídico nacional. En este sentido, podemos ver que la Reforma de 2008 en materia de seguridad y justicia “[...] se trata de un cambio en la forma de investigación y persecución del delito, así como en la forma de administrar justicia y no de una reforma al catálogo de tipos penales que correspondería propiamente al Derecho penal...”³²

Ahora bien, y para efecto de acotar el abordaje del tema referido en líneas previas, debemos recordar que en 2014 se promulgó el Código Nacional de Procedimientos Penales, legislación que de manera gradual y paulatina ha entrado en vigor en México no sin ciertas reticencias por parte de actores jurídicos que han

²⁹ *Ibidem*, p. 72.

³⁰ CARBONELL, MIGUEL, *Derechos fundamentales y democracia*, IFE, México, 2013, p. 35.

³¹ KUHN, THOMAS, *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 2015, p. 94.

³² PACHECO, JUAN, “Sistema de Justicia, una reforma paradigmática”, *Derecho penal mexicano. Estudios y reflexiones sobre el diseño del sistema penal en México*, Inacipe, México, 2014, p. 54.

apostado por el fracaso o aplazamiento del Proceso Penal Acusatorio, anclados en la idea de que hace falta un periodo más largo para lograr una transformación significativa del Sistema de Justicia Penal.

Obviamente no compartimos esta posición, en razón de los beneficios mismos que presenta un sistema penal de corte acusatorio y adversarial no sólo para despresurizar el sistema de justicia, sino también merced a la importancia que se le brinda a los derechos humanos tanto de la persona imputada como de la víctima.

Bajo este matiz de ideas, podemos traer a colación lo señalado en el artículo segundo del multicitado Código Nacional, que a la letra establece lo siguiente:

Artículo 2o. Objeto del Código

Este Código tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Como puede apreciarse, el Código Nacional, en el artículo citado, es teleológico al tener una finalidad determinada, que puede desglosarse en los rubros que a continuación se exponen:

- Establecer las normas de investigación, procesamiento y la sanción de las conductas tipificadas como delitos, lo cual conlleva de manera necesaria un carácter procedimental.
- En concordancia con lo anterior, dichas normas buscan el esclarecimiento de los hechos (lograr una verdad jurídica), proteger al inocente (conforme al principio de presunción de inocencia que debe guiar los actos de autoridad en todo Estado Democrático de Derecho), evitar la impunidad que durante años ha sido una de las exigencias más notables por parte de la sociedad (evitando con ello que la víctima no acceda a la justicia) y lograr que la víctima tenga una

reparación del daño (misma que, de conformidad con la Ley General de Víctimas, debe comprender cinco tipos de medidas: rehabilitación, restitución, compensación, no repetición y satisfacción).

- Lograr el efectivo acceso a la justicia, ya sea por parte de la víctima o la persona imputada, así como solventar los conflictos directos o derivados que devengan de la conducta tipificada como delito, lo cual abre la puerta a la resolución de los mismos por medio de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

En este sentido, y siguiendo a Luis Raúl González Pérez, podemos apreciar que con la Reforma de 2008 y el Código Nacional de Procedimientos Penales:

[...] hay un amplio bagaje de derechos que nuestra legislación contempla a favor de las víctimas del delito y los imputados, pero además, con la adopción del sistema acusatorio y oral en materia penal, hay también un cambio de paradigma, pues la atención del procedimiento no se centra exclusivamente en la acreditación del hecho delictuoso y la responsabilidad de alguien en su comisión —como ocurría anteriormente—, sino que se deja primariamente a la resolución del conflicto como eje rector, lo que permite las salidas anticipadas o colaterales para resolverlo, con el consecuente beneficio para las víctimas e imputados del delito.³³

Ahora bien, en lo que centraremos principalmente nuestra atención es en la parte final de la redacción del artículo antes referido, en la que se establece que el procedimiento penal se efectuará en un marco de “respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”, de lo cual se desprende la importancia brindada a este tipo de derechos como parte fundamental del proceso.

Reconocemos en primera instancia que el proceso penal, dadas sus propias características, conlleva la consideración necesaria del respeto a los derechos humanos por parte de las autoridades, al remitirse a dos ámbitos que resultan sensibles y de principal preocupación para un Estado Democrático de Derecho: la víctima que padece una afectación a su esfera jurídica

³³ GONZÁLEZ PÉREZ, LUIS RAÚL, *Código Nacional de Procedimientos Penales*, SEP, México, 2015, p. 92.

La importancia de la comprensión de los Derechos Humanos para el Proceso Penal Acusatorio

y personal, así como la persona acusada por la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de delito.

En este orden de ideas, y siguiendo la línea marcada por el CNPP y por la propia Constitución Federal en su artículo 20, apartado A, fracción I, para materializar eficaz y eficientemente los fines del proceso penal es indispensable que las autoridades encargadas de la seguridad pública, así como de la procuración y administración de justicia, lleven a cabo actuaciones transparentes y apegadas al principio de legalidad para evitar que una persona inocente sea injustamente acusada y procesada o, en el otro extremo, que la víctima del delito no pueda acceder a una justicia pronta y expedita. En otros términos, que sean respetados sus derechos humanos y sobre todo aquellos ligados con la seguridad jurídica, aunque no de manera exclusiva o limitativa.

Surgiría una pregunta: ¿cómo se podrían asegurar los derechos humanos de las personas involucradas en un proceso penal, específicamente la víctima y el imputado? La respuesta a esta interrogante obviamente no puede ser unidireccional o aceptar una solución totalizadora, debido a que las implicaciones de la esfera penal merecen un análisis y tratamiento integral, contemplando las diferentes áreas que pueden incidir en ella, como son los factores sociales, económicos, culturales, filosóficos, entre otros, de tal manera que la propuesta aquí planteada se sujetará a un espacio de delimitación a partir de la visión de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos.

La Constitución Federal, en su artículo 20, contempla en sus apartados B y C los derechos de las personas imputadas y de las víctimas u ofendidos del delito, siendo mayormente desarrollados en los artículos 109 (caso de las víctimas) y 113 (en lo concerniente al imputado) del Código Nacional, el cual, a su vez, prevé algunos derechos que comparten ambas partes, como el derecho a la intimidad y privacidad o la garantía de que en ambos casos sean informados de sus derechos.

Ahora bien, el respeto a estos derechos representa una obligación por parte de todas las autoridades, pero específicamente de aquellas que intervienen en un proceso penal, como podrían ser aquellas que conforman la denominada *trilogía de la investigación*, así como las judiciales.

Al constituirse como una obligación de las autoridades el respetar estos derechos, recordemos que estos no sólo se configuran como derechos procesales, sino también como derechos fundamentales que se encuentran consagrados tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en los Tratados Internacionales signados por el Estado en la materia, por lo cual es necesario considerar las obligaciones plasmadas en el párrafo tercero del artículo 1° de la Carta Magna, siendo éstas: respetar, proteger, garantizar y promover.

Para explicar lo anterior, tomaremos como ejemplo la fracción XIV del artículo 113 del Código Nacional, mismo que señala como un derecho de la persona imputada “A no ser expuesto a los medios de comunicación”. Lo anterior, en razón de que:

En el sistema normativo mexicano, desde la seguridad pública —o ciudadana— hasta la justicia penal, tanto a nivel federal como local, es recurrente la práctica de las autoridades de exhibir a las personas ante los medios de comunicación y la opinión pública al momento de la detención y cuando las personas son puestas bajo la responsabilidad del Ministerio Público, situación que ocurre antes de que exista una determinación de un Juez o Tribunal que los señale penalmente responsables. La justificación de las autoridades es que se exhibe a las personas con la finalidad de informar a la sociedad y que, en caso de identificar a alguna de las personas como probables responsables de algún delito, puedan acudir a las autoridades.³⁴

a) Obligación de respetar

En este sentido, a efecto de evitar una vulneración a los derechos humanos de la persona imputada, las autoridades —y de manera principal aquellas que tienen un primer contacto con la persona que guarda dicha calidad (como lo son policías o agentes del Ministerio Público)— deben abstenerse de presentar ante los medios de comunicación para con ello evitar que se laceren derechos fundamentales del sujeto como son los derechos a la honra y la reputación tutelados en numeral 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o, de otra forma, violentar el principio de presunción de inocencia.

³⁴ GONZÁLEZ, LUIS, y GÓMEZ, EDGAR, “La exhibición ante los medios de comunicación de las personas detenidas: un ejercicio de control de convencionalidad”, en *Derecho penal mexicano. Estudios y reflexiones sobre el diseño del sistema penal en México*, Inacipe, México, 2014, p. 281.

Lo anterior cobra relevancia si consideramos que en muchas entidades federativas de la República mexicana se torna una práctica común el presentar a las personas detenidas ante los medios de comunicación, para visibilizar o hacer patente el trabajo de las instituciones de seguridad pública en el combate a la delincuencia en sus diversas variantes, siendo por lo tanto parte de un ejercicio discursivo que busca minimizar otro tipo de falencias que son evidentes en materia de seguridad pública.

b) Obligación de proteger

Retomando la idea planteada en páginas anteriores de que la obligación de proteger implica que las autoridades deben actuar para evitar la vulneración de derechos en el marco y límite de sus competencias, en el caso de los imputados de un delito deben evitar que se exponga a la persona ante medios de difusión, siempre tomando en cuenta que ello no implica sobrepasar sus funciones y, evitando a toda costa, emplearlo como una excusa para lesionar o limitar injustamente la libertad de expresión o el trabajo de los reporteros, por ejemplo.

c) Obligación de garantizar

En lo concerniente a esta obligación, misma que remite a la puesta en práctica de los medios o mecanismos que el Estado tenga a la mano para poder hacer efectivo el ejercicio o respeto de un derecho, las autoridades en el caso que nos ocupa deben establecer o instrumentar medidas tendientes a evitar a toda costa la exposición de una persona acusada de la comisión

de un delito ante los medios de comunicación, lo cual implica o conlleva de manera indispensable establecer controles eficientes para evitar que los imputados sean expuestos indebidamente ante la opinión pública.

d) Obligación de promover

Esta obligación se encuentra directamente correlacionada con la garantía consagrada en el artículo 18 del CNPP (relativa a informar de los derechos que corresponden tanto a la víctima como al imputado), la cual consiste en dar a conocer a las personas detenidas que poseen el derecho de no ser exhibidas y comunicarles que éste es uno de los múltiples derechos que poseen. En este orden de ideas, debe difundirse, a partir de los medios necesarios o, en un caso fáctico, incluirse en las cartillas de derechos que son leídas a las personas imputadas, para con ello fomentar el cumplimiento de la actividad estatal.

VII. Conclusiones

El presente documento ha tenido la intención de acercar al lector a una visión sobre la manera en que los derechos humanos se relacionan con el Derecho penal, específicamente en su parte procesal y en cuanto a la materialización de las obligaciones estatales en la materia como parte fundamental del propio Proceso Penal Acusatorio.

Sin lugar a dudas constituye una aproximación al tema, que en ningún modo se agota en lo antes escrito, pero puede contribuir a la generación de una deliberación fructífera sobre el Derecho penal y los derechos humanos.

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil. Su naturaleza jurídico-constitucional a la luz de la teoría de los órdenes jurídicos

Francisco Vázquez Gómez Bisogno*

Universidad Panamericana

RESUMEN: El Código Nacional de Procedimientos Penales como legislación única y su reciente incorporación al sistema constitucional, así como su impacto en la teoría de los órdenes jurídicos, son el punto de partida que el autor maneja en este artículo. Para demostrar su hipótesis, el autor se introduce a la teoría de la constitución a efecto de esclarecer la naturaleza jurídico-constitucional de esa nueva categoría a la luz del federalismo mexicano, a fin de argumentar, desde el ámbito de lo constitucional, la necesidad de transitar hacia el federalismo dúctil que posibilite una pacífica implementación del sistema de justicia penal acusatorio.

PALABRAS CLAVE: Código Nacional de Procedimientos Penales, legislación única, federalismo dual, federalismo cooperativo y federalismo dúctil.

ABSTRACT: The National Code of Criminal Proceedings as unique legislation, its recent incorporation to constitutional system and its impact in legal systems theory are the starting points of this paper. In order to prove his hypothesis the author made a revision of constitutional theory for the purpose of clarify the juridical and constitutional nature of this new category seen from the Mexican federalism. In this way is possible to argue, from the constitutional sphere, the need to move toward a ductile federalism to make possible a pacific implementation of the accusatory criminal system.

KEY WORDS: National Code of Criminal Proceedings, unique legislation, dual federalism, cooperative federalism, ductile federalism.

SUMARIO: I) Planteamiento general; II) Del federalismo “dual”, pasando por el federalismo “cooperativo” y arribando al federalismo “dúctil”; III) La incorporación de la “legislación única” en el constitucionalismo mexicano: hacia el federalismo dúctil; IV) Conclusiones; V) Bibliografía.

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

* Director General de Constitucionalidad de la Procuraduría General de la República y profesor titular de las cátedras de Teoría Constitucional y Derecho Constitucional Mexicano en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana.

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil

I. Planteamiento general

El contraste entre la realidad nacional, de tendencias francamente centralistas, y la teoría del sistema federal, acogido por motivos predominantemente políticos, ha puesto en tela de juicio la existencia misma del federalismo en México.¹

FELIPE TENA RAMÍREZ

Ya desde mediados del siglo XX, don FELIPE TENA RAMÍREZ daba cuenta de que “recientes” y autorizados estudios de profesores extranjeros habrían considerado que el federalismo jamás ha existido en México. Así, por ejemplo, el constitucionalista michoacano afirmaba —al citar a J. LLOYD MECHAM— que “[...] es un lugar común indiscutible que la nación mexicana ahora y siempre ha sido federal tan sólo en teoría; actualmente y siempre ha sido centralista”.²

En idéntico sentido, pero haciendo referencia al estudio realizado por WHEARE, mismo que tuvo por objeto analizar los sistemas de organización estatal de México, Brasil, Argentina y Venezuela, TENA RAMÍREZ daba cuenta de que “las regiones para las cuales se han instituido gobiernos independientes en estas Constitucionales latinoamericanas, no han tenido en mucho casos historia propia y gobiernos efectivos. Han sido divisiones meramente administrativas de un imperio, [careciendo] de instituciones políticas propias, de suficiente arraigo para poder resistir la presión de la administración central, [razón por la cual] el gobierno federal no ha llegado a ser una realidad en estas repúblicas”.³

Más recientemente, pero continuando con la misma línea argumentativa, el ministro JOSÉ RAMÓN COSSÍO advierte que “quienes se refieren al sistema federal mexicano suelen hacerlo como si se tratara de una unidad. Aluden a un todo, en el cual, de manera prácticamente total, se distribuyen competencias entre la Federación, los estados, [la Ciudad de México] y los municipios. De modo más particular, como si todo tuviera cabida en el marco general que establece que a la Federación [...] y los municipios les corresponde ejercer las competencias que expresamente les confiere la Constitución, y a los estados [y a la Ciudad de México], residualmente, el resto”⁴ Tal y como lo sostiene el propio Cossío, dicha explicación como forma inicial de entendimiento del sistema, aporta conceptos que resultan teóricamente importantes, “pero su mantenimiento termina por deformar la comprensión de lo que es hoy nuestro sistema federal”.⁵

Por tanto, frente a tales afirmaciones bien podría aducirse un argumento de carácter histórico que parece irrefutable: si el federalismo nunca ha existido en México o si es entendido sólo teóricamente —por no decir superficialmente entendido—, ¿por qué dicho sistema de organización estatal⁶ ha sido la elección que como decisión político fundamental se ha derivado de los tres principales movimientos sociales de nuestro país?

No puede desconocerse que, derivado de la Independencia de 1821, y ante el fracaso del Imperio, no pasaría mucho tiempo para que el 31 de enero de 1824 el segundo Congreso Constituyente Mexicano emitiera el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, por la cual formalmente se establecía el pacto federal y, con ello, el movimiento federalista salvaba

¹ TENA RAMÍREZ, FELIPE, *Derecho Constitucional Mexicano*, 30ª ed., Porrúa, México, 1996, p. 111.

² *Ibidem*, p. 112.

³ *Idem*.

⁴ COSSÍO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN, “El sistema federal como problema”, *El Universal*, Opinión, 14 de octubre de 2014, <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2014/10/72811.php>

⁵ *Idem*.

⁶ Resulta importante advertir que no existe uniformidad doctrinal dentro de este campo. Para muchos, como para Antonio Carlos Pereira Meneaut, por ejemplo, el federalismo es catalogado dentro de las formas de Estado, mientras que para otros, como Paolo Biscaretti di Ruffia, las formas de Estado son el Estado de democracia clásica, el Estado socialista y el Estado autoritario (cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, PAOLO, *Introducción al Derecho constitucional comparado*, FCE, México, 1996, pp. 121-140).

Ahora bien, de acuerdo con Beatriz Maldonado Siman, dentro de la clasificación de formas de Estado, cabe realizar su análisis a partir de dos puntos de vista: (i) el político que se refiere a los sistemas políticos —que es propiamente la conceptualización de Biscaretti—; y (ii) el jurídico, que tiene que ver con la estructura interna del poder estatal (cfr. MALDONADO SIMAN, BEATRIZ, “Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la Teoría General del Federalismo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXV, núm. 75, septiembre-diciembre de 1992, p. 809, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/75/art3.pdf>)

Así es como, del entendimiento de ambos puntos de vista y partiendo de la idea de que el Estado es un poder jurídicamente institucionalizado, cuya estructura interna no siempre es la misma, puede afirmarse que ambos autores —Pereira y Biscaretti— están hablando exactamente de lo mismo, es decir, de la forma del Estado, pero mientras que éste hace énfasis en el análisis político, aquél profundiza en el análisis jurídico, razón por la cual, para efecto de diferenciar lo que es distinto, aquí nos referiremos al federalismo como un sistema de organización estatal.



la unidad de la República.⁷ No por nada se afirma que “[...] en 1824 las realidades ya se habían inclinado por el federalismo, pues antes de que el Constituyente tomara alguna determinación, doce provincias de una y otra forma se habían pronunciado por el sistema federal, [por lo que] o el Congreso Constitucional sancionada este hecho o exponía al país a la disgregación. [Así] el federalismo [fue en México] el medio de unir lo desunido, [al punto de que] de no haberse adoptado la decisión federal, México se habría balcanizado...”⁸

No obstante, no debe olvidarse —afirma GONZÁLEZ OROPEZA— que “¿Federalismo o centralismo? [f]ue el dilema en que transcurrió el inicio de nuestra República. La expulsión y muerte de Agustín de Iturbide, así como la promulgación del Acta Constitucional y de la Constitución Federal de 1824, no resolvían la indecisión, sino que la comenzaban”.⁹

Asimismo, triunfante la Revolución de Ayutla de 1854, se llamaba a un Congreso extraordinario, mismo que iniciaba sus labores el 18 de febrero de 1856, y en junio la Comisión de Constitución presentaba un proyecto de Constitución que en esencia mantenía el federalismo como forma de gobierno e incorporaba al texto constitucional el liberalismo económico, las garantías individuales y el principio de la separación Iglesia-Estado.¹⁰ De esta forma, tanto al finalizar la citada revolución, como concluida la Guerra de Reforma, se optaba nuevamente por el federalismo como sistema de organización estatal.

Por último, para nadie es desconocido que el Ejército Constitucionalista, dirigido por Venustiano Carranza y delineado en el Plan de Guadalupe, pretendió el restablecimiento pleno de la Constitución de 1857 con las adecuaciones necesarias conforme a los intereses y aspiraciones que se habían generado desde el levantamiento maderista.¹¹ Así, en la reforma total a dicha Constitución, promulgada el 5 de febrero de

1917, quedaría de igual forma establecido el sistema federal.

De lo anterior, no resultaría equivocado afirmar que, derivado de los principales movimientos sociales que el Estado mexicano ha experimentado en su seno —Independencia, Reforma y Revolución—, se terminaría por consagrar en los textos fundamentales al federalismo como sistema de organización estatal, lo que permite advertir que nuestro país ha tenido siempre una relación muy singular con dicho sistema. De hecho, “el principio federativo delineado por las Constituciones de 1824 y 1847 fue ratificado y confirmado por las Constituciones de 1857 y 1917, [por lo que] se puede afirmar que una de las ‘ideas-fuerza’ de nuestra historia constitucional ha sido [...] el sistema federal”.¹²

Ahora bien, en contraposición al dato histórico, el cual resulta interesante y relevante en la medida en que la Constitución —ordenamiento fundamental del Estado— no se limita a ser un documento jurídico, sino, ante todo, un documento con alto contenido político e histórico; no obstante, no puede dejarse de advertir que de las 642 reformas que por artículo registra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) al día de hoy,¹³ el artículo 73 constitucional ha sufrido 75 de ellas, convirtiéndose así en el artículo de nuestra Ley Fundamental que en más ocasiones ha sido modificado por el Poder Constituyente constituido, lo cual resulta ilustrativo para efecto de nuestro análisis, si se considera que tal precepto aglutina las facultades y materias en que puede legislar el Congreso de la Unión, por lo que, de cara al principio de facultades explícitas previsto en el artículo 124 constitucional, dicho listado se erige en el conjunto de materias en que los estados de la República no pueden intervenir. Así, “en la práctica ha operado un proceso centralizador en el terreno administrativo, proceso que se ha dado tanto de la Federa-

⁷ ZORAIDA VÁZQUEZ, JOSEFINA, “El establecimiento del México independiente (1821-1848)”, en VON WOBESER, GISELA (coord.), *Historia de México*, FCE, México, 2010, p. 167.

⁸ PATIÑO CAMARENA, JAVIER, “El federalismo ha sido en la historia constitucional de México una ‘idea-fuerza’ que en el presente se requiere concretizar”, en VALADÉS, DIEGO, Y CARBONELL, MIGUEL (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. II, UNAM-IIIJ, México, 2006 (Serie Doctrina Jurídica, núm. 357), pp. 673 y 674.

⁹ GONZÁLEZ OROPEZA, MANUEL, “Características iniciales del federalismo mexicano”, en FRANK SMITH, JAMES (coord.), *Derecho constitucional comparado. México-Estados Unidos*, t. I, IIIJ-UNAM, México, 1990, p. 229.

¹⁰ *Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, 4ª ed., Secretaría de Gobernación, México, 2009, p. 425.

¹¹ *Ibidem*, pp. 605 y 606.

¹² PATIÑO CAMARENA, JAVIER, “El federalismo ha sido en la historia constitucional de México una ‘idea-fuerza’ que en el presente se requiere concretizar”, *op. cit.*, p. 676.

¹³ El dato se obtuvo el día 19 de octubre de 2015 de la página de internet: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil

ción respecto de los estados, como de los estados con relación a los municipios”.¹⁴

De esta forma, se observa que en materia de reformas constitucionales existe una clara tendencia que deja ver el ensanchamiento del ámbito competencial de la Federación y, en consecuencia, la limitación de la competencia residual con la que originalmente cuentan los estados de la República.

No por nada se propone, a partir del presente análisis, determinar si, derivado de dicha tendencia, puede o debe hablarse de un “federalismo dúctil”, no sólo por el incremento de materias y facultades a favor de los poderes federales (federalización de materias), o del incremento de facultades concurrentes en las que es la autoridad federal la que termina por delimitar las competencias entre Federación, estados, Distrito Federal y municipios (federalismo cooperativo), sino, ante todo, de la generación de nuevas categorías de facultades, como lo es la expedición de la “**legislación única**” en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, legislación la cual está llamada a regir en la República en el orden federal y en el fuero común, de conformidad con el artículo 73, fracción XXI, inciso c), de nuestra Constitución, lo cual parece obedecer más a un Estado unitario o centralista que a un sistema federal. Por ello se afirma que “el federalismo mexicano tiene que entenderse jurídicamente, [es decir, tiene] que desagregarse en la multiplicidad de modos que lo componen, [ya que] uno es el modo de entenderlo en materia educativa, otro en seguridad pública, otro en asentamientos humanos, otro en salud, otro en ecología y así sucesivamente”.¹⁵

En palabras del ministro JOSÉ RAMÓN COSÍO, “ello propicia que —en algunos casos— el federalismo se constituya por una ley general donde el Congreso de la Unión distribuye las competencias, en otro con base en acuerdos de coordinación, o en otro más por lo que cada una de las partes entiende

es ‘su’ competencia, por ejemplo. [En suma,] el resultado de la combinación entre el modo de asignar competencias por la materia, tal como se ha venido haciendo en el país en los últimos 40 años, es la construcción de un sistema jurídico nacional sumamente insuficiente. Reglas particulares, proliferación de contradicciones, esquemas diferenciados, huecos palpables son las constantes de eso que, por comodidad de la exposición, seguimos llamando ‘el’ sistema federal mexicano”.¹⁶

No hay duda de que las afirmaciones anteriores son ciertamente sugerentes, y más por referirse a nuestro sistema de organización estatal, razón por la cual vemos necesario adentrarnos al análisis jurídico-constitucional de dicho sistema a efecto de esclarecer el estatus que guarda hoy en relación con la teoría constitucional y, ante todo, advertir la manera en que se ha modificado a partir de las reformas y adiciones que se han realizado a nuestra Constitución.

Es por ello que hemos considerado necesario analizar, desde el punto de vista de la teoría constitucional, esta nueva categoría que se ha introducido en la Constitución mexicana, a efecto de aportar algunas reflexiones que nos permitan identificar el lugar en que debemos ubicar a la “**legislación única**” dentro de la teoría de los órdenes jurídicos, advertir los efectos y consecuencias que deberán producirse con la inclusión de esa novel categoría constitucional, así como revisar de manera integral la compleja fórmula constitucional de distribución de competencias que posee hoy nuestra Ley Fundamental.

Generando un diálogo con otras experiencias del orbe, resulta muy ilustrativo el análisis realizado por K. HESSE, quien, a partir de la experiencia federal alemana, vierte algunas afirmaciones que sin duda nos invitan a la reflexión. No hay que olvidar que el sistema federal alemán ha sido referente para el diseño de nuestro constitucionalismo reciente.¹⁷ Así, por ejemplo, si bien la Ley Fundamental de 1949 se basó principalmente en el principio de federalismo dual —afirma

¹⁴ PATIÑO CAMARENA, JAVIER, “El federalismo ha sido en la historia constitucional de México una ‘idea-fuerza’ que en el presente se requiere concretizar”, *op. cit.*, p. 676.

¹⁵ COSÍO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN, “El sistema federal como problema”, *El Universal*, Opinión, 14 de octubre de 2014, <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2014/10/72811.php>

¹⁶ *Ídem*.

¹⁷ Ya en el 2004, MIGUEL CARBONELL afirmaba que con las reformas al artículo 73, concretamente la relativa a la materia de turismo (art. 73, fracción XXIX-K), en México “se ha cambiado el modelo de federalismo dual por un modelo (no concluido, pero que parece irse afirmando en las más recientes reformas constitucionales) más cercano al ‘federalismo cooperativo’, tomando como ejemplo, en algunos aspectos, del ya mencionado federalismo alemán”. (Véase CARBONELL, MIGUEL, “La reforma constitucional al artículo 73 en materia de turismo”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 11, México, julio-diciembre de 2004, p. 251).

Hesse—, a medida que el tiempo ha ido pasando la federación ha ido ganando peso, sobre todo en el campo legislativo, donde devino opresivamente preponderante. De esta forma, en la década de los sesenta esta imagen clásica fue completada, por no decir corregida, por la idea del “Estado federal unitario” debido a que la Federación ganaba peso de manera importante frente a los *Länder*.¹⁸

En razón de lo anterior, hablar de “federalismo dúctil” no necesariamente es hablar de un sistema federal que ha colapsado o de que es un sistema fallido en México, sino, más bien, de aceptar que atendiendo a nuestra particular forma de ser como Estado quizá debamos encontrar nuevas categorías dentro de los sistemas de organización estatal ya existentes. Al final, no debe perderse de vista que el calificativo “dúctil”¹⁹ no sólo representa realidades peyorativas —deformable, condescendiente o acomodadizo—, sino que su semántica es capaz de esbozar significados que impliquen una virtualidad: su maleabilidad.²⁰ Así, al hablar de “federalismo dúctil” tenemos la oportunidad de diseñar un sistema federal que —sin romperse— presente pocas resistencias en su adaptabilidad y, ante todo, sea capaz de seguir respetando las diversidades en donde deban seguir existiendo.

No perdamos de vista que, como todo sistema, el federalismo es medio, no fin, por lo que los constitucionalistas siempre estaremos obligados a reflexionar en torno a la posible modificación de tales medios en aras de que cumplan de mejor manera su finalidad; en este caso: la organización del Estado de una forma que —parafraseando a LASSALLE— la “Constitución jurídica” y la “Constitución real” se correspondan cada vez más y mejor.²¹ Así, si partimos por reconocer, por un lado, las diferencias regionales que hay en nuestro

país, pero, por el otro, los grandes retos nacionales que nos comprometen a todos, hoy estamos obligados a hacer dúctil nuestro sistema federal. En palabras de BEATRIZ MALDONADO SIMAN, “[...] el federalismo debe considerarse como una técnica constitucional, y su vigor y existencia deben apoyarse en su capacidad de adaptación a las circunstancias”.²²

En definitiva, coincidimos en que “[...] revisar el sistema federal mexicano es [...] uno de los temas más relevantes que se pueden enfrentar a fin de, con todo lo complejo que ello sea, solventar muchos de los grandes problemas nacionales. Hacerlo es un acto fundacional, verdaderamente estructurante de los cauces por los cuales debiera transcurrir nuestra vida nacional. Mientras no enfrentemos el tema con profundidad y totalidad, seguiremos enmarañando las cosas, aun ahí donde con la mejor buena fe se piense estar generando soluciones”.²³

II. Del federalismo “dual”, pasando por el federalismo “cooperativo” y arribando al federalismo “dúctil”

Si en materia de organización del Estado no se sabe, a veces, hacia donde vamos, bueno será, al menos, saber de dónde venimos.²⁴

JOSÉ JUAN GONZÁLEZ ENCINAR

2.1. Una precisión histórico-conceptual: ¿“federalismo hamiltoniano” o “federalismo jeffersoniano”?

A efecto de adentrarnos en el análisis que nos hemos propuesto realizar, debemos desarrollar de manera su-

¹⁸ Cfr. HÄBERLE, PETER, *El federalismo y regionalismo como forma estructural del Estado constitucional*, IJ-UNAM, México, 2006, p. 12.

¹⁹ “Dúctil”, del lat. *ductilis*. 1. adj. Dicho de un metal: Que admite grandes deformaciones mecánicas en frío sin llegar a romperse. 2. adj. Dicho de un metal: Que mecánicamente se puede extender en alambres o hilos. 3. adj. maleable (l que puede batirse y extenderse). 4. adj. Dicho de algún cuerpo no metálico: Fácilmente deformable. 5. adj. Acomodadizo, de blanda condición, condescendiente. (Vid. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, <http://dle.rae.es/>)

²⁰ “Maleable”, del lat. *Malleus*, “martillo”, y *-ble*. Dicho de un material: Que se le puede dar otra forma sin romperlo. (Vid. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, <http://dle.rae.es/>)

²¹ LASSALLE, FERNANDO, *¿Qué es la Constitución?*, Cenit, Madrid, 1931, pp. 66 y 65.

²² MALDONADO SIMAN, BEATRIZ, “Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la Teoría General del Federalismo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXV, núm. 75, México, septiembre-diciembre de 1992, p. 813, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/75/art/art3.pdf>

²³ COSSÍO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN, “El sistema federal como problema”, *El Universal*, Opinión, 14 de octubre de 2014, <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2014/10/72811.php>

²⁴ SERNA DE LA GARZA, JOSÉ MARÍA, “Elementos conceptuales para el análisis del Estado federal mexicano”, en VALADÉS, DIEGO, y CARBONELL, MIGUEL (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, t. II, UNAM-IJ, México, 2006 (Serie Doctrina Jurídica, núm. 357), p. 208.

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil

cinta un estudio mínimo que nos permita partir de una misma base conceptual.

Comencemos por hacer una pregunta que podría molestar a Perogrullo: ¿qué significa ser federalista? Lo cierto es que la interrogante no es tan sencilla, ya que podría contestarse a partir de dos ideas políticas diversas que se circunscriben a realidades históricas diferentes. De esta manera, las respuestas serían muy diversas si la pregunta se hiciera, por ejemplo, a ALEXANDER HAMILTON o a THOMAS JEFFERSON. Veamos.

No perdamos de vista que antes de aprobarse la Constitución norteamericana de 1787, los *founding fathers* habían concertado una alianza entre las trece colonias independientes a partir de los artículos de la Confederación. Dicho sistema tuvo serios problemas debido a que no incluía mecanismos que pudieran garantizar la permanencia de las limitadas autoridades confederales que previó.

En ese contexto, es fácil advertir que HAMILTON, quien fuera secretario del Tesoro en el gabinete de WASHINGTON y uno de los autores —junto con JAMES MADISON y JOHN JAY— de *El federalista*, no dudaría en afirmar que tal categoría consiste en generar un diseño en el que la dinámica constitucional gire en torno a los poderes federales, es decir, hablar de un “federalismo hamiltoniano” significará entender que en dicho sistema de organización estatal debe optarse por el fortalecimiento de los poderes federales, no así de las autoridades locales. De esta manera, subyace en el fondo del “federalismo hamiltoniano” una tendencia claramente centralizadora. A continuación nos permitimos reproducir parte de las ideas con base en las cuales justificaba dicha tendencia. Veamos.

Para conformarnos al plan que he trazado para la discusión de esta materia nos corresponde ahora examinar este punto: “La insuficiencia de la Confederación actual para conservar la Unión”. Quizás se me pregunte qué necesidad hay de razones o de pruebas para esclarecer un punto que nadie discute ni pone en duda, sobre el que están de acuerdo el entendimiento y los sentimientos de los hombres de todas clases y que, en sustancia, está admitido tanto por los enemigos como por los amigos de la nueva Constitución. Debe reconocerse en honor a la verdad que por mucho que éstos difieran en otros puntos, casi todos están conformes en que nuestro sistema nacional adolece de defectos sensibles y que es indispensable hacer algo para salvarnos de la anarquía inminente.

Los hechos en que se apoya esta manera de pensar ya no se discuten. Se han impuesto a la sensibilidad del público en general, arrancando, por fin, a aquellos cuya equivocada política nos ha precipitado en la pendiente donde estamos, una desganaada confesión de la existencia de esos defectos en el diseño de nuestro gobierno federal, que fueron señalados y lamentados hace mucho por los partidarios inteligentes de la Unión.

[...]

Ésta es la melancólica situación a la que nos han traído esas mismas máximas y esos consejos que ahora quisieran disuadimos de adoptar la Constitución propuesta; y que no contentos con habernos conducido al borde de un precipicio, parecen dispuestos a arrojarnos al abismo que abajo nos aguarda...

Es cierto, como anteriormente observamos, que algunos hechos, demasiado fuertes para poderlos resistir, han producido una especie de asentimiento general a la proposición abstracta relativa a que existen defectos graves en nuestro sistema nacional; pero la utilidad que pudiera tener el que lo admitan los viejos adversarios de las medidas federales, queda destruida por la obstinada oposición a un remedio que se apoya en los únicos principios que pueden hacerlo triunfar. Mientras aceptan que el gobierno de los Estados Unidos está desprovisto de energía, sostienen que no deben conferírsele los poderes indispensables para suplir esa energía. Parece que aspiran aún a cosas contrarias e inconciliables; a un aumento de la autoridad federal, sin disminuir la autoridad de los Estados; a la soberanía por parte de la Unión y a la completa independencia en sus miembros. Finalmente, parecen alimentar todavía con devoción ciega el monstruo político de un *imperium in imperio*...

[...]

El gran vicio de raíz que presenta la construcción de la Confederación existente está en el principio de que se legisle para los ESTADOS o los GOBIERNOS, en sus CALIDADES CORPORATIVAS O COLECTIVAS, por oposición a los INDIVIDUOS que los integran [...] De ahí resulta que, aunque las resoluciones referentes a estos fines son leyes en teoría, que obligan constitucionalmente a los miembros de la Unión, en la práctica constituyen meras recomendaciones, que los Estados acatan o desatienden según les place.

[...]

No hay nada absurdo ni irrealizable en la idea de una liga o alianza entre naciones independientes para ciertos fines determinados, que se enuncian con precisión en un tratado que reglamenta todos los detalles de tiempo,

lugar, circunstancias y cantidades; no dejando nada al azar, y descansando para su cumplimiento en la buena fe de ambas partes.

[...]

Pero si no deseamos vernos en tan peligrosa situación; si nos adherimos aún al proyecto de un gobierno nacional o, lo que es lo mismo, de un poder regulador bajo la dirección de un consejo común, debemos decidirnos a incorporar a nuestro plan los elementos que constituyen la diferencia característica entre una liga y un gobierno; debemos extender la autoridad de la Unión a las personas de los ciudadanos —los únicos objetos verdaderos del gobierno—.

[...]

En nuestro caso, es indispensable el acuerdo de las trece voluntades soberanas que componen la Confederación para obtener el cumplimiento completo de toda medida importante emanada de la Unión.²⁵

En contra de esta postura, Thomas Jefferson sería de esos “enemigos” a los que se refiere Hamilton y, por tanto, líder de los “anti-federalistas”, ya que defendería la necesidad de que la Constitución no otorgara demasiado poder a las autoridades federales y, por el contrario, fortaleciera la posición de los estados federados. Así lo expresaba:

[...] es una verdad confirmada por la infalible experiencia de los siglos, que todo hombre y todo cuerpo de hombres al que se confiere un poder, siempre está dispuesto a aumentarlo y a superar todo aquello que se interponga en su camino. Esta disposición, inscrita en la naturaleza humana, llevará al cuerpo legislativo federal a menoscabar y, en último término, a anular la autoridad de los estados, y sin duda triunfará en tal empresa, dadas las ventajas con las que cuenta, si es que llega a prosperar el gobierno federal.²⁶

En relación con el debate suscitado en los albores del Estado norteamericano, nación la cual sería, precisamente, la que aportaría al constitucionalismo contemporáneo el diseño del sistema federal moderno,²⁷ es que consideramos importante reparar brevemente en la conceptualización que del federalismo se puede tener, ya que, tal y como se ha visto, el “*federalismo hamiltoniano*” de finales del siglo XVIII significaba, en realidad, una tendencia centralizadora que impulsaba el fortalecimiento de las autoridades federales; por el contrario, el “*federalismo jeffersoniano*” era genuino en la medida en que defendía las autonomías de los estados federados. Es por ello que hablar de un *federalismo dúctil* significará hacerlo desde ésta última óptica, es decir, un federalismo que se ha acercado a un sistema en el que se fortalece el ámbito federal dando pie a una tendencia centralizadora por considerarse así conveniente o necesario.

En otras palabras, si los dos extremos de sistemas de organización estatal podemos ubicarlos entre el centralismo y el federalismo, el “*federalismo dúctil*” deberá entenderse como el sistema de aquellos países que diseñaron esquemas normativos que partían de un federalismo genuino o *jeffersoniano*, pero que han ido paulatinamente asumiendo características centralistas propias de un Estado unitario. De esta manera, tales características se configuran en verdaderos²⁸ del sistema federal, a efecto de, como se ha mencionado, generar un sistema federal que —sin romperse— posea la maleabilidad necesaria para responder a temas nacionales al igual que a preocupaciones regionales.²⁹

Por el contrario, el análogo del federalismo dúctil pero respecto del centralismo propio del Estado unitario sería el “Estado regional” (en palabras de FIX-ZAMUDIO)³⁰, o también denominado “federalismo débil” (en palabras de PETER HÄBERLE) o “Estado

²⁵ HAMILTON, ALEXANDER, *et al.*, *El federalista*, 7ª reimpr., trad. de GUSTAVO R. VELASCO, FCE, México, 2000.

²⁶ SÁNCHEZ-CUENCA, IGNACIO, *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la Constitución americana*, Alianza, Madrid, 2002.

²⁷ Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA, PAOLO, *Introducción al Derecho constitucional comparado*, FCE, México, 1996, pp. 115 a 119.

²⁸ El concepto de “temperamento” se utiliza en el sentido en que lo utiliza don GABINO FRAGA cuando desarrolla el tema del principio de división de poderes y establece que tal principio posee excepciones y temperamentos, siendo éstos aquellas hipótesis constitucionales en las que se atempera el principio, pero éste no deja por eso su carácter primordial. (Cfr. FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, 40ª ed., Porrúa, México, 2000, pp. 66 y ss.) En sentido idéntico se utiliza el concepto en criterios históricos como lo es el siguiente: Registro No. 334 266. RECONSIDERACION ADMINISTRATIVA. Localización: [TA]; 5a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Tomo XLVIII; p. 1332.

²⁹ «Maleable», del lat. *Malleus*, “martillo”, y *-ble*. Dicho de un material: Que se le puede dar otra forma sin romperlo. (*Vid. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, <http://dle.rae.es/>)

³⁰ Cfr. FIX ZAMUDIO, HÉCTOR, y VALENCIA CARMONA, SALVADOR, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 7ª ed., Porrúa, México, 2010.

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil

federal atenuado” (en palabras de LA PERGOLA).³¹ Estas categorías, como se veía, han sido utilizadas ante experiencias de Estados unitarios que han ido reconociendo ciertas autonomías hacia su interior.

Realizada esta precisión histórico-conceptual, podemos ahora proceder a un breve análisis del movimiento que dentro del sistema federal hemos propuesto como título del presente apartado. Veamos.

2.2. El federalismo “dual” como lógica inicial del Constituyente queretano de 1916

Sea un federalismo propuesto por HAMILTON o JEFFERSON, el común denominador entre ambas posturas será el hecho de advertir que la esencia de todo sistema federal se puede resumir en un solo concepto: “coexistencia”. Así, no hay duda de que el elemento esencial de cualquier federalismo —independientemente de los adjetivos calificativos que podamos asignarle— consiste en que se genera un conjunto de condiciones, tanto políticas, fácticas y jurídicas, que permiten la coexistencia de diversas autoridades (órdenes de gobierno) dentro del mismo territorio. Desde el punto de vista de sus génesis, el sistema federal importa, al menos, la coexistencia de dos esferas competenciales: **(i)** la local, que es propiamente la autoridad natural, primigenia u originaria, y **(ii)** la federal, que más bien nace a partir del pacto entre las diversas voluntades locales, por lo que resulta ser una autoridad artificial o derivada.

Es por ello que, para lo que aquí interesa, desde el punto de vista jurídico será indispensable que en toda Constitución federal se determine un *fórmula de distribución de competencias* lo suficientemente clara y precisa a efecto de que evite, en la mayor proporción posible, la colisión de esferas competenciales por ambigüedades en la cláusulas de reparto. Así, la también denominada *fórmula constitucional* se hace consustancial al federalismo mismo.

Es por ello que las principales características que en abstracto se le atribuyen a lo que podríamos denominar un sistema federal “puro”, son las siguientes:

- Igualdad entre los diversos estados miembros que se ven representados generalmente en una segunda cámara.
- Competencia residual de dichos estados miembros a diferencia de la competencia explícita de las autoridades federales.
- Originalidad de sus órdenes jurídicos, ya que el orden federal sólo se limita a señalarles límites específicos.
- Participación de los estados miembros en la formación de las normas constitucionales.
- Existencia de una autoridad jurisdiccional que resuelve las controversias entre los estados miembros y entre éstos y el Estado federal.³²

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos ahora terminar de hacer las precisiones conceptuales que sugiere el título del presente apartado. Cuando se hace referencia al federalismo “dual” o clásico nos referimos al sistema diseñado por los padres fundadores del constitucionalismo norteamericano, razón por la cual también suele hablarse de “*modelo de asignación dual de competencias*”.

De esta forma, en

“el federalismo clásico —afirma Valencia Carmona— la idea era distribuir el poder estatal en dos niveles territoriales distintos, el general y el regional, de modo que a cada uno de ellos incumbía por disposición constitucional una esfera de atribuciones que ejercía de manera autónoma. [Así, el] llamado también federalismo dual, se distingue, en síntesis, por la separación de dos instancias de gobierno, de dos órdenes coextensos, es decir, una mera relación de yuxtaposición”.³³ En simples y llanas palabras, en el federalismo dual las competencias que no “caen” de un lado —el federal—, “caen” del otro —el local—.

Por lo que hace al constitucionalismo norteamericano, encontramos como antecedente de tal dualidad el segundo de los Artículos de la Confederación. No olvidemos que al obtener la independencia de Inglaterra, las trece colonias optaron por impulsar

³¹ Cfr. GARCÍA ROCA, JAVIER, “Homogeneidad y asimetría en el modelo autónomo español”, *Asimetría y cohesión en el estado autonómico*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, p. 53.

³² Cfr. TENA RAMÍREZ, FELIPE, *Derecho constitucional mexicano*, op. cit., pp. 112 y ss.

³³ VALENCIA CARMONA, SALVADOR, “En torno al federalismo mexicano”, en HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA, y VALADÉS, DIEGO (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos*, IIJ-UNAM, México, 2003, pp. 374 y 375.

el proyecto político de confederación, por lo que en dicho precepto se señalaba que cada “[...] *Estado mantiene su soberanía, libertad e independencia, así como todo poder, jurisdicción y derecho que no haya sido expresamente delegado a esta Confederación a través del Congreso*”. Luego, la lógica del pacto era a tal grado tan evidente, en el sentido de que los poderes confederales sólo podrían tener aquellas facultades que expresamente les otorgaran los estados miembros, que la Constitución de 1787 —federal, propiamente dicho— no incluyó cláusula alguna en esa dirección.

Sin embargo, en aquel entonces la pugna entre federalistas (Hamilton) y anti-federalistas (Jefferson) era tal que dentro del primer paquete de reformas aprobadas en 1791 se incluía la Décima Enmienda, la cual señalaría que los “*poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los estados, quedan reservados a los estados respectivamente o al pueblo*”. De esta manera el *federalismo* jeffersoniano lograba incorporar el fundamento jurídico positivo de lo que posteriormente sería el entendimiento del federalismo dual: un sistema en el que, por así convenir a la unidad de todos, son los estados federados los que se despojan de atribuciones para arregarlas a las autoridades centrales. Incluso, la propia jurisprudencia norteamericana no ha reparado en afirmar que tal cláusula —la Décima Enmienda— resulta una perogrullada, toda vez que la historia misma de la formación de los EUA da cuenta de la lógica del pacto.³⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, no sería difícil que el Constituyente de 1824, al tomar como decisión política fundamental la refundación del Estado mexicano, pero ahora eligiendo un sistema federal, decidiera establecer la lógica norteamericana. Así, aun y cuando no existía con toda certeza una cláusula que así lo dijera, el artículo 50 de aquel texto fundamental enlistaría las facultades «*exclusivas*»³⁵ del Congreso General, imponiéndole a éste un objetivo genérico que debería velar en todas sus actuaciones: **(i)** sostener la

independencia nacional, y proveer a la conservación y seguridad de la nación en sus relaciones exteriores; **(ii)** conservar la unión federal de los estados, y la paz y el orden público en lo interior de la federación; **(iii)** mantener la independencia de los estados entre sí en lo respectivo a su gobierno interior; y **(iv)** sostener la igualdad proporcional de obligaciones y derechos que los estados tienen ante la ley.

Como se observa, era evidente, en la conciencia del Constituyente de 1824, que las facultades con que contaría el Congreso General no sólo eran exclusivas, es decir, únicas, sino que sólo tendrían justificación en la medida en que fueran ejercidas en beneficio de la independencia de los recién instituidos estados federados.

Luego, la dualidad en el sistema federal mexicano se confirmaría por el Constituyente queretano de 1916, toda vez que se establecía en el artículo 124 lo que de acuerdo a la teoría de la Constitución mexicana conocemos en nuestro país como “*principio de facultades explícitas*” o “*principio de competencia residual*” —según se le quiera ver—,³⁶ por el cual las facultades que no estén expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales se deben entender reservadas a los Estados.

De esta forma, nacía así un texto con una fórmula de asignación dual de competencias y, en paralelo, un artículo 73 constitucional que si bien ya poseía 30 fracciones delimitando así las facultades concedidas a las autoridades federales, habría de ser claramente ensanchado en su espectro material, al punto de que hoy cuenta ya con más de 75 reformas en su seno. Aunado a tal crecimiento de los ámbitos competencia de los poderes federales, de lo cual daremos cuenta a continuación al analizar el *federalismo cooperativo*, es importante mencionar que desde el texto original de 1917 se plantó una semilla que a la postre serviría para impulsar dicho federalismo. Nos referimos al artículo 117 *in fine*.

Dicha cláusula, al señalar que *el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados dictarán, desde luego, leyes encaminadas a combatir el alco-*

³⁴ En el caso *United States v. Darby* 312 U.S. 100 (1941), la Corte afirma lo siguiente: “‘The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people’. The amendment states but a truism that all is retained which has not been surrendered. There is nothing in the history of its adoption to suggest that it was more than declaratory of the relationship between the national and state governments as it had been established by the Constitution before the amendment, or that its purpose was other than to allay fears that the new national government might seek to exercise powers not granted, and that the states might not be able to exercise fully their reserved powers. See e.g., *II Elliot’s Debates*, 123, 131; *III id.* 450, 464, 600; *IV id.* 140, 149; *I Annals of Congress*, 432, 761, 767-768; *Story, Commentaries on the Constitution*, §§ 1907-1908”.

³⁵ “Exclusivo, va”. Único, solo, excluyendo a cualquier otro (cfr. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, www.rae.es).

³⁶ Cfr. TENA RAMÍREZ, FELIPE, *Derecho constitucional mexicano, op. cit.*, pp. 115 a 199.

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil

holismo, resulta representativa ya que aún y cuando el texto original de la Constitución mexicana asumía el modelo de asignación dual —lo que no cae de un lado cae del otro—, establecía un mandato a ambos órdenes de gobierno, el federal y el local.

De inmediato se genera la duda respecto de su contenido de cara al sistema federal-dual diseñado. De hecho, en los debates constituyentes se puede advertir un disenso respecto de la inclusión de dicho precepto entre el diputado por el otrora Distrito Federal, Gerzayn Ugarte, y el diputado del estado de Jalisco, Federico E. Ibarra. Así, ante una cláusula que suponía desatender la fórmula de reparto del artículo 124 constitucional, el primero de los constituyentes, con fina ironía manifestaba lo siguiente:

Yo no sé hacer discursos, no los preparo, no hay necesidad, porque la Asamblea es bastante culta y consciente para querer sorprenderla con recursos de oratoria.

[...] y bien, señores diputados, ya estamos llegando en nuestros principios federalistas al extremo contrario, ya nos conformamos con señalarles a la legislaturas de los Estados quince diputados para que las integren; ya no queremos que sus municipios sean una Entidad libre dentro de los Estados; hoy queremos restringir no sólo la autoridad soberana de los Estados, sino hasta la vida económica de los mismos; yo me opongo [...] eso compete a las legislaturas locales, eso debe dejarse a los gobernadores de los Estados, quienes honrada y patrióticamente e inspirados en altos ideales de mejorar a la raza, refrenen, castiguen, ahoguen, todo intento de reacción para el vicio [...] Por eso me opongo a que se apruebe la moción al debate, para dejar a los Estados en completa libertad, a fin de que legislen en materia de prohibición de alcoholes y no les quitemos fuertes ingresos que representan su supervivencia; no les demos bases, aunque éstas se invoquen en los más hermosos de los sentimientos, diciendo que el vicio debe combatirse en la República por medio de un precepto dictado por el Congreso Constituyente y consignado en las páginas de la Carta Magna. Yo me opongo a que sigamos atacando el derecho que cada Estado debe tener para que al constituirse en forma definitiva toda su libertad de expresión en las nuevas leyes que elabore, para todo aquello que beneficie a los pueblos de cada Entidad de la República, para todo aquello que signifi-

que restricciones, para todo aquello que le perjudique en su absoluta libertad.³⁷

Como puede observarse, el diputado Ugarte veía una afrenta al federalismo por parte del artículo 117 *in fine*, ya que así se violentaba la autonomía estatal. No obstante, en la misma sesión el diputado Ibarra sostendría el alegato contrario, al manifestar lo siguiente:

Voy a aclarar a ustedes las razones de la iniciativa que han cambiado de una manera notable los señores que han hablado en contra de ella. En primer lugar, señores, no se va a violar la soberanía de los Estados como acaba de decirlo el señor diputado Ugarte. Esta es una adición que se hace al artículo 117 para que las legislaturas de los Estados legislen sobre el alcoholismo y tengan una base sobre el particular; únicamente se pretende que se fijen las bases constitucionales; así es que desde luego la impugnación del señor Ugarte es infundada; en segundo lugar.³⁸

Más allá de lo que pudiera opinarse en torno a la materia que le da contenido a la cláusula objeto de nuestro análisis —combate al alcoholismo—, lo cierto es que su inclusión en el texto original de la Constitución de 1917 genera una alteración al modelo de asignación dual de competencias, en la medida de que en dicha materia podrán legislar ambos órdenes de gobierno, lo cual es destacado simplemente para dejar constancia de la existencia de este elemento en nuestra Constitución desde su texto original, mismo que resulta ser un tanto ajeno al sistema federal.

Como puede observarse, ya desde los debates constituyentes existía un vigoroso forcejeo en torno a este tipo de cláusulas, las cuales no serán sino el fundamento del movimiento de nuestra Ley Fundamental, según el cual se irá abandonando el modelo de asignación dual para transitar al denominado *federalismo cooperativo*. Veamos.

2.3. El federalismo “cooperativo” como evolución del sistema federal mexicano: sus características y problemáticas

Por lo que hace al “*federalismo cooperativo*”, se configura en una adecuación al federalismo dual en la medida en que centra su diseño en conseguir la cola-

³⁷ Sesión celebrada la tarde del jueves 25 de enero de 1917.

³⁸ *Idem*.

boración de los diversos órdenes de gobierno para la consecución de determinados fines. Sus principales características —afirma Valenzuela Mendoza— son las siguientes:

- Coparticipación de poderes y funciones entre las distintas entidades de gobierno, básicamente las federales y las estatales;
- El federalismo excluye aquí toda rigidez, a la vez que promueve diversas formas de cooperación; y
- El carácter esencialmente práctico lo coloca al margen del debate sobre la supremacía y centra la cooperación en la implementación de programas y planificación de acciones y soluciones de política.³⁹

En este sentido, el “*federalismo cooperativo*”, tal y como se verá más adelante, tiene por finalidad generar un sistema de organización estatal que, sin demeritar la distribución de competencias y las responsabilidades que le son correlativas, posibilite la atención por parte de todos los miembros federados de los grandes retos que le exigen a todas las autoridades una adecuada y conveniente coordinación y colaboración.

Por lo que hace al constitucionalismo mexicano, y sin tomar en consideración el elemento que ya hemos resaltado como contenido original del artículo 117, *in fine*, de nuestra Ley Fundamental, resulta paradójico advertir que los conceptos de “*colaboración*”, “*coordinación*” o “*conurrencia*” en el sentido del federalismo cooperativo al que nos hemos referido, no aparecen en ese mismo texto original, razón de más para reiterar que el federalismo concebido por el Constituyente queretano era genuinamente de corte dual.⁴⁰

Por tanto, debe destacarse que el desarrollo de tal federalismo cooperativo se inició con la reforma de 13 de diciembre de 1934 a los artículos 73, fracción XXV, y 3° constitucionales, en la que se le confirió al Congreso de la Unión la facultad de “*dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los Estados y los Municipios el ejercicio*

de la función educativa...” Sin embargo, como dicha reforma tenía como fin originario imprimirle un sentido socialista a la educación, poco se puede rescatar de los trabajos parlamentarios para efectos de nuestro análisis.

Es por ello que debemos referirnos inmediatamente a la reforma constitucional que en materia de asentamientos humanos se publicó el 6 de febrero de 1976. Como resultado de aquella enmienda, se adicionó la fracción XXIX-C al artículo 73 constitucional para establecer lo siguiente:

Art. 73.- El Congreso tiene facultad:

XXIX-C.- Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución.

Será éste el momento en el que se introduciría dentro de nuestro marco constitucional el concepto de “*conurrencia*” en la lógica del federalismo cooperativo, toda vez que dicha cláusula mandata que el gobierno federal, los estados y municipios deberán concurrir en materia de asentamientos humanos en los términos de la ley que al efecto expida el Congreso. Lo trascendente de esta primera inclusión es que implica un cambio profundo de entendimiento del federalismo norteamericano o dual, generándose con ello la ductilidad a la que nos hemos querido referir dando título al presente estudio.

Nótese, por ejemplo, lo que explicaba el presidente Luis Echeverría dentro de la exposición de motivos que acompañó a esta reforma:

La Constitución de 1917 no contiene ninguna norma que establezca regulaciones en materia urbana, por tanto en los términos del artículo 124 se entiende en principios como una materia reservada a los Estados; sin embargo, es de señalarse que además de las razones históricas que explican la ausencia correspondiente, **la problemática**

³⁹ VALENCIA MENDOZA, RAFAEL ENRIQUE, “El federalismo cooperativo como factor catalizador”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, nueva época, año LVIII, núm. 219, UNAM, México, septiembre-diciembre de 2013, p. 30.

⁴⁰ Cabe señalar que en el texto original de la Constitución mexicana son dos las ocasiones en que se utiliza el término “conurrencia”, pero, como se ha dicho, no tienen relación con la idea de colaboración o coordinación entre ámbitos de gobierno. Se trata del artículo 28 constitucional, cláusula la cual hablaba —y continúa hablando— de “libre concurrencia en la producción”. Por su parte, el artículo 63 constitucional, hablaba —y continúa hablando— de “conurrencia” de los legisladores a las sesiones, a efecto de determinar el quórum de las Cámaras del Congreso de la Unión.

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil

urbana se encuadra dentro de un conjunto de acciones que difícilmente podrían establecer una facultad exclusiva a cualquiera de los niveles de Gobierno por los múltiples elementos, materias y atribuciones, que concurren a la misma.

En los términos de la vigente distribución de competencias del sistema federal mexicano, la Federación ejerce facultades decisivas en el desarrollo urbano, como las correspondientes a la tenencia de la tierra, agua, bosques, contaminación ambiental, vías generales de comunicación, energía eléctrica, y en otras materias, así como lo relativo a la promoción económica, las inversiones públicas de la Federación, tienen impacto determinante en dicho proceso, condicionan las posibilidades del crecimiento agrícola e industrial, y dan origen a la creación de fuentes de trabajo, las que constituyen el elemento de atracción básica en la elección que los grupos humanos toman para asentarse.

La multiplicidad de elementos y de competencias que inciden en el fenómeno urbano nos lleva al principio de que la estructura jurídica que dé regulación al mismo, deberá establecer **la concurrencia de los tres niveles de Gobierno a través de nuevas formas de colaboración de las Entidades Federativas entre sí, y de éstas con la Federación, como única forma de ser congruente al federalismo, dentro de un cauce**

de responsabilidad institucional compartida. Federalizar estas acciones públicas, sería una posición conservadora, antihistórica, que escindiría responsabilidades y afectaría profundamente nuestro sistema federal; sólo la acción compartida entre la Federación y los Estados permitirá una acción intergubernamental de amplia comunicación que dé atención al problema de manera integral.

[Énfasis del autor.]

Como se puede observar, ante una realidad que resultaba indiscutible —la multiplicidad de elementos y de competencias que inciden en el fenómeno urbano— la clase política de la década de los setenta advirtió la necesidad de flexibilizar’ el rígido esquema del federalismo dual, pero teniendo en cuenta que transitando a la concurrencia, a la colaboración entre órdenes de gobierno, el federalismo no se rompía. De hecho, es importante destacar la mención en torno a que la opción de simplemente federalizar la materia sería una posición conservadora, antihistórica, y que afectaría profundamente nuestro sistema federal.

Es así como comenzó un desarrollo importante dentro de nuestra Constitución a efecto de establecer la concurrencia, colaboración o coordinación de los diversos órdenes de gobierno en las siguientes materias:

FIGURA 1. Materias de concurrencia entre los estados y la Federación

Redacción	Artículos	Materia
“La Ley establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas...”	4º	Salud
“Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias...”	73, f. XXIX-C, G, L, P	Asentamientos humanos; protección al ambiente; pesca y acuicultura; derechos de los niños
“Estas leyes establecerán las bases para la concurrencia en materia de [...] de la Federación, Estados y Municipios, así como del Distrito Federal en el ámbito de sus respectivas competencias.”	73, f. XXIX-N	Sociedades cooperativas
“[...] para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función [...]”	73, f. XXV	Educación
“Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios [...]”	73, f. XXIII	Seguridad pública

(continúa)

<i>Redacción</i>	<i>Artículos</i>	<i>Materia</i>
“Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los municipios, coordinarán sus acciones en materia de [...]”	73, f. XXIX-I, Ñ	Protección civil
“Para legislar en materia de [...], estableciendo las bases generales de coordinación de la facultad concurrente entre la Federación, los Estados, el Distrito Federal y municipios [...]”	73, f. XXIX-J, K	deporte y turismo
“Para expedir la ley general de armonice y homologue [...]”	73, f. XXIX-R, T	Registros públicos inmobiliarios, archivos
“Para expedir las leyes generales reglamentarias que desarrollen los principios y bases en materia de [...]”	73, f. XXIX-S	Transparencia y acceso a la información
“Para expedir las leyes generales que distribuyan competencias entre la Federación y las entidades federativas en materias de [...]”	73, f. XXIX-U, V	Procesos electorales, responsabilidades administrativas
“Para expedir las leyes generales que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en las materias de [...]”	73, f. XXI, a)	Secuestro, desaparición forzada de personas, trata de personas, tortura y delitos electoral

Ahora bien, como veremos más adelante, el desarrollo del federalismo cooperativo no ha sido lineal, por lo que hoy podemos hablar de dos especies de dicho federalismo; por un lado, lo que podríamos denominar federalismo cooperativo puro o de colaboración extensa y, por el otro, lo que proponemos denominar un federalismo cooperativo de concurrencia operativa y limitada. Teniendo en cuenta lo hasta ahora dicho, estamos en aptitud de analizar el Código Nacional de Procedimientos Penales, como parte de la “*legislación única*” a la luz del sistema constitucional mexicano. Veamos.

III. La incorporación de la “*legislación única*” en el constitucionalismo mexicano: hacia un federalismo dúctil⁴¹

*Los problemas que enfrentan todos los Estados cambian en el tiempo, por eso las federaciones son dinámicas.*⁴²

JOSÉ MARÍA SERNA DE LA GARZA

3.1. La reforma constitucional que da fundamento al Código Nacional de Procedimientos Penales: inclusión de la “*legislación única*”

⁴¹ No se omite señalar que las siguientes consideraciones fueron diseñadas a efecto de sustentar los conceptos de invalidez planteados en las acciones de inconstitucionalidad promovidas por la Mtra. ARELY GÓMEZ GONZÁLEZ, procuradora General de la República, en las que se adujo que los Congresos locales han invadido la facultad del Congreso de la Unión para expedir la “*legislación única*” en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes.

⁴² SERNA DE LA GARZA, JOSÉ MARÍA, “Elementos conceptuales para el análisis del estado federal mexicano”, en VALADÉS, DIEGO, y CARBONELL, MIGUEL (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, op. cit., p. 208.

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil

Con fecha 8 de octubre de 2013 se publicó el decreto por el que se reformó la fracción XXI del artículo 73 de la CPEUM, a efecto de integrar a la Constitución mexicana, entre otros elementos, la cláusula siguiente:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. a XX. [...]

XXI. Para expedir:

a) y b) [...]

c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

[...]

De esta forma, el inciso c) transcrito arrogaba la facultad al Congreso de la Unión para expedir la “*legislación única*” en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas. Así, resulta fundamental destacar que conforme al proceso legislativo de reforma constitucional que dio lugar a tal adición, el Poder Constituyente establecido consideró de gran importancia que existiera una sola legislación procesal penal, en vez de una por cada entidad federativa más la federal. Se estimó necesario que los procesos penales debían ser uniformes en todo el país. Al respecto, en el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Estudios Legislativos Primera y de Estudios Legislativos Segunda de la Cámara de Senadores, actuando en su carácter de cámara de origen, se señalaba lo siguiente:

En vista de lo anterior, estas Comisiones Dictaminadoras coinciden con lo expuesto en la iniciativa, cuando señala que resulta necesario que las instituciones de procuración e impartición de justicia cuenten con un sistema de justicia penal acorde con la realidad del país, armónico y homogéneo en cuanto al diseño procedimental, a fin de generar una mayor uniformidad y coherencia en la forma en que se desahogan los procedimientos penales, en la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en la ejecución de las penas.

Se comparte además, en que es necesario contar con un Código Procedimental Penal Único de Procedimientos Penales de aplicación en el ámbito federal y local. Al respecto en la exposición de motivos de la iniciativa en análisis se señala lo siguiente:

[...]

Así, tal como se menciona en la iniciativa en análisis, estas Comisiones Dictaminadoras consideran que con la unificación del código adjetivo penal se establecerán criterios homogéneos en materia procedimental, en los mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en la ejecución de penas, con lo que se obtendrán entre otros, los siguientes beneficios:

- a) Una adecuada sistematización y homogeneidad de criterios legislativos;
- b) Condiciones adecuadas para la construcción de una política criminal coherente, articulada e integral;
- c) Una mayor y mejor coordinación entre las instancias encargadas de la procuración de justicia;
- d) Mayor certeza para el gobernado respecto a cuáles son las normas penales de naturaleza adjetiva a observar en todo el país;
- e) Una disminución en los índices de corrupción e impunidad, al existir menores resquicios legales con relación a la actual dispersión de normas; y
- f) Criterios judiciales más homogéneos.

De esta manera, la intención del Poder revisor de la Constitución era clara: la unificación del código adjetivo penal a efecto de establecer criterios homogéneos en materia procedimental, en los mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en la ejecución de penas.

3.2. La reforma constitucional que da fundamento a la “legislación única” en materia de justicia penal para adolescentes

Asimismo, el 2 de julio de 2015 se publicó una nueva adición a la porción normativa en comento para quedar de la siguiente manera:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. a XX. [...]

XXI. Para expedir:

a) y b) [...]

c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas **y de justicia penal para adolescentes**, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Ahora bien, por lo que toca a este último proceso de reforma constitucional, resulta fundamental advertir

que en el dictamen con proyecto de decreto del 21 de abril de 2015, la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados señalaba lo siguiente:

También mereció un análisis profundo, a la luz de sus alcances integrales, la iniciativa presentada por la Sen. Angélica de la Peña Gómez en el sentido de establecer un Sistema Nacional de Justicia Penal para Adolescentes. No pasa inadvertido a los miembros de estas Comisiones Unidas el planteamiento de establecer las tareas del Estado Mexicano en materia de procuración e impartición de justicia para adolescentes y de ejecución de las medidas de tratamiento correspondientes, sobre la base de un servicio nacional a partir de la normatividad que expida el Congreso General y, sobre todo, la concepción de una función nacional. En otras palabras, que la aspiración de unidad legislativa para la homologación de las premisas de acceso a la justicia con pleno respeto a los derechos humanos del presunto infractor y de las víctimas, de normas procesales para la presentación de la causa y el enjuiciamiento, de catálogo de medidas de orientación, asistencia y tratamiento y de criterios para la aplicación del internamiento y sus mínimos y máximos, podría transformarse en la disminución de esferas de atribución y de responsabilidades que, acorde a nuestro sistema federal, hoy tienen las entidades federativas.

Estas Comisiones Unidas sostienen que el sistema de justicia para adolescentes debe mantener su sentido de integralidad, no sobre la base de hacerlo “nacional”, sino de ceñirlo a los principios del respeto a los derechos humanos de los jóvenes en conflicto con la ley penal, de acuerdo a su condición especial de personas en formación; del estricto apego al principio de la separación de poderes y de ejercicio de funciones distintas de aquellos, para que los frenos y los contrapesos constituyan una garantía orgánica de respeto a los derechos humanos de los adolescentes; y de sujeción a procedimientos de formación de causa, enjuiciamiento y determinación de las medidas de orientación, protección y tratamientos aplicables, en términos homólogos que, a su vez, reconozcan la pluralidad de las competencias legislativas en nuestro país para el establecimiento de conductas típicas penales [...] Estimamos que hoy está, no sólo presente sino plenamente enraizado en nuestro sistema jurídico, el principio de aplicar siempre la norma más favorable a la persona sujeta a cualquier procedimiento que implique una responsabilidad frente al orden jurídico penal, por lo que no sería dable traer a la esfera constitucional [...] que sólo se le aplicará la norma (al adolescente) cuando no le

afecte, en vez de reconocimiento general del principio del mayor beneficio previsto ya por el orden jurídico.

Así, el régimen particular de justicia para adolescentes está vinculado a su condición particular de menores de edad, de personas en un proceso de formación, de personas que requieren medidas de tratamiento acordes a su situación y a su plena reintegración familiar y social.

Hoy nuestro país se encuentra a menos de 20 meses de la entrada en vigor en toda la República del sistema penal acusatorio y oral para las personas mayores de edad [...] y no se cuenta con el mismo grado de avance normativo y de implementación para que tratándose de adolescentes infractores, también como plazo máximo ideal al 18 de junio de 2016, se conozcan y resuelvan los asuntos en que se encuentren señalados como posibles responsables, a través del proceso acusatorio y oral.

Procedimos a analizar el contenido de la iniciativa planteada por el Dip. Gutiérrez de la Garza, arribando a la consideración de que es procedente reflejar en el texto del artículo 18 Constitucional elementos de sistemática técnica-jurídica propios de la concepción garantista del proceso acusatorio en la investigación y enjuiciamiento de las conductas consideradas como delitos en las leyes, y que se atribuyan a los adolescentes [...] Es decir, que en el caso de una conducta atribuida a un adolescente [...] que estrictamente pueda iniciarse la investigación si a dicha persona se le atribuye la realización de un hecho o la participación en hechos que la legislación penal considere como delito. Esta previsión, desde luego, en nada limita el disfrute y ejercicio del conjunto de derechos humanos del adolescente con relación a una situación en la cual se aduzca un eventual conflicto con la ley penal.

[...]

En cuanto al principio de normalización social, se entiende como el aliento a que la vida durante la privación de la libertad se asemeje en lo máximo posible a la vida con acceso a la sociedad a través de diferentes instancias y patrones de comportamiento dentro del centro de internamiento.

En tal virtud, se ha estimado procedente plantear que las medidas de internamiento para los menores de edad en conflicto con la ley penal tengan como fin “la reinserción y reintegración social y familiar del adolescente”.

De conformidad con lo anterior, podemos advertir que la citada enmienda perseguía como finalidad el reconocimiento y protección de los derechos humanos de los menores y los adolescentes, razón por la cual afirman los trabajos preparatorios la necesidad de emitir

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil

una legislación única en materia de justicia para adolescentes que homologue en todo el país el procedimiento penal acusatorio para dichas personas en la que se respeten los derechos humanos del menor infractor y de las víctimas; que contenga las normas procesales para iniciar la investigación y el enjuiciamiento del adolescente, así como los criterios de internamiento.

De lo hasta ahora dicho, se concluye que el Poder reformador de la Constitución estimó necesaria la existencia de una *“legislación única”* a escala nacional en las materias de procedimientos penales, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que está llamada a regir en la República en el orden federal y en el fuero común, a efecto de homologar la regulación de tales materias en el territorio mexicano, brindando con ello mayor certeza al gobernado, al evitar una multiplicidad normativa en cada entidad federativa.

En vista de tales adiciones, y tomando en consideración que se incorporó a la Constitución mexicana un concepto ajeno a nuestro sistema constitucional, como lo es la noción de *“legislación única”*, se consideró fundamental que la procuradora General de la República emitiera, como parte de las acciones de inconstitucionalidad que versaran sobre normas locales que invadieran la facultad del Congreso de la Unión a que nos hemos referido,⁴³ una reflexión acerca de la forma en que dicho elemento debe ser entendido a la luz de nuestro sistema federal, así como del complejo conjunto de órdenes jurídicos que lo integran. Veamos.

3.3. La naturaleza jurídico-constitucional de la *“legislación única”*: una aproximación a la luz de la teoría de los órdenes jurídicos

Partamos por recordar que la Constitución mexicana es clara al señalar, en su artículo 40, que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, **federal**, compuesta de **estados libres y soberanos** en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, **unidos en una Federación**, establecida según los princi-

pios de esa Ley Fundamental. Dicha decisión política fundamental es categórica por lo que hace a la elección del sistema de organización estatal al optar por el sistema federal.

Como ya se ha dicho, si bien no existe una hegemonía doctrinal en cuanto al concepto de *“federalismo”*, también lo es que, al menos, por lo que hace a las características esenciales o notas distintivas, pueden mencionarse las siguientes:

- La existencia de órganos de poder federales (o centrales) y órganos de poder locales (o regionales) con autonomía garantizada por la Constitución;
- La división constitucional de competencias entre los órganos federales y los órganos locales.
- La existencia de alguna forma de representación de las entidades locales en el gobierno federal y de participación en la formación de la voluntad federal.⁴⁴

En vista de tales elementos, resulta evidente que el sistema federal se constituye a partir de la integración de un conjunto complejo de ámbitos de competencia, razón por la cual, para entender este tópico, resulta conveniente acudir a lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado la *“teoría de los órdenes jurídicos”*.

3.3.1. Teoría de los órdenes jurídicos antes de la incorporación de la *“legislación única”* como categoría constitucional

En este sentido, para comprender lo que implica —desde el punto de vista constitucional— concretar la decisión política fundamental de constituirse en un sistema federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha venido consolidando una doctrina jurisprudencial a la que podría denominarse *“teoría de los órdenes jurídicos”*, la cual explica con mucha claridad la complejidad jurídica del sistema federal mexicano. Lo anterior se deja ver en la jurisprudencia firme que se cita a continuación:

⁴³ Así, por ejemplo, por lo que hace al año 2015, en el ámbito relativo al Derecho procesal penal, la procuradora General de la República promovió las siguientes acciones de inconstitucionalidad: AI 52/2015, AI 74/2015, AI 109/2015, AI 113/2015, AI 117/2015, AI 140/2015, AI 02/2016 y AI 19/2016.

⁴⁴ SERNA DE LA GARZA, JOSÉ MARÍA, “Elementos conceptuales para el análisis del estado federal mexicano”, en VALADÉS, DIEGO, y CARBONELL, MIGUEL (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, op. cit., p. 534.

ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN. De las disposiciones contenidas en los artículos 1º, 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 115, fracciones I y II, 116, primer y segundo párrafos, 122, primer y segundo párrafos, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte la existencia de cinco órdenes jurídicos en el Estado Mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el constitucional. Este último establece, en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, y corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, definir la esfera competencial de tales órdenes jurídicos y, en su caso, salvaguardarla.⁴⁵

De la jurisprudencia antes referida puede concluirse que, hasta antes de la incorporación de la “*legislación única*” como categoría constitucional (reforma publicada el 8 de octubre de 2013 a la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución), pero ya tomando en consideración la reforma que convirtió al otrora Distrito Federal en la Ciudad de México, podemos afirmar que existían cinco tipos o clases de órdenes jurídicos dentro del sistema federal mexicano, a saber:

- a) **Órdenes jurídico-municipales.** Compuestos por las competencias a que alude el artículo 115 constitucional, así como a aquellas materias que constitucionalmente han sido consideradas como facultades concurrentes.
- b) **Órdenes jurídico-locales.** Compuestos por la competencia residual a que se refiere el artículo 124 constitucional, así como los diversos mandatos constitucionales dispersos en nuestra Ley Fundamental y aquellas materias que constitucionalmente han sido consideradas como facultades concurrentes.

- c) **Orden jurídico de la Ciudad de México.** Compuesto por la competencia residual a que se refiere el artículo 124 constitucional; la competencia explícita atribuida a los poderes federales a que se refiere el artículo 122, apartado B, de la Constitución; así como los diversos mandatos constitucionales dispersos en nuestra Ley Fundamental y aquellas materias que constitucionalmente han sido consideradas como facultades concurrentes.⁴⁶
- d) **Orden jurídico federal.** Compuesto por la competencia explícita a que se refiere el artículo 124 constitucional, así como a las facultades implícitas que se deriven de las mismas, de conformidad con la fracción XXX del artículo 73 de nuestra Constitución, y aquellas materias que constitucionalmente han sido consideradas como facultades concurrentes.

Cabe señalar que entre tales órdenes jurídicos no existe una relación de jerarquía, sino que, en todo caso, se trata de ámbitos de competencia diferentes, excluyéndose el federal de los locales (incluida la Ciudad de México) y municipales por razón de materia, y los locales y municipales entre sí, por razón de jurisdicción. Teniendo en cuenta lo anterior, pasemos ahora al análisis del orden que sí posee supremacía dentro de la teoría que se explica.

3.3.2. El orden jurídico constitucional o total

Aunado a los cuatro órdenes jurídicos antes mencionados, se encuentra también el denominado “*orden jurídico constitucional o total*”, el cual sí es jerárquicamente superior a los otros cuatro, tal y como ya ha sido clarificado por la SCJN al interpretar el artículo 133 constitucional y el principio de supremacía constitucional implícito en el texto de tal cláusula.⁴⁷ Así, al desarrollarse dicho orden jurídico constitu-

⁴⁵ Registro No. 177,006. ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXII, Octubre de 2005; Pág. 2062. P./J. 136/2005.

⁴⁶ Desde el punto de vista de la dogmática constitucional, se ha considerado que a pesar de la enmienda publicada el 29 de enero de 2016 en el *Diario Oficial de la Federación*, a partir de la cual se pretende equiparar a la Ciudad de México —otrora Distrito Federal— a los estados de la República, lo anterior no termina por actualizarse de manera integral por dos razones fundamentales, a saber: (i) la Ciudad de México continúa siendo la residencia de los Poderes de la Unión; y (ii) el Congreso de la Unión mantiene cierta potestad normativa que sólo tendría impacto dentro del orden jurídico de la Ciudad de México. Por tales motivos, se ha considerado que dicho orden jurídico —con sus correspondientes modificaciones— debe continuar analizándose por separado de los órdenes jurídicos locales.

⁴⁷ Registro No. 172,667. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 6. P. VIII/2007.

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil

cional, las autoridades que lo hacen no se desenvuelven como autoridades federales, ni locales, ni municipales, ni de la Ciudad de México, sino que lo desarrollan como autoridades constitucionales. Cabe señalar que dicho orden jurídico constitucional se desenvuelve, al menos, en los siguientes ámbitos:

- a) En los **procesos de reforma constitucional**, los cuales, al ser operados por el Poder Constituyente constituido, ya sea el de carácter nacional (el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados conforme al artículo 135 constitucional) o de carácter internacional (el Presidente de la República y el Senado en tratándose de tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, conforme a los artículos 76, fracción I, y 89, fracción X, constitucionales) incidirán válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales.
- b) El **proceso de suspensión de derechos** a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, ya que tal determinación la adoptan el Presidente de la República y el Congreso de la Unión no como autoridades federales, sino como autoridades constitucionales, en la medida en que puede tener efecto en cualquier espacio del territorio nacional en el que sea necesario adoptar ese tipo de medidas.
- c) Los **procesos constitucionales**, los cuales, desde el punto de vista del doctor HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, son los “[...] instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder”.⁴⁸ En este sentido, las autoridades que en ellos intervienen lo que

hacen es proteger a la Constitución, trabajando así como autoridades constitucionales, no federales, en la medida en que lo resuelto en ellos puede incidir en cualquier orden jurídico parcial, debiendo ser acatada la resolución a efecto de que se reintegre el orden constitucional que se ha visto violado por actos de autoridad.⁴⁹

- d) La **reforma al capítulo geográfico de la Constitución**, atendiendo a que el Congreso de la Unión en el ejercicio de tales facultades representa a la Nación mexicana, que es la titular del derecho real de naturaleza pública sobre el territorio nacional,⁵⁰ razón por la cual no actúa como autoridad federal sino como autoridad constitucional (artículo 73, fracciones I y III, de la Constitución).
- e) La **«Legislación Suprema de la Unión»** a que se refiere el artículo 133 constitucional, la cual conforma un orden jurídico superior, en el cual la Ley Suprema se ubica en la cúspide y, por debajo de ella, los tratados internacionales y las leyes generales y reglamentarias.

Partiendo de lo antes expuesto, para lo que aquí interesa, resulta fundamental reparar brevemente en los criterios que sobre el artículo 133 de la CPEUM ha venido consolidando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre todo por lo que hace al concepto de «Legislación Suprema de la Unión» y a los elementos que la integran.

Como ya se ha dicho, la Corte mexicana ha clarificado que en el artículo 133 de la CPEUM se encuentra implícito el principio de supremacía constitucional, enfatizando que se configura un orden jurídico superior, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella, los tratados internacionales,⁵¹ las leyes

⁴⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Aportaciones de Héctor Fix—Zamudio al Derechos Procesal Constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006, t. I, p. 216.

⁴⁹ La nómina de tales procesos se hace consistir de lo siguiente: (i) Garantía de acceso a la jurisdicción internacional (art. 21, párrafo 8º, de la CPEUM); (ii) Intervención reconstructiva del Senado en las entidades federativas (art. 76, fracción 5, de la CPEUM); (iii) Intervenciones políticas del Senado en las entidades federativas (art. 76, fracción 6, de la CPEUM); (iv) Juicio para la protección de derechos político-electorales del ciudadano (art. 99, fracción 5, de la CPEUM); (v) Sistema Ombudsman (art. 102, apartado B, de la CPEUM); (vi) Facultad de investigación de la CNDH (art. 102, apartado B, de la CPEUM); (vii) Juicio de Amparo (arts. 103 y 107, de la CPEUM); (viii) Controversia constitucional (art. 105, fracción 1, de la CPEUM); (ix) Acción de inconstitucionalidad (art. 105, fracción 2, de la CPEUM); (x) Juicio político (art. 110 de la CPEUM); (xi) Responsabilidad patrimonial del Estado (art. 113 de la CPEUM).

⁵⁰ Cfr. TENA RAMÍREZ, FELIPE, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 1996, p. 190.

⁵¹ Registro No. 172,650. TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 6. P. IX/2007.

generales⁵² y, desde nuestro punto de vista, las leyes reglamentarias.⁵³

Lo anterior es así, ya que de los criterios jurisprudenciales emitidos por la SCJN, y de los cuales hemos dado cuenta a pie de página, es importante destacar dos ideas para efectos del presente análisis, a saber:

- (i) Que los **tratados internacionales** se ubican jerárquicamente por debajo de la Constitución pero por encima de leyes federales, locales y la general, debido a que, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario *pacta sunt servanda*, al suscribirlos, el Estado mexicano contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno; y
- (ii) Que las **leyes generales** son parte del orden jurídico constitucional debido a que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano, puesto que las leyes generales corresponden a aquellas respecto de las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Dentro de esta categoría superior de normas podemos ubicar, de igual forma, a las **leyes reglamentarias**, las cuales tienen como finalidad ampliar y detallar algún precepto de la misma (vgr: Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales,

la Ley de Asociaciones Religiosas, reglamentaria de los artículos 24 y 130 constitucionales⁵⁴, o bien, la Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado). Cabe señalar que estas leyes —las generales y reglamentarias— no pueden ser emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a aquél a dictarlas.

De esta forma, hasta lo ahora analizado, debe afirmarse que el orden jurídico constitucional se hace comprender de un conjunto de normas que configuran un “*bloque de constitucionalidad*”, concepto utilizado por el Tribunal Constitucional español en el fallo STC 10/82, en el cual se refirió a dicho bloque como “[...] a un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”.⁵⁵

Ahora bien, para efectos de nuestro análisis, a efecto de identificar de qué manera el sistema federal mexicano se ha venido haciendo *dúctil*, resulta fundamental profundizar acerca de aquellas cláusulas que —precisamente— se erigen en excepciones a la fórmula de distribución de competencias dual, es decir, en excepciones al principio de facultades explícitas, ya que en la medida en que esa nómina de excepciones se incrementa, los estados de la República van autorizando a que todos los órdenes de gobierno colaboren en dichas materias.

3.3.2.1. Las leyes generales: su vocación dentro del sistema federal mexicano

Ahora bien, particularmente interesa centrarnos ahora en las leyes generales, respecto de las cuales la Corte

⁵² Registro No. 172,739. LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 5. P. VII/2007.

⁵³ Registro No. 348,016. PETRÓLEOS MEXICANOS, DEBE DAR FIANZA EN EL AMPARO (JERARQUÍA DE LAS LEYES). Localización: [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Tomo LXXXVIII; Pág. 1418.

⁵⁴ Resulta ilustrativo para comprender la esencia constitucional que posee la Ley de Asociaciones Religiosas y de Culto Pública, al punto de que puede incidir válidamente en los demás órdenes jurídicos parciales, advertir el contenido del artículo 22 de dicha ley, el cual establece que “Para realizar actos religiosos de culto público con carácter extraordinario fuera de los templos, los organizadores de los mismos deberán dar aviso previo a las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales o municipales competentes, por lo menos quince días antes de la fecha en que pretendan celebrarlos, el aviso deberá indicar el lugar, fecha, hora del acto, así como el motivo por el que éste se pretende celebrar”. De esta forma, tal cláusula deja ver su alcance, el cual no es ni federal, local o municipal, sino que tiene alcance constitucional, al punto de que puede obligar a las autoridades todas.

⁵⁵ Posteriormente, la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-200/02, se da a la tarea de hacer una distinción, señalando que del “bloque de constitucionalidad” puede hablarse en estricto y lato sensu: “Esta Corporación ha establecido que la revisión de constitucionalidad de los asuntos sometidos a su competencia, debe realizarse no sólo frente al texto formal de la Carta, sino también frente a otras disposiciones a las que se atribuye jerarquía constitucional —bloque de constitucionalidad estricto sensu—, y en relación con otras normas que, aunque no tienen rango constitucional, configuran parámetros necesarios para el análisis de las disposiciones sometidas a su control”

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil

mexicana, a partir de los criterios que ha emitido, ha puesto un matiz que permite una diferencia dentro del catálogo de leyes generales a que se refiere nuestra Constitución, a saber:

3.3.2.1.1. Las leyes generales en la lógica del federalismo cooperativo “puro” o de “colaboración extensa”

Respecto de este primer tipo de leyes generales, la SCJN ha señalado que guardan una relación de jerarquía con las leyes federales y locales, en la medida en que se desarrollan y desenvuelven en el orden jurídico constitucional o total, toda vez que en ellas terminarán de distribuirse las competencias que el Poder Constituyente constituido no haya deseado distribuir al instaurar en nuestro sistema constitucional las denominadas facultades concurrentes.

Así, las leyes generales cumplen con la misión y esencia que la Corte mexicana mencionó alguna vez en su jurisprudencia histórica, al afirmar que no es exacto que el artículo 133 de las Constitución deba interpretarse en el sentido de que “las leyes que emanen de la misma” sólo prevalecen sobre las disposiciones que en contrario pueda haber en las constituciones o leyes de los estados, sino que esa prevalencia o jerarquía superior de las leyes que emanen de la Constitución se extiende a toda clase de leyes, sean federales o locales, toda vez que hay un orden jerárquico en las leyes, que tienen por cima a la Constitución, por ser la Ley Suprema del país, y ésta, en el artículo 133, nos aclara que esa misma categoría tienen las leyes que de la propia Constitución emanen, es decir, las leyes reglamentarias de preceptos constitucionales, puesto que no vienen a ser sino la ampliación de las bases estatuidas en nuestra Carta Fundamental.⁵⁶

En este sentido, las leyes que “emanan” de la Constitución conforme al artículo 133 constitucional son

claramente las leyes generales y las leyes reglamentarias, debido a que participan de la esencia constitucional⁵⁷ en la medida en que, por mandato expreso del Constituyente originario o permanente, terminan por distribuir competencias concurrentes —leyes generales— o por detallar algún precepto de la propia Ley Fundamental —leyes reglamentarias—.

Cabe señalar que dicha jerarquía (entre las leyes generales o reglamentarias y las leyes federales o locales) ha sido entendida por el Alto Tribunal en una lógica de federalismo cooperativo puro o de colaboración extensa; es decir, si bien es cierto que el artículo 124 de la CPEUM establece que: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”, también lo es que el Órgano Reformador de la CPEUM determinó, en diversos preceptos, la posibilidad de que el Congreso de la Unión fijara un reparto de competencias, denominado “facultades concurrentes”, entre la Federación, las entidades federativas y los municipios, en ciertas materias.⁵⁸

Esto es, en el sistema jurídico mexicano las facultades concurrentes implican que las entidades federativas, los municipios y la Federación puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.⁵⁹

De esta forma, el **federalismo cooperativo puro o de colaboración extensa** se concreta cuando en el desarrollo de una materia que ha sido determinada como facultad concurrente no sólo el Congreso de la Unión emite la ley general respectiva, sino que los órganos legislativos de las entidades federativas emiten leyes locales que desarrollan dicha materia. Así, Federación, estados, municipios y la Ciudad de México colaboran para desarrollar la misma materia, pero sujetándose

—bloque de constitucionalidad lato sensu—. “Se ha dicho que integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P., art. 93), (iv) las leyes orgánicas, y (v) las leyes estatutarias”.

⁵⁶ Registro No. 348 016, PETRÓLEOS MEXICANOS, DEBE DAR FIANZA EN EL AMPARO (JERARQUÍA DE LAS LEYES). Localización: [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Tomo LXXXVIII; Pág. 1418.

⁵⁷ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el vocablo “emanar” significa: 1. intr. Proceder, derivar, traer origen y principio de algo de cuya sustancia se participa; 2. intr. Dicho de una sustancia volátil: Desprenderse de un cuerpo; 3. tr. Emitir, desprender de sí.

⁵⁸ *Vgr*: La educativa (artículos 3º, fracción VIII, y 73, fracción XXV), la de salubridad (artículos 4º, párrafo tercero, y 73, fracción XVI), la de asentamientos humanos (artículos 27, párrafo tercero, y 73, fracción XXIX-C), la de seguridad pública (artículo 73, fracción XXIII), la ambiental (artículo 73, fracción XXIX-G), la de protección civil (artículo 73, fracción XXIX-I), la deportiva (artículo 73, fracción XXIX-J) y otras.

⁵⁹ Registro No. 187,982. FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XV, Enero de 2002; Pág. 1042. P. /J. 142/2001.

en todo caso a los parámetros establecidos en la ley general. Sin embargo, nótese cómo en el ejercicio de facultades concurrentes nadie tiene, *per se*, impedida la potestad normativa, en la medida en que todo se ajuste a la ley general.

De hecho, la Corte mexicana ha determinado, so pretexto de clarificar la relación que guarda una ley general con una ley local sobre la materia que ha sido determinada como concurrente, que a la primera le corresponde establecer las bases mínimas y la distribución de competencias para legislar en esa materia, en cuyo marco los órganos legislativos de las entidades federativas tienen facultades para, por ejemplo, aumentar las prohibiciones e imponer sanciones, no estando obligados a regular en términos idénticos a los previstos en la ley general, pues en la lógica de tal federalismo cooperativo no puede justificarse la existencia de una obligación que implique reproducir en el ámbito local los preceptos de la ley general respectiva, y sí la existencia del deber de que las leyes locales incorporen el mínimo de protección que la ley general garantiza.⁶⁰

3.3.2.1.2. Las leyes generales en la lógica del federalismo cooperativo “*de concurrencia operativa y limitada*”

No obstante, marcando una diferencia respecto de las leyes generales que regulan materias concurrentes en la lógica del federalismo cooperativo de colaboración extensa, el Pleno de la SCJN, al resolver la acción de inconstitucionalidad 20/2010, dejó entrever que en materia penal, concretamente por lo que hace al diseño de los delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo, se define que:

El hecho de que el delito local de narcomenudeo en términos de los preceptos impugnados se ajuste en lo esencial a los elementos del tipo contenido en la Ley General de Salud —aunque con distinta redacción y modificaciones menores tomando en cuenta que las inconsistencias sustantivas que existían fueron corregidas mediante fes de erratas—, y el que la competencia local prevista en

dichos artículos se apegue a las reglas del artículo 474, **no subsana el vicio de inconstitucionalidad apuntado**, pues lo cierto es que el sistema de jurisdicción concurrente autorizado por la Constitución y adoptado por la Ley General de Salud está construido en torno a la aplicación de leyes penales federales por las autoridades locales; **no se trata de una materia coordinada en la que las entidades federativas puedan legislar dentro de los parámetros de una ley de bases generales.**⁶¹

En este sentido, **no se está en el caso de la jurisprudencia de rubro**: “LEYES LOCALES EN MATERIAS CONCURRENTES. EN ELLAS SE PUEDEN AUMENTAR LAS PROHIBICIONES O LOS DEBERES IMPUESTOS POR LAS LEYES GENERALES” —antes analizada—, ya que dicha tesis parte del supuesto de que las entidades federativas tengan conferida una facultad legislativa en términos de la ley general respectiva, la cual pueden ejercer con cierta libertad dentro de los parámetros de esta última, lo que en el caso no ocurre, porque la facultad legislativa del artículo Primero Transitorio del Decreto de 20 de agosto de 2009 se circunscribe a hacer efectiva la competencia local exclusivamente para la persecución del delito federal de narcomenudeo.

En este sentido, en el ámbito penal, la Corte mexicana ha identificado un sistema de jurisdicción concurrente que no parte del supuesto en el que las entidades federativas tengan conferida una facultad legislativa en términos de la ley general respectiva, la cual podrían ejercer con cierta libertad dentro de los parámetros de esta última, sino que, por el contrario, la concurrencia en dicha materia resultaría operativa (*vgr.* persecución e investigación de los delitos), no normativa y, por tanto, limitada.

De modo similar se pronunció la Suprema Corte de Justicia el 21 de mayo de 2013 al resolver la acción de inconstitucionalidad 26/2012, en la cual señaló que:

40. Como consecuencia de la entrada en vigor de la referida reforma constitucional se modificó la distri-

⁶⁰ Registro No. 165,224. LEYES LOCALES EN MATERIAS CONCURRENTES. EN ELLAS SE PUEDEN AUMENTAR LAS PROHIBICIONES O LOS DEBERES IMPUESTOS POR LAS LEYES GENERALES. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Febrero de 2010; Pág. 2322. P. /J. 5/2010; y Registro No. 161,232. PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. EL LEGISLADOR LOCAL PUEDE ADOPTAR MEDIDAS DISTINTAS A LAS PREVISTAS EN LA LEY GENERAL PARA EL CONTROL DEL TABACO. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 6. P. /J. 20/2011.

⁶¹ Acción de inconstitucionalidad 20/2010, pp. 58 y 59.

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil

bución de la potestad normativa punitiva respecto del delito de trata de personas, ya que desde el quince de julio de dos mil once dicha facultad quedó depositada, en exclusiva, en el Congreso de la Unión, lo que se corrobora por lo previsto implícitamente en el artículo segundo transitorio del referido Decreto, en virtud del cual a partir de su entrada en vigor el citado órgano legislativo federal ya contaba con la atribución necesaria para emitir la legislación respectiva, la cual debería contener, entre otros aspectos, los tipos penales de trata de personas.

41. Por tanto, **debe estimarse que al facultarse constitucionalmente al Congreso de la Unión para establecer, mediante una ley general, los tipos y penas en materia de trata de personas, se privó a los Estados de la atribución con la que anteriormente contaban**, en términos del artículo 124 constitucional, para legislar en materia del delito de trata de personas; manteniendo, sin embargo, facultades para prevenir, investigar y castigar el referido delito conforme al régimen de concurrencia de facultades derivado de lo establecido en la fracción XXI del artículo 73 constitucional antes citado.

42. Cabe señalar que en los mismos términos se pronunció este Tribunal Pleno en sesión del trece de mayo de dos mil trece, al conocer de la acción de inconstitucionalidad 56/2012, presentada por la Ponencia del señor Ministro Valls Hernández, respecto de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de cuatro de mayo de dos mil nueve, en virtud de la cual se modificó la fracción XXI del artículo 73 constitucional para reservar al Congreso de la Unión la potestad normativa punitiva en materia del delito de secuestro.

43. Es importante tener presente que aun cuando con motivo de la mencionada reforma constitucional de catorce de julio de dos mil once los Estados de la República dejaron de tener competencia para legislar respecto del tipo penal del delito de trata de personas, lo cierto es que ello no obsta para reconocer que la legislación local que se hubiese expedido con anterioridad a esa fecha en dicha materia podría seguirse aplicando durante el periodo en el que no entrara en vigor la ley general correspondiente.

[44 y 45]

46. Por lo expuesto, con independencia de los vicios de inconstitucionalidad aducidos en la demanda de la

que deriva este asunto, se impone declarar la invalidez del Decreto 460 publicado en el Periódico Oficial del Estado de Colima, de cuatro de febrero de dos mil doce, por el que se reforma el párrafo primero del artículo 161 del Código Penal para el Estado de Colima, al resultar violatorio de lo previsto en los artículos 16 y 73, fracción XXI, de la Constitución General de la República, ya que se refiere a una materia cuya regulación se encuentra reservada en forma exclusiva al Congreso de la Unión.⁶²

De esta forma, se corrobora la existencia de una especie de leyes generales que, por mandato constitucional, debe entenderse regulan una materia sí concurrente, pero entendida dicha concurrencia sólo en el ámbito operativo, reservando la potestad legislativa al Congreso de la Unión, órgano que ha sido habilitado por el Poder Constituyente constituido para realizar dicha función: la de establecer tipos penales y sus sanciones en materia de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como en materia electoral.

Ahora bien, nótese que la anterior conclusión deja abierta la posibilidad de que las entidades federativas sí puedan legislar en aquello que el propio Congreso de la Unión conceda y habilite a través de la ley general correspondiente, con lo cual se actualiza lo que prescribe el segundo párrafo del inciso a) de la fracción XXI del artículo 73 constitucional, en el sentido de que el Congreso distribuirá las competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios. Es por ello que, tal y como se menciona en la resolución de la acción de inconstitucionalidad 26/2012, las entidades federativas mantienen facultades para prevenir, investigar y castigar los referidos delitos, porque así lo establecen las leyes generales respectivas.

En suma, se mantiene cierto nivel de concurrencia que podría ser desarrollado por las entidades federativas a través de leyes o reglamentos, en ámbitos que la propia ley general las habilite (vgr. la creación de una Unidad Investigadora Especializada en cada institución de procuración de justicia local). De hecho, en la acción de inconstitucionalidad 18/2010, la

⁶² Acción de inconstitucionalidad 26/2012, párrs. 40 a 46.

SCJN reconoció la competencia del otrora Distrito Federal para emitir la Ley de Extinción de Dominio, siempre que se relacione el procedimiento con aquellos delitos cuya regulación corresponde al Congreso de la Unión, pero su aplicación u operatividad las pueden llevar a cabo autoridades locales de manera concurrente, como lo es el caso de secuestro y de trata de personas.

3.4. La “legislación única”: un temperamento al sistema federal mexicano

Ante la incorporación a nuestra CPEUM de un concepto ajeno a nuestro sistema constitucional, sobre todo por lo que hace al sistema federal, como lo es la noción de “**legislación única**”, surge la duda razonable de clarificar qué posición debe ocupar tal legislación nacional como parte de la teoría de los órdenes jurídicos del sistema federal mexicano.

La pregunta no es menor, ya que, como se ha dicho, una legislación única, como es el CNPP, si bien está llamada —como las leyes generales— a incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran el Estado mexicano, esto es, que debe ser aplicada tanto por autoridades federales como locales, también es cierto que no parece guardar relación de jerarquía con las leyes federales y locales, como sí ocurre entre éstas y las leyes generales. Esto es así debido a los decretos por los que se ha reformado la fracción XXI del artículo 73 de la CPEUM, a efecto de integrar a nuestra Ley Fundamental, entre otros elementos, la porción normativa siguiente:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. a XX. [...]

XXI. Para expedir:

a) y b) [...]

c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

[...]

Tal cláusula constitucional no hace más que dotar al Congreso de la Unión de una potestad legislativa exclusiva, es decir, sólo ese órgano legislativo podrá emitir leyes encaminadas a regular en toda la Nación la materia procedimental penal, los mecanismos alternativos de solución de controversias, la ejecución de penas y la justicia penal para adolescentes.

Así, entre este tipo de legislación única y las leyes federales o locales, no puede existir una relación jerárquica y, mucho menos, una relación que se fundamente en el federalismo cooperativo, ya sea **(i) puro o de colaboración extensa**, como ocurre con la mayoría de las materias concurrentes, donde las autoridades locales pueden complementar las leyes generales por medio de la expedición de leyes locales;⁶³ o bien, de **(ii) concurrencia operativa y limitada**, como ocurre en las materias a que se refiere, por ejemplo, el artículo 73, fracción XXI, inciso a) de la CPEUM, donde se entiende que las leyes generales regulan una materia en sí concurrente, pero entendida dicha concurrencia sólo en el ámbito operativo, reservando la potestad legislativa al Congreso de la Unión, órgano que ha sido habilitado por el Poder Constituyente constituido para realizar dicha función: la de establecer tipos penales y sus sanciones en materia de secuestro, trata de personas y delitos electorales. Así, en tal especie de federalismo cooperativo, al que hemos denominado de una concurrencia operativa y limitada, queda abierta la posibilidad de que las entidades federativas sí puedan legislar en aquello que el propio Congreso de la Unión conceda y habilite por medio de la ley general correspondiente, con lo cual se actualiza lo que prescribe el segundo párrafo del inciso a) de la fracción XXI del artículo 73 constitucional, en el sentido de que el Congreso distribuirá las competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios. Es por ello que, tal y como se menciona en la resolución de la acción de inconstitucionalidad 26/2012, las entidades federativas mantienen facultades para prevenir, investigar y castigar los referidos delitos, porque así lo establecen las leyes generales respectivas.

⁶³ Registro No. 165,224. LEYES LOCALES EN MATERIAS CONCURRENTES. EN ELLAS SE PUEDEN AUMENTAR LAS PROHIBICIONES O LOS DEBERES IMPUESTOS POR LAS LEYES GENERALES. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Febrero de 2010; Pág. 2322. P. /J. 5/2010; y Registro No. 161,232. PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. EL LEGISLADOR LOCAL PUEDE ADOPTAR MEDIDAS DISTINTAS A LAS PREVISTAS EN LA LEY GENERAL PARA EL CONTROL DEL TABACO. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 6. P. /J. 20/2011.

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil

Muy por el contrario, las legislaciones únicas a que se refiere el artículo 73, fracción XXI, inciso c), de la CPEUM, implican, entre otros efectos, que no puedan existir leyes federales o locales que aborden dicha materia; es decir, respecto de tales materias no pueden existir leyes federales o locales, razón de más para que no pueda siquiera pensarse en una relación entre éstas y la legislación única.

De esta manera, la legislación única a la que se refiere el artículo 73, fracción XXI, inciso c), de nuestra CPEUM, se configura en una especie de facultad diferente, de carácter nacional y exclusiva, que el Poder Constituyente establecido atribuyó al Congreso de la Unión, pero que, en todo caso, ese tipo de facultad legislativa tendrá aplicabilidad tanto a nivel federal como local, dependiendo del ámbito competencial en el que se desenvuelva. No por nada la propia cláusula constitucional en comento termina por decir que tal legislación única regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Así las cosas, la legislación única no se desenvuelve exclusivamente en ninguno de los órdenes jurídicos parciales (federal, local, de la Ciudad de México o municipal), y al mismo tiempo se desenvuelve en todos, de ahí su carácter nacional, ya que su emisión corresponde en exclusiva al Congreso de la Unión, pero no como órgano legislativo federal, sino como órgano legislativo de carácter nacional. Es evidente que no se trata de una ley federal, como lo es, por ejemplo, el Código de Comercio, el cual fue expedido por el Congreso de la Unión con fundamento en el artículo 73, fracción X, de nuestra CPEUM, ya que a diferencia de aquél el CNPP será aplicado en cada uno de los órdenes jurídicos parciales, y por todas las autoridades del país, en su calidad de autoridades federales, locales, de la Ciudad de México o municipales, dependiendo del delito sobre el que verse el proceso penal.

En suma, dicha legislación única no forma parte de la legislación general, toda vez que:

- (i) no fue consignado así por el Constituyente, como sí ocurrió en las materias de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas

de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como delitos electorales;

- (ii) en las materias a que se refiere la legislación nacional —procesal penal, mecanismos alternativos de solución de controversias, ejecución de penas y justicia penal para adolescentes— no se mandata realizar una distribución de competencias, sino que se habilita al Congreso de la Unión para expedir **legislaciones únicas** que regirán en la República en el orden federal y en el fuero común;
- (iii) la legislación única no posee las características que ese Alto Tribunal ha identificado como esenciales de las denominadas leyes generales, debido a que, por ejemplo, entre el CNPP y las leyes locales no hay una relación de jerarquía, ya que éstas no pueden siquiera existir atendiendo a la exclusividad y unicidad de aquél; y
- (iv) la legislación única no posee las características que ese Alto Tribunal ha identificado como esenciales de las denominadas leyes generales, porque no existe una relación basada en el federalismo cooperativo, sea éste de colaboración extensa o de concurrencia operativa y limitada, pues por esa misma exclusividad y unicidad del CNPP las leyes locales no podrían, por ejemplo, ampliar la regulación que el CNPP realiza sobre las fases del procedimiento penal, a pesar de que esto pudiera considerarse positivo y conveniente, ya que el éxito del sistema penal acusatorio radica ciertamente en la uniformidad y unicidad de las normas en materia procedimental penal.

3.4.1. El “*principio de reserva de código*”: una consecuencia positiva

Lo anterior queda aún más claro al considerar el “*principio de reserva de código*”⁶⁴ que forma parte del artículo 73, fracción XXI, inciso c), de la CPEUM, el cual tiene la misión de evitar la genera-

⁶⁴ En palabras de LUIGI FERRAJOLI, la reserva de código implica que todas las normas en cuestión de delitos, penas y procesos deban estar contenidas en el Código Penal o procesal correspondiente, ya que por compleja y voluminosa que fuera, una codificación de acuerdo con el principio de “todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos”, lo sería mucho menos que la actual acumulación de leyes especiales (Véase ATIENZA, MANUEL, y FERRAJOLI, LUIGI, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, IJ-UNAM, México, 2005, p. 107).

ción de tal incertidumbre jurídica, generando, para ello, la obligación —a cargo del legislador nacional— de concentrar toda la producción normativa en materia procesal penal, a efecto de que exista una implementación pacífica y congruente del nuevo sistema penal acusatorio.

Cabe señalar que, al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el principio de reserva de código se deriva de un precepto constitucional cuyo mandato se dirige a un solo legislador —y no a una pluralidad de ellos—, aunado a que exista una razón constitucional que justifique la emisión de un solo código o una sola ley nacional.⁶⁵

En este sentido, se considera que ambos parámetros se cumplen, ya que la intención del Poder Constituyente de 2013,⁶⁶ al momento en que mandata al Congreso de la Unión a expedir —legislación única—, ha establecido el principio de reserva de código para tales materias como la procesal penal, toda vez que una legislación, para que cumpla con el adjetivo calificativo de ser única, debe existir sola y sin otra de su especie.⁶⁷ De ahí que no exista una pluralidad de órganos legislativos autorizados para expedir normas que regulen o reglamenten esa cláusula constitucional, por lo que se estima necesario declarar la inconstitucionalidad del artículo 25, fracción I, de la Ley de la Fiscalía, en la porción normativa que prevé: **“únicamente cuando debido a las circunstancias del caso aquéllas no puedan ser**

formuladas directamente ante el Ministerio Público”, en virtud de que el Congreso estatal no está autorizado a establecer requisito alguno para que la policía de investigación reciba denuncias sobre hechos que puedan ser constitutivos de delitos como lo establece la norma combatida.

3.4.2. Universo de facultades dentro del marco constitucional a la luz de la incorporación de la *“legislación única”*

En razón de todo lo anterior, de acuerdo con nuestro actual marco constitucional, hoy pueden identificarse las siguientes especies de facultades:

- a) Facultades expresamente otorgadas a la Federación,⁶⁸ en términos del artículo 124 de la CPEUM, así como aquellas implícitas que sean necesarias para ejercer las primeras, en términos del artículo 73, fracción XXX, de la CPEUM;
- b) Facultades que le corresponden a los estados y a la Ciudad de México a partir de un sistema de asignación residual, en términos del artículo 124 de la CPEUM;
- c) Facultades expresamente asignadas a los estados o a la Ciudad de México;⁶⁹ es decir, mandatos constitucionales que las entidades federativas deben cumplir;
- d) Facultades que se encuentren absolutamente prohibidas a los estados y a la Ciudad de México;⁷⁰

⁶⁵ Registro No. 2 009 730. RÉGIMEN CONTRACTUAL DEL ESTADO. LA FACULTAD REGLAMENTARIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL NO SE ENCUENTRA SUJETA AL PRINCIPIO DE RESERVA DE CÓDIGO O DE ORDENAMIENTOS, POR LO QUE PUEDEN COEXISTIR DIVERSAS LEYES REGLAMENTARIAS. Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 21, Agosto de 2015; Tomo I; Pág. 479. 1a. CCXXXIX/2015 (10a.).

⁶⁶ Al respecto, en la exposición de motivos del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Estudios Legislativos Primera y de Estudios Legislativos Segunda, de la Cámara de Senadores, actuando en su carácter de cámara de origen, se señaló lo siguiente: *“Así, tal como se menciona en la iniciativa en análisis, estas Comisiones Dictaminadoras consideran que con la unificación del código adjetivo penal se establecerán criterios homogéneos en materia procedimental, en los mecanismos alternativos de solución de controversias, así como en la ejecución de penas, con lo que se obtendrán, entre otros, los siguientes beneficios: a) Una adecuada sistematización y homogeneidad de criterios legislativos; b) Condiciones adecuadas para la construcción de una política criminal coherente, articulada e integral; c) Una mayor y mejor coordinación entre las instancias encargadas de la procuración de justicia; d) Mayor certeza para el gobernado respecto a cuáles son las normas penales de naturaleza adjetiva a observar en todo el país; e) Una disminución en los índices de corrupción e impunidad, al existir menores resquicios legales con relación a la actual dispersión de normas; y f) Criterios judiciales más homogéneos”*.

⁶⁷ “Único”, ca. Solo y sin otro de su especie (cfr. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, www.rae.com).

⁶⁸ El artículo 73 de la CPEUM es un claro ejemplo de competencias expresamente asignadas a la Federación, con excepción de las facultades concurrentes y aquellas que permitan emitir una legislación única. “Artículo 73. El Congreso tiene facultad: X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear...”

⁶⁹ Un ejemplo serían los artículos 116 y 122 constitucionales.

⁷⁰ El artículo 117 de la CPEUM contiene prohibiciones absolutas para los estados. “Artículo 117. Los Estados no pueden, en ningún caso: [...]”.

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil

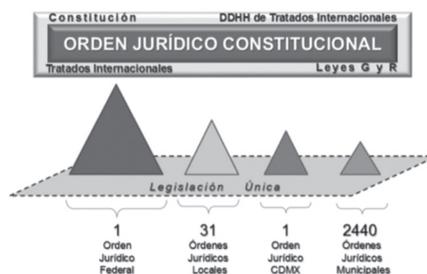
- e) Facultades que sólo pueden ejercer los estados y la Ciudad de México con autorización del Congreso de la Unión;⁷¹
- f) Facultades expresamente asignadas a los poderes federales en relación con la Ciudad de México, en términos del artículo 122, apartado B), de la CPEUM;
- g) Facultades multicompetenciales asignadas por el texto constitucional a los diversos niveles de gobierno sin que mandate una articulación necesaria, reconociéndose así, por principio, libertad de configuración normativa a cada orden jurídico;⁷²
- h) Facultades concurrentes o reglamentarias asignadas por el texto constitucional al establecer expresamente que algunas facultades se ejercerán mediante la articulación entre los diversos niveles de gobierno (federal, estatal o municipal), facultándose al Congreso de la Unión para emitir leyes generales que posibiliten dicha articulación sobre la lógica de un federalismo cooperativo de colaboración extensa o sobre la base de una concurrencia operativa y limitada;⁷³ o bien, mediante la expedición de leyes reglamentarias que detallan preceptos constitucionales.⁷⁴ Tales normas son aquellas que emanan de la Constitución conforme a su artículo 133, debido a que participan de la esencia constitucional en la medida en que, por mandato expreso del Constituyente originario o permanente, terminan por distribuir competencias concurrentes —leyes generales— o por detallar algún precepto de la propia Ley Fundamental —leyes reglamentarias—; y

- i) Facultades expresamente otorgadas por la Constitución al Congreso de la Unión para emitir “*legislación única*” de carácter nacional y en forma exclusiva, por lo que no requiere de articulación alguna entre los diversos órdenes jurídicos, ya que dicha legislación está llamada a regir en toda la República en el orden federal y en el fuero común.⁷⁵

IV. Conclusiones

De esta manera, habría que concluir en que es necesario incorporar en la teoría de los órdenes jurídicos un ámbito diferente, que vendría a sumarse a los cuatro órdenes jurídicos parciales. Así, además de los órdenes jurídicos (i) federal, (ii) locales, (iii) de la Ciudad de México y (iv) municipales, se configura ahora un (v) orden jurídico nacional, de carácter unitario, entre los cuales no existe una relación de jerarquía, aunque a su vez tales órdenes deben permanecer supeditados al (vi) orden jurídico constitucional o total. Este complejo sistema de distribución de competencias podría ilustrarse de la siguiente manera:

FIGURA 2. Nuevos órdenes jurídicos nacionales



⁷¹ En el artículo 118 de la CPEUM se mencionan facultades que sólo pueden ejercer los Estados si tienen autorización del Congreso de la Unión. “Artículo 118. Tampoco pueden [los estados], sin consentimiento del Congreso de la Unión: [...]”.

⁷² El más claro ejemplo son los derechos humanos, los cuales deben ser parámetro de actuación de toda autoridad. “Artículo 4º. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”

⁷³ **Articulación sobre la lógica de un federalismo cooperativo de colaboración extensa:** El artículo 73, fracción XXIX-P de la CPEUM al señalar que “Artículo 73. El Congreso tiene facultad: XXIX-P. Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia, de los que México sea parte”; o **Articulación sobre la lógica de un federalismo cooperativo de concurrencia operativa y limitada:** Artículo 73, fracción XXI, inciso a), al señalar que: “Las leyes generales en materias de secuestro, trata de personas y delitos electorales, que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones.”

⁷⁴ El artículo 107 de la CPEUM, al señalar que: “Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes [...]”

⁷⁵ El artículo 73, fracción XXI, inciso c), de la CPEUM, al señalar que: “Artículo 73. El Congreso tiene facultad: XXI. Para expedir: c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común”.

En suma, lo que trajo consigo esta adición a nuestra CPEUM fue, en cierta medida, un matiz al sistema federal mexicano o, si se prefiere, un temperamento,⁷⁶ ya que la legislación única es propia de los Estados unitarios, de sistemas en los cuales sus normas se caracterizan —precisamente— por dos notas distintivas: (i) su alumbramiento se hace desde el centro, y (ii) son uniformes, consecuencia del unitarismo y de la planificación.

Es por lo anterior que el planteamiento en cuanto a generar una codificación de carácter procesal penal que tenga carácter nacional no tiene por qué tomarse como un rechazo al sistema federal, toda vez que —parafraseando al ex presidente Luis Echeverría— la problemática que significa hacer frente a la delincuencia, al crimen organizado y al impacto social que tales fenómenos traen consigo difícilmente podría atenderse estableciendo una facultad exclusiva a cualquiera de los niveles de gobierno; razón de más para homologar —como ya ocurre en otros sistemas federales— la materia penal adjetiva.

Además, no se trata de federalizar dicha materia, lo cual, en palabras del ex mandatario citado, sería una posición conservadora, antihistórica, que escindiría responsabilidades y afectaría profundamente nuestro sistema federal, pues si bien existe un código único en materia procesal penal, la persecución de los delitos, la procuración e impartición de justicia y, en general, su aplicación, seguirá correspondiendo a cada uno de los órdenes de gobierno.

No debemos olvidar que los sistemas de organización estatal (federalismo, centralismo, regionalismo, etc.) son sólo medios —nunca fines— de los que el constitucionalismo echa mano para concretar su misión última: limitar al poder a través del derecho;⁷⁷ razón por la cual, si dicha misión se puede alcanzar de mejor manera, habrá que transitar a modelos que, a pesar de parecer contrarios a dogmas constituciona-

les,⁷⁸ hagan más comprensiva la estructura del Estado mismo, lo que en el caso mexicano significaría caminar hacia el “*federalismo dúctil*”.

V. Bibliografía

- Antecedentes Históricos y Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos*, 4ª ed., Secretaría de Gobernación, México, 2009.
- ATIENZA, Manuel, y FERRAJOLI, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, IJ-UNAM, México, 2005.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al Derecho constitucional comparado*, FCE, México, 1996.
- CARBONELL, Miguel, “La reforma constitucional al artículo 73 en materia de turismo”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 11, México, julio-diciembre de 2004.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “El sistema federal como problema”, *El Universal*, Opinión, 14 de octubre de 2014, <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2014/10/72811.php>
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Aportaciones de Héctor Fix—Zamudio al Derechos Procesal Constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, t. I, 5ª ed., Porrúa/Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 7ª ed., Porrúa, México, 2010.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 40ª ed., Porrúa, México, 2000.
- GARCÍA ROCA, Javier, “Homogeneidad y asimetría en el modelo autónomo español”, *Asimetría y cohesión en el estado autonómico*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997.

⁷⁶ El concepto de “temperamento” se utiliza en el mismo sentido en que lo emplea don GABINO FRAGA cuando aborda el tema del principio de división de poderes y establece que dicho principio posee excepciones y temperamentos, siendo éstos aquellas hipótesis constitucionales en las que se atempera el principio, pero éste no deja por eso su carácter primordial. (cfr. FRAGA, GABINO, *Derecho administrativo*, 40ª ed., Porrúa, México, 2000, pp. 66 y ss.). En sentido idéntico se utiliza el concepto en criterios históricos, como lo es el de rubro: RECONSIDERACION ADMINISTRATIVA (Registro: 334 266). “Atemperar” (del lat. **attemperāre*, der. de *temperāre*, “templar”). 1. tr. Moderar, templar. U. t. c. prnl. 2. tr. Acomodar algo a otra cosa. U. t. c. prnl.

⁷⁷ Cfr. PEREIRA MENAUT, ANTONIO CARLOS, *Lecciones de teoría constitucional*, Porrúa, México, 2005, pp. 77 y ss.

⁷⁸ Cuando nos referimos al concepto de *dogma constitucional* queremos hacer referencia a proposiciones que, dentro del Derecho constitucional, suelen tomarse por firmes y ciertas de un modo apriorístico, es decir, sin demostración o justificación alguna, lo que sin duda nos parece un error que debe erradicarse de cualquier ciencia (cfr. VÁZQUEZ GÓMEZ, B. FRANCISCO, *La defensa del núcleo intangible de la Constitución. La necesidad de limitar al Poder Constituyente constituido*, Porrúa, México, 2012, p. 8).

El Código Nacional de Procedimientos Penales y el federalismo dúctil

- GONZALEZ OROPEZA, Manuel, “Características iniciales del federalismo mexicano”, en FRANK SMITH, JAMES (coord.), *Derecho constitucional comparado. México-Estados Unidos*, t. I, IJ-UNAM, México, 1990.
- HÄBERLE, Peter, *El federalismo y regionalismo como forma estructural del Estado constitucional*, IJ-UNAM, México, 2006.
- HAMILTON, Alexander, et al., *El federalista*, 7ª reimpr., trad. de GUSTAVO R. VELASCO, FCE, México, 2000.
- LASSALLE, Fernando, *¿Qué es la Constitución?*, Cénit, Madrid, 1931.
- MALDONADO SIMAN, Beatriz, “Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la Teoría General del Federalismo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXV, núm. 75, México, septiembre-diciembre de 1992, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/75/art/art3.pdf>
- PATIÑO CAMARENA, Javier, “El federalismo ha sido en la historia constitucional de México una ‘idea-fuerza’ que en el presente se requiere concretizar”, en VALADÉS, DIEGO, y CARBONELL, MIGUEL (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, t. II, UNAM-IJ, México, 2006 (Serie Doctrina Jurídica, núm. 357).
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, Porrúa, México, 2005.
- SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio, *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la Constitución americana*, Alianza, Madrid, 2002.
- SERNA DE LA GARZA, José María, “Elementos conceptuales para el análisis del estado federal mexicano”, en VALADÉS, DIEGO, y CARBONELL, MIGUEL (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, t. II, UNAM-IJ, México, 2006 (Serie Doctrina Jurídica, núm. 357).
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 30ª ed., Porrúa, México, 1996.
- VALENCIA CARMONA, Salvador, “En torno al federalismo mexicano”, en HERNÁNDEZ, ANTONIO MARÍA, y VALADÉS, DIEGO (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos*, IJ-UNAM, México, 2003.
- VALENCIA MENDOZA, Rafael Enrique, “El federalismo cooperativo como factor catalizador”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, nueva época, año LVIII, núm. 219, UNAM, México, septiembre-diciembre de 2013.
- VÁZQUEZ GÓMEZ, B. Francisco, *La defensa del núcleo intangible de la Constitución. La necesidad de limitar al Poder Constituyente constituido*, Porrúa, México, 2012.
- ZORAIDA VÁZQUEZ, Josefina, “El establecimiento del México independiente, (1821-1848)”, en VON WOBESER, GISELA (coord.), *Historia de México*, FCE, México, 2010.



Cooperación científica jurídico-penal entre Alemania y América Latina de igual a igual: El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal (CEDPAL) de la Universidad de Gotinga. A su vez, un homenaje a Claus Roxin

Kai Ambos*
Ezequiel Malarino**

Universidad Georg August de Gotinga
Universidad de Buenos Aires



RESUMEN: *Claus Roxin no es sólo el más importante penalista alemán de nuestro tiempo, sino prácticamente una estrella de rock por el fervor con que sus seguidores se acercan a él. Para estar a la par de tal personalidad, ha nacido en Gotinga, Alemania, el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal, que se propone llevar a cabo una intensa actividad académica y de investigación que involucre a estudiantes de Derecho de todo el orbe, en particular de América Latina, donde Roxin ha formado una gran cantidad de juristas. Este artículo ofrece pormenores de tan buena nueva.*

PALABRAS CLAVE: *Claus Roxin, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal (CEDPAL), Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (GLEDPI).*

ABSTRACT: *Claus Roxin is not only the most important German criminal lawyer at the present time, but is also a really rock star due to the followers fervor usually shown to his person. For rise to the challenge of that celebrity, it has been set up in Gotinga, German, the Educational Center for Criminal Law and Criminal Procedural Law, with the purpose of develop an impassioned academic and research activity which involves lawyer's students of all the word, specifically from Latin America, where Roxin had trained a big amount of jurist. This paper offers details of such good news.*

KEY WORDS: *Claus Roxin, Educational Center for Criminal Law and Criminal Procedural Law (CEDPAL), Latin American Group for the Study of International Criminal Law (GLEDPI).*

SUMARIO: *I., II, III.*

Rec: 8-12-2014 | Rev: 24-05-2015 | Fav: 04-06-2015

* Asimismo, juez del Tribunal Estadual.

** Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas.

I

Claus Roxin es la estrella entre los doctrinarios de Derecho penal activos en América Latina. Muchos dicen incluso que es una estrella de rock. Esto lo hemos vivenciado ya muchas veces en Gotinga, su antiguo lugar de trabajo, donde él, desde 2011, dicta la conferencia de clausura (¡en español!) de nuestra escuela de verano¹ ante alrededor de noventa estudiantes latinoamericanos provenientes de distintos países. Cuando Roxin pisa el aula, se siente la admiración de los participantes. No rara vez rompen espontáneamente en aplausos, a los cuales él, también de manera espontánea, responde con su típico movimiento de brazo y mano. Al final de su conferencia, el público se pone de pie y lo ovaciona. Luego de la discusión, comienza el tiempo de las fotos y los autógrafos. Esto debe organizarse para garantizar un cierto trato igualitario —máximo, una foto y un libro autografiado por participante— y también para protegerlo de los a menudo demasiado entusiastas participantes, que desean les autografe varios libros y tomarse varias fotos con él. Roxin deja que todo esto transcurra hasta un cierto punto; cuando se alcanza ese punto, es hora —sin exagerar— de sacarlo escoltado del aula.

Para nosotros es, por ello, un gran honor poder presentar nuestro Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal (CEDPAL) en un número que la prestigiosa y tradicional revista *Goldammer's Archiv für Strafrecht* dedica a Claus Roxin, y, por cierto, en un doble sentido. Por un lado, en razón de la enorme importancia —inimaginable para quien es ajeno a esta área— de Roxin en América Latina y, en general, en todo el ámbito jurídico penal de lengua española y portuguesa. Por el otro, a causa de la creciente importancia —gracias al compromiso de Jürgen Wolter— de esa revista para el diálogo jurídico-penal entre Alemania y los países de lengua española y portuguesa. Al respecto, queremos hacer hincapié en la palabra —diálogo—, a saber, un intercambio científico de igual a igual, a lo cual el CEDPAL también está fuertemente comprometido.

Claus Roxin ha apoyado decididamente y desde un principio las actividades relacionadas con América

Latina que se llevan a cabo en Gotinga —actividades a las que la fundación del CEDPAL, en diciembre de 2013, ha dado un marco formal—; y, por cierto, no sólo como docente de nuestros cursos anuales. Especialmente digna de mención es la carta de Roxin² en apoyo a la creación de la biblioteca especializada en Derecho penal internacional y extranjero, que cuenta actualmente con casi 14 000 libros y con más de 100 revistas extranjeras en papel.³ Más allá de ello, Roxin ha contribuido notablemente a la formación de jóvenes juristas latinoamericanos y al fortalecimiento de las relaciones científicas y el intercambio académico entre penalistas alemanes y latinoamericanos. ¡Y aún hoy, con sus más de 80 años, sigue haciéndolo! Ese espíritu de fomento de jóvenes juristas es uno de los puntos esenciales que vincula el trabajo del CEDPAL con Roxin. Al dar cuenta aquí sucintamente de las actividades del CEDPAL, reconocemos al mismo tiempo la estrecha vinculación del homenajeado con América Latina en general y con el CEDPAL y la Universidad de Gotinga, en particular. Brevemente: le rendimos tributo al más importante penalista alemán por su empeño en el afianzamiento de las relaciones entre Alemania y América Latina.

II

El CEDPAL tiene por objetivo promover la investigación en ciencias penales y criminológicas en América Latina, fomentar, por medio de diferentes modalidades de oferta académica, la enseñanza y capacitación en estas áreas y estimular el intercambio del saber académico entre investigadores de América Latina, y entre éstos y juristas alemanes y de otras culturas jurídicas. Para ello, se sirve, además de la estructura existente en Gotinga, de una red de juristas latinoamericanos, españoles, portugueses, italianos, estadounidenses y alemanes —tanto jóvenes como experimentados—, que, en parte, integran su Consejo científico. Puesto que el CEDPAL posee una página web en idioma español y portugués —sus idiomas de trabajo— que informa detalladamente sobre su nacimiento, organización, y, sobre todo, sobre sus actividades científicas,⁴ podemos limitarnos aquí a exponer algunos aspectos concretos

¹ Véase para más detalles: <http://cedpal.uni-goettingen.de/index.php/ensenanza/escuela-de-verano>.

² La carta puede obtenerse en: http://cedpal.uni-goettingen.de/data/biblioteca/Brief_Claus_Roxin.pdf.

³ Véase <http://cedpal.uni-goettingen.de/index.php/biblioteca>.

⁴ www.cedpal.uni-goettingen.de.

que —esperamos— puedan resultar de interés para el lector de *Goldammer's Archiv*.

1. En relación con la **investigación**, el CEDPAL desarrolla proyectos transnacionales, nacionales e individuales. Los *proyectos transnacionales* se ocupan de un problema que incumbe a varios países de América Latina —o analizan un problema jurídico general en varios de estos países— e involucran a investigadores de diferentes países latinoamericanos, así como de Estados Unidos y Europa firmemente vinculados con América Latina. Actualmente, el CEDPAL conduce su primer proyecto sobre *Fundamentos del derecho probatorio en materia penal*, el cual tiene por objeto el estudio de problemas tanto generales como específicos de la prueba en el proceso penal. La investigación se desarrollará en tres partes y su plazo de realización, en conjunto, es de cinco años (2015-2020). La primera parte se ocupa de problemas generales de la prueba penal como los siguientes: teorías de la prueba; concepto de prueba; relación de prueba con las teorías de la verdad; prueba, modelos procesales y fines del proceso; prueba y fines de la pena; prueba y estructura del proceso; prueba y legalidad; argumentación en materia de hechos y control de determinaciones sobre los hechos; intensidad probatoria y estándares de prueba en la decisión final sobre los hechos, en decisiones interlocutorias, en decisiones sobre la medida de la pena; fundamentos y sistemas de valoración de la prueba; valoración de la prueba, fundamentación y evaluadores de la prueba (*fact finders*); problemas de inadmisibilidad de prueba y de exclusión de la prueba (limitaciones epistémicas y ético-políticas); lesiones a reglas probatorias y descalificación procesal del Estado; conservación o aseguramiento de la prueba. Los resultados preliminares de esta primera parte se presentarán en un congreso internacional (*I Congreso Internacional CEDPAL*) que se llevará a cabo del 26 al 28 de septiembre de 2016 en Lima, Perú.

La segunda parte se ocupará de problemas específicos de la prueba penal. Al respecto, serán objeto de investigación problemas tales como la prueba del nexo causal, de los elementos subjetivos del delito, del carácter (peligrosidad, arrepentimiento, etc.) y de hechos futuros o predicciones (riesgo de fuga en prisión preventiva; riesgo de reincidencia en determinación de la pena, etc.), así como problemas específicos de la prueba transnacional (prueba ilícita internacional, etc.), de la cooperación en materia de prueba y

de la prueba obtenida por particulares o por agencias privadas de seguridad. Asimismo, se ocupará de cuestiones específicas de los distintos medios de prueba (testimonial, científica, documental, electrónica, etcétera).

La tercera parte estará dedicada al estudio de la prueba en relación con delitos seleccionados de las legislaciones latinoamericanas. Esta parte se ocupará de problemas probatorios de los delitos de enriquecimiento ilícito (inversión de carga de la prueba, *nemo tenetur*, etc.), tributarios, lavado de activos y autolavado, delitos de tránsito (prueba de primeras apariencias), abuso sexual contra menores (prueba de oídas, prueba pericial, etc.), entre otros.

Los *proyectos nacionales* de investigación se ocupan de problemáticas específicas de uno o varios países —o analizan un problema jurídico general dentro de uno o varios países— y son desarrollados principalmente por investigadores del país o los países en cuestión. Los proyectos nacionales son organizados y financiados conjuntamente por el Centro y una contraparte nacional, la cual propone el tema de investigación. Para la discusión de los trabajos preliminares se lleva a cabo un seminario en Gotinga, que es de libre acceso a personas interesadas. Al seminario usualmente se invita a un especialista del tema elegido, quien se encarga de discutir los textos y fomentar el debate. Antes de la publicación (sobre las formas de publicación, véase más abajo), los participantes cuentan con tiempo para introducir los cambios que, según el resultado del debate durante el seminario, se presentan como necesarios o aconsejables.

Hasta el momento han sido realizados o se encuentran en etapa de realización siete proyectos nacionales sobre temas tan diversos como el proceso de paz y justicia de transición —dos proyectos— (Colombia), investigación policial (Brasil), proceso penal y crimen organizado (Brasil), lavado de dinero y *compliance* (Perú), reforma penal (Chile), prevención e imputación (Argentina). Para el periodo 2016-2017 están previstos otros cuatro proyectos, a saber: delincuencia y justicia penal juvenil en Centroamérica (Costa Rica *et al.*), ciberdelincuencia (Colombia), imputación penal a los órganos de dirección en el contexto de estructuras empresariales (Perú) y empresas transnacionales y violaciones de derechos humanos en América Latina (Argentina *et al.*). Asimismo, para revindicar el trabajo de los grandes penalistas de América Latina se ha iniciado una serie de investigaciones sobre importantes

penalistas latinoamericanos; los primeros dos seminarios se ocupan de las obras de Anibal Bruno (Recife) y Eduardo Novo Monreal (Santiago de Chile).

Por último, los *proyectos individuales* son los que desarrollan estudiantes de maestría y/o doctorado que se encuentran adscriptos al CEDPAL o están de alguna forma vinculados al centro. Esto se aplica, sobre todo, aunque no exclusivamente, a estudiantes de la Universidad de Gotinga.

2. Dentro del CEDPAL funciona, además, el **Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (GLEDPI)**, financiado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. El GLEDPI lleva a cabo investigaciones en el área del Derecho penal internacional, la justicia de transición, el sistema interamericano de derechos humanos y el Derecho penal comparado y transnacional en general. Fue establecido en el año 2002 y actualmente cuenta con 21 miembros de diversos países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Colombia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) y europeos (Alemania, España e Italia). Hasta el momento, el GLEDPI ha concluido once investigaciones que han dado lugar al mismo número de publicaciones, las cuales se encuentran también en formato digital y son de libre acceso. La última publicación se titula *Terrorismo y Derecho penal*.⁵ Actualmente, el GLEDPI está desarrollando un proyecto bianual sobre *Drogas ilícitas y narcotráfico. Políticas de prevención, represión y legalización de drogas en América Latina*. Se trata de un proyecto interdisciplinario en el cual, además de juristas, participan filósofos, sociólogos y economistas.⁶

3. Para la **promoción de la investigación científica de jóvenes juristas** latinoamericanos, el CEDPAL organiza un *Seminario de Doctorandos Latinoamericanos*, el cual está dirigido a doctorandos provenientes de América Latina que desarrollan sus estudios en universidades europeas, y tiene por objetivo el análisis, la discusión y la posterior difusión de sus in-

vestigaciones. Además, el seminario procura generar intercambio académico tanto entre los doctorandos latinoamericanos como entre éstos y los profesores invitados a participar en el encuentro. La selección de los doctorandos se realiza a través de la evaluación de las propuestas de trabajos de investigación (sistema de *call for papers*). Se hace una selección de las diez mejores propuestas y sus autores invitados a Gotinga a presentar y discutir sus trabajos en el seminario. En este contexto, también deben mencionarse los ciclos de conferencias para investigadores experimentados y para investigadores en formación, organizados por el CEDPAL.

4. Los resultados de las investigaciones del CEDPAL son **publicados** en diferentes formatos. Por un lado, el CEDPAL ha celebrado acuerdos con algunas editoriales en América Latina, como Temis (Colombia) y Marcial Pons (Brasil). Por otro, recientemente hemos inaugurado una colección en la editorial de la Universidad de Gotinga, cuyos libros serán publicados en papel y en formato digital (de acceso libre al público). Los libros del GLEDPI también son de libre acceso *online*. El control de calidad de cada publicación es realizado por el coordinador del volumen, y, en algunos casos, también por el Consejo Científico del CEDPAL. Asimismo, el CEDPAL procura difundir la literatura jurídico-penal latinoamericana por medio de su digitalización. Así, se digitalizaron y subieron a la página web del centro todos los volúmenes aparecidos entre los años 1978 a 2000 (en total, 63) de la revista *Nuevo Foro Penal* de Colombia.

5. Además, con el fin de hacer más fácilmente accesible al lector latinoamericano las discusiones jurídico-penales que hay en otras culturas jurídicas, el CEDPAL fomenta y financia **traducciones** al castellano y/o portugués de trabajos clave de Derecho penal, procesal penal y criminología de autores alemanes y angloamericanos. En este marco, fue traducida —y levemente actualizada— la séptima edición —y última de su autoría exclusiva— del manual de derecho procesal penal del Prof. Dr. Klaus Volk (Múnich).

⁵ Al respecto, cfr. “La Declaración de Lima”, publicada en alemán en *ZStW* 127 (2015), 236, y en español en *Revista Penal* 35 (enero de 2015), 335.

⁶ Para más detalles, véase: <http://cedpal.uni-goettingen.de/index.php/investigacion/grupo-latinoamericano-de-estudios-sobre-derecho-penal-internacional>. Cf. la declaración del GLEDPI en <http://cedpal.uni-goettingen.de/data/investigacion/GLEDPI/SeminariosGLEDPI/DeclaracionDrogas.pdf>.

La traducción será publicada en 2016 por la editorial Hammurabi de Argentina.

6. En relación con la **enseñanza y capacitación**, el CEDPAL ofrece cursos en español y portugués de Derecho penal, procesal penal y criminología. Por un lado, una *Escuela de verano* en español (principalmente) de dos semanas de duración para estudiantes de toda América Latina (y eventualmente de otros países de lengua española); por otro, un *Curso del Derecho Penal y Procesal Penal* en portugués (principalmente), de una semana de duración, para estudiantes de Brasil (y eventualmente de otros países de lengua portuguesa). Ambos cursos se dictan con periodicidad bianual en años alternados. La primera edición de la Escuela de verano fue en septiembre de 2014 y la del curso en septiembre de 2015. En ambos casos, la clase magistral de apertura es dictada por el Prof. Dr. Dr. hc. mult. Günther Jakobs y la clase magistral de cierre por el aquí homenajeado, Prof. Dr. Dr. hc. mult. Claus Roxin.

7. El CEDPAL cuenta, asimismo, con un **programa de investigadores visitantes** para estadías de corta y larga duración. Los investigadores visi-

tantes son admitidos luego de un proceso de selección en el que se evalúa, sobre todo, el proyecto de investigación del postulante y su *curriculum vitae*. El programa no está limitado a estudiantes latinoamericanos, pero requiere conocimientos suficientes de la lengua castellana y/o portuguesa. El CEDPAL también cuenta con un programa para simples *visitantes de la biblioteca*.

III

Con el CEDPAL buscamos intensificar y darle un marco institucional a la cooperación científica en la ciencia jurídico penal alemana y latinoamericana. Para nosotros es especialmente importante fomentar una cooperación de igual a igual. El CEDPAL procura ofrecer a los colegas latinoamericanos un espacio para la presentación y discusión de sus investigaciones. Nuestros proyectos nacionales parten normalmente de iniciativas de nuestras contrapartes latinoamericanas; la propiedad de nuestros proyectos es compartida. Sin el apoyo de importantes juristas alemanes como Claus Roxin tal proyecto no sería posible. ¡Muchas gracias, querido Claus Roxin! ¡*Ad multos annos!*

Cómo suscribirse

Revista

Penal MÉXICO

Seleccione la opción de suscripción que mejor le convenga:



• **Envíe un correo a libreria@inacipe.gob.mx con los siguientes datos:**

- ◆ Nombre completo
- ◆ Domicilio de envío (calle, número, colonia, delegación, C.P.)
- ◆ Teléfono
- ◆ Datos del depósito bancario o transferencia, incluyendo: folio, fecha y hora, o bien, adjunte la ficha digitalizada



• **Ingrese a la página www.inacipe.gob.mx:**

- ◆ Pestaña de publicaciones
- ◆ Sección de venta dentro de la subsección suscripciones y siga las instrucciones en pantalla



• **Acuda personalmente al edificio de publicaciones en el Inacipe con su comprobante de depósito:**

- ◆ Magisterio Nacional núm. 113, Col. y Del. Tlalpan, C.P. 14000, México, D.F.



5573-7633 y 5487-1500 ext. 1698

Datos para el depósito:

Banco HSBC: cuenta 404373-6438

Clabe interbancaria 0211-80040-4373-6438-8, a nombre de Autogenerados INACIPE09

- Un año (2 ejemplares) \$440.00
- Dos años (4 ejemplares) \$880.00
- Envíos gratis

Los datos personales recabados serán protegidos con fundamento en los artículos 18, fracciones I y II, y 20 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, el cual fue registrado en el listado de sistemas de datos personales ante el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (www.ifai.org.mx) y podrán ser transmitidos de acuerdo con lo previsto en la ley. La Unidad Administrativa responsable del Sistema de Datos Personales del Instituto Nacional de Ciencias Penales, ubicada en Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, C.P. 14000, México, D.F., es en donde el interesado podrá ejercer los derechos de acceso y corrección de datos. Lo anterior se informa en cumplimiento al artículo decimoséptimo de los Lineamientos de Protección de Datos Personales publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de septiembre de 2005.

Revista Penal México, editada por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), cuya dirección postal se encuentra en calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C.P. 14000, en México, Distrito Federal, publica artículos sobre temas relacionados con las ciencias penales, en su carácter general y especial, así como el proceso penal, la parte criminal y aspectos afines a estas disciplinas que son el resultado de una investigación científica original cuyo objetivo es difundir e impulsar la investigación científica mediante el intercambio de opiniones, estudios y análisis en dichas materias, que pueden ser extrapolables a otros países.

ENVÍO ELECTRÓNICO

Los artículos pueden enviarse en formato Word y por correo electrónico a las siguientes direcciones: jferreolive@gmail.com y publicaciones@inacipe.gob.mx

ESPECIFICACIONES

Los artículos deben ser textos originales que no hayan sido publicados en ningún otro medio; la primera página del documento incluirá el título del artículo, nombre completo, adscripción institucional y correo electrónico del o los autores, así como un resumen analítico en español e inglés (100 palabras aproximadamente) y de 5 a 7 palabras clave en los idiomas antes mencionados. La extensión será de mínimo 10 cuartillas y máximo de 50; esta cantidad, en casos extraordinarios, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen correspondiente o por acuerdo entre el autor y los codirectores. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apegarse a las normas ISO 690:2010, consultables en <http://goo.gl/DuRX4x>. Asimismo, para el cumplimiento al mandato del Plan Nacional de Desarrollo, que establece una estrategia transversal en materia de “perspectiva de género en todas las acciones de la presente administración”, se sugiere la atención al Programa Nacional de Procuración de Justicia (2013-2018 PNPI), en concordancia con el Programa Nacional de Oportunidades y no Discriminación contra la Mujer (Proigualdad), en sus líneas de acción 1.5.3, 1.5.4 y 6.7.3, que indican como necesidad garantizar que las publicaciones incluyan un lenguaje incluyente y no sexista tanto en el uso del término “igualdad”, distinguido claramente del de “equidad” (en relación con las observaciones finales del Comité CEDAW, párrs. 18 y 19), como en imágenes que ilustren el contenido. Por lo anterior, se sugiere que dicha política editorial sea tomada en cuenta por los autores de los textos puestos a consideración para dictaminación y eventual publicación en el programa editorial del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

CALENDARIO

La fecha límite para la recepción de los artículos será de dos meses antes de la temporalidad de la publicación, por lo tanto, dado que la *Revista Penal México* es una revista semestral, la cual comprende los periodos de septiembre a febrero y de marzo a agosto, los trabajos se recibirán en julio, para el primer número del año, y en enero, para el segundo.

PROCESO DE DICTAMINACIÓN

Posteriormente, los artículos se someterán a un proceso de evaluación siguiendo el sistema doble ciego. Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante el resultado del dictamen, el cual puede ser “publicable”, “no publicable” o “publicable con observaciones”. Dicha información se hará llegar a los colaboradores un mes antes de la periodicidad de la revista, esto es, en agosto, para el primer número anual, y en febrero, para el segundo. La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad en el número de la publicación correspondiente.

DERECHOS

Es condición indispensable para la publicación que el autor o autores cedan a la revista, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si acaso surgieran peticiones del autor o de terceros para la reproducción o traducción completa o parcialmente de los artículos, será competencia del Consejo de Reacción la autorización de dicha solicitud. En este sentido, se deberá indicar que la obra ha sido publicada previamente en el correspondiente número de la revista.

DOMICILIO POSTAL

Los artículos se recibirán por correo electrónico y también en un disco e impreso, como respaldo, a la siguiente dirección postal: calle Magisterio Nacional núm. 113, Col. Tlalpan, Del. Tlalpan, C.P. 14000, México, Distrito Federal.



ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal