

abril 2016

N° 4

abril • 2016
Nueva Época

EX

LEGIBUS

N° 4

EX LEGIBUS



Librería
Porrua



ESCUELA JUDICIAL
DEL ESTADO DE MÉXICO

Ex Legibus es una publicación de carácter científico sobre temas vinculados al derecho judicial y disciplinas conexas, con el objetivo de propiciar el análisis y el debate, así como la reflexión sobre la actualidad de la materia. Sus contenidos están dirigidos a magistrados, jueces, investigadores, docentes, abogados postulantes y estudiantes de ciencias jurídicas en todos sus niveles. Se edita semestralmente los meses de abril y octubre.

La Revista agradece el apoyo brindado por el Centro de Investigaciones de la UAEM en la dictaminación de los trabajos que integran este número.

Correspondencia: Centro por el Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México. Calle Josefa Ortiz de Domínguez, N° 306, col. Santa Clara, C.P. 50060, Toluca, Estado de México.

Tel. (722) 1679200, exts. 16822, 15178, 16804 y 15196.

E-mail: dirección.investigaciones@pjedomex.gob.mx

© Consejo de la Judicatura del Estado de México

Edita: Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México

ISSN:

Derechos Reservados

Impreso en México

Diseño Editorial

Coordinación General de Comunicación

Social del Poder Judicial del Estado de México

Portada

Mural: "El Centenario de Nuestra Independencia"

Autor: Alfredo Nieto Martínez

Las opiniones contenidas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las opiniones o políticas del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial o las de los miembros de su Consejo Editorial.

Se autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta Revista con fines académicos y científicos, siempre y cuando se cite la fuente.

CONSEJO DE LA JUDICATURA

Mgdo. Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza
Presidente

Mgdo. Lic. Palemón Jaime Salazar Hernández
Mgdo. Lic. Juan Manuel Trujillo Cisneros
M. en D. Joel Alfonso Sierra Palacios
Juez Lic. Juan Manuel Télles Martínez
M. en D. Marco Antonio Morales Gómez
Lic. Otoniel Campirán Pérez
Consejeros

ESCUELA JUDICIAL

Dr. Víctor Manuel Rojas Amandi
Director General

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Leonel Pereznieto Castro
Director del Centro de Investigaciones Judiciales, Editor

Dr. Arturo Argente Villarreal
Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey

M. en D. Faustino Carrillo Ahumada
**Juez de Control y Tribunal de Enjuiciamiento
Poder Judicial del Estado de México**

Dr. Mario Cruz Martínez
Universidad Iberoamericana

Dr. Miguel Eslava Camacho
Escuela Normal Superior del Estado de México

Dr. Virgilio Ruiz Rodríguez
Universidad Iberoamericana

Dr. José María Serna de la Garza
Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM

Dra. Yaritza Pérez Pacheco
Secretaria Ejecutiva del Consejo

EX LEGIBUS

REVISTA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES

Nueva Época, N° 4, abril 2016

ÍNDICE

Editorial	vii
Acerca de los autores	ix
Abreviaturas	xi

DOCTRINA

“Violencia e impunidad: examen al Estado” Arturo Ventura Püschel Francisco Javier Álvarez García	15
“Reforma del Código Penal Español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea” Esther Pomares Cintas	59
“Dogmática penal y política criminal en la historia moderna del Derecho penal y en la actualidad penal” Francisco Muñoz Conde	95

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Autonomía de la voluntad en la elección de la ley aplicable a los contratos interestatales Leonel Pereznieto Castro	119
Plazo de Notificación de la Demanda de Pretensiones en el Divorcio Incausado María Virginia Aguilar	123

HISTORIA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

“Génesis del Poder Judicial del Estado de México” Atanasio Serrano López.....	129
--	-----

RESEÑAS

García Cordero, Fernando, Retos del Sistema Penal Acusatorio José Antonio Sandoval Miranda	155
Salazar Ugarte, Pedro et al., ¿Cómo combatir la corrupción? Iván Martínez Aguirre	159

DOCUMENTOS

Código de Ética del Poder Judicial del Estado de México	165
Lineamientos generales para el funcionamiento de los Centros de Información y Documentación de la Escuela Judicial del Estado de México	177

EVENTOS

Programación académica de la Escuela Judicial del Estado de México	185
--	-----

EDITORIAL

El derecho es un área del conocimiento en constante cambio, se actualiza para estar en sintonía con las transformaciones de la sociedad. En este contexto, la Escuela Judicial del Estado de México, a través de su Centro de Investigaciones Judiciales, tiene el honor de presentar, en este número 4, una nueva época, ahora con una nueva estructura: Doctrina, Comentarios Jurisprudenciales, Historia del Poder Judicial del Estado de México, Reseñas, Documentos y Eventos. Lo cual representa un impulso con renovados bríos para la Revista Ex Legibus en su misión de divulgar el conocimiento del derecho judicial.

La sección Doctrina abre con un interesante estudio de Arturo Ventura Püschel y Francisco Javier Álvarez García, tratan el tema de la violencia y la impunidad a través del examen de dos casos: la ETA en España y La Mara en El Salvador. Además, señalan los autores, la impunidad también puede generar el debilitamiento del Estado, al tiempo que pretende solucionar un problema se permite el accionar ilegal de personas y de grupos.

La contribución de Esther Pomares Cintas es una crítica a la reforma del artículo 318 bis del Código Penal español, mediante el cual se regula la inmigración ilegal. Esta reforma, como asevera la autora, no sólo está mal formulada, sino que además, pone en entredicho los principios básicos del Estado democrático de derecho.

Posteriormente, la investigación de Francisco Muñoz Conde es un interesante recorrido por el desarrollo de la dogmática penal alemana, destacando a autores clásicos como Mezger, Welzel, Von Liszt, Hassemer, Roxin y Jakobs. El autor revisa la compatibilidad entre el derecho penal, el derecho penal del enemigo, los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales.

En la sección Comentarios Jurisprudenciales, se analizan dos decisiones del mes de junio de 2017, en niveles jurisdiccionales diferentes. La primera, una tesis aislada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se pronuncia sobre la nulidad del contrato en relación a la autonomía de voluntad, vinculado al artículo 121 constitucional. La segunda, una decisión de la Primera Sala Colegiada Familiar de Texcoco, sobre el plazo de notificación de la demanda de pretensiones en el divorcio incausado.

Por otro lado, desde un punto de vista interdisciplinario, Atanasio Serrano López presenta la investigación intitulada “Génesis del Poder Judicial del Estado de México”. Se trata de un breve recuento de la historia de la institución judicial local. Sobresalen las semblanzas de tres presidentes del Tribunal mexiquense: Donaciano García Ordóñez, Edmundo Durán Castro y Gustavo Barrera Graf.

En la sección Reseñas se incluyen comentarios de obras con temas de actualidad: Sistema Penal Oral Acusatorio y la corrupción en México.

Finalmente, en la sección Documentos se presentan dos instrumentos de carácter normativo: el Código de Ética del Poder Judicial del Estado de México y los Lineamientos Generales para el Funcionamiento de los Centros de Información y Documentación de la Escuela Judicial del Estado de México.

Con esta nueva época revalidamos el propósito de difundir la producción de conocimiento del derecho judicial, así como propiciar el análisis y el debate. Agradecemos profundamente a todos los que participaron en la elaboración del presente número.

ACERCA DE LOS AUTORES

1. **María Virginia Aguilar.** Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en temas sobre desplazamiento internacional de menores. Miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A. C. y ex Presidente de la misma. Fundadora y presidente de AB Abogados International Litigation.
2. **Francisco Javier Álvarez García.** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Catedrático de Derecho Penal y Titular de la “Cátedra Antonio Quintano Ripollés de Derecho Penal Internacional y Humanitario” en la Universidad Carlos III de Madrid, España.
3. **Iván Martínez Aguirre.** Licenciado en Historia por la Universidad Autónoma de Estado de México. Auxiliar de Proyecto del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.
4. **Francisco Muñoz Conde.** Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Doctor honoris causa por las Universidades Autónoma de Asunción (Paraguay), Lusiada de Lisboa (Portugal) y Universidad Católica de Porto Alegre (Brasil). Fue condecorado con la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort. En la actualidad es Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Pablo Olavide de Sevilla, España.
5. **Leonel Pereznieto Castro.** Doctor en Derecho por la Universidad de París. Profesor de Carrera de Tiempo Completo, Titular “C” en la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador Nacional Nivel III (CONACyT). Actualmente es el Director del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

6. **Esther Pomares Cintas.** Doctora en Derecho Penal por la Universidad de Granada, España. Profesora titular de Derecho Penal en la Universidad de Jaén, España. Coordinadora de la Red Iberoamericana de Investigación sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud y Derechos Humanos.
7. **José Antonio Sandoval Miranda.** Licenciado en Historia por la Universidad Autónoma del Estado de México. Asistente del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.
8. **Atanasio Serrano López.** Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Impartió clases de Filosofía del Derecho, Derecho Político y Derecho Agrario en la Universidad Autónoma del Estado de México. Es cronista del Poder Judicial del Estado de México.
9. **Arturo Ventura Püschel.** Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Árbitro de la International Chambre of Commerce de París (ICC) y de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

ABREVIATURAS

art.	artículo
cit.	citada
cfr.	confróntese, confrontar
comp., comps.	compilador, compiladores
coord., coords.	coordinador, coordinadores
dir, dirs.	director, directores
ed., eds.,	editor, editores
esp.	especialmente
et. al.	y otros
<i>Idem</i>	corresponde a la obra citada inmediatamente antes
<i>Ibidem</i>	corresponde a la obra citada inmediatamente antes, pero con diferente páginas.
<i>in fine</i>	al final
núm., núms.	número, números
op. cit.	obra citada
p., pp.	página, páginas
<i>passim</i>	en varias partes
s.a.	sin año de publicación
s.e.	sin editorial
s.f.	sin fecha de edición
s.l.i	sin lugar de impresión
s.p.i.	sin pie de imprenta
ss.	siguientes
t., ts.	tomo, tomos
v ^g cia.	por ejemplo
vid.	veáse
vol., vols.	volumen, volúmenes
vs., c.	versus, contra



DOCTRINA



Revista Ex Legibus, N° 4, abril 2016, pp. 15-58

VIOLENCIA E IMPUNIDAD: EXAMEN AL ESTADO*

VIOLENCE AND IMPUNITY: EXAMINATION OF THE STATE

Arturo Ventura Püschel^{**}

Francisco Javier Álvarez García^{***}

RESUMEN: Por lo general, la impunidad se entiende como ausencia de castigo y se origina por la falta de regulación, de control de los procesos sociales; pero también representa una manifestación del poder. La impunidad debilita al Estado, lo que trae como consecuencia el cuestionamiento de su soberanía, como lo demuestran los dos casos que se exponen: ETA en España y La Mara en El Salvador; en los cuales los gobiernos se vieron en la necesidad de pactar con organizaciones criminales, "ofreciéndoles impunidad" para solucionar los problemas que estos grupos generaban.

PALABRAS CLAVE: organizaciones criminales, delincuencia política, terrorismo, corrupción, justicia penal.

ABSTRACT: Impunity should be understood as the absence of punishment caused by the lack of regulation and control of social processes; as well of manifestation of power. Impunity weakens the State as far as the cases: ETA in Spain and "La Mara" in El Salvador. In these cases, Governments negotiated with criminal organizations, "giving them impunity" to solve the problems generated by these groups.

KEYWORDS: criminal organizations, political crime, terrorism, corruption, criminal justice.

* Fragmentos de lo que viene a continuación han sido ya publicados como "Voz. Impunidad", en *Euno-mia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, marzo-agosto de 2012, pp. 115 y ss., y en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, "Violencia e impunidad: la debilidad del estado de derecho", en AZNAR, Federico y Marisa RAMOS (coords.), *Vulnerabilidad y democracia en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

** Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Árbitro de la International Chamber of Commerce de París (ICC) y de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

*** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Carlos III de Madrid, España, Titular de la "Cátedra Antonio Quintano Ripollés de Derecho Penal Internacional y Humanitario".

Recepción: 30/08/2016

Aceptado para su publicación: 18/05/2017

SUMARIO

1. Debilidad del Estado y cuestionamiento de su soberanía. 2. Concepto de impunidad. 3. Falta de castigo y sus modalidades. Consecuencias de la misma. 4. La impunidad mediante la persecución de los perseguidores. 5. La impunidad de facto. 6. Las medidas de gracia como forma de impunidad. 7. La excepción como justificación. 8. A la impunidad por el prestigio. 9. El caso israelí. 10. A modo de conclusión. 11. Bibliohemerografía.

1. 1. Debilidad del Estado y cuestionamiento de su soberanía

El Estado muestra su debilidad, incluso se cuestiona a sí mismo, cuando admite la concurrencia en su ámbito de competencia; esto es así con independencia de la organización estatal de la que estemos hablando, sea un Estado de derecho en la acepción moderna del término (es decir, con componentes de democracia), sea en la del Estado liberal puro o se refiera a formas más primitivas de organización de lo público.¹ Las elaboraciones de los teólogos de Salamanca² se esfuerzan en subrayar ese hecho, y toda la evolución del derecho y de la organización estatal en Castilla, al menos desde Aljubarrota, apuntan en la misma dirección.

De hecho, el concurso de distintas partes sobre un mismo territorio y con pretensiones de ejercicio de soberanía plena sobre el mismo es lo que se puede considerar como un escenario de guerra civil. De ahí que algunas estrategias desarrolladas por los Estados para finalizar situaciones de violencia extrema han sido criticadas como demostración

1 Hablar de “Estado” en la Baja Edad Media —y dejando como un paréntesis a los Reyes Católicos, a Fernando de Aragón— seguramente es incorrecto, y hacerlo en la Edad Moderna —y antes del Estatuto Real— no debe llevarse a cabo sin una gran cantidad de precisiones previas, pues en realidad con ese concepto se suele aludir a cualquier forma histórica de “lo público”, lo que no coincide con lo que hoy solemos entender como “Estado”. Esa falta de una estatalidad clara (en la que “reino” y “monarquía” no formaban un “todo”, lo que ha permitido a Álvarez Junco afirmar que los intereses que defendían los reyes eran meramente dinásticos) es lo que explica, por ejemplo, algunas de las características de la legislación penal española anterior al siglo XIX.

2 Sólo en la obra de los juristas teólogos de la Escuela de Salamanca encontraremos el verdadero *legibus solutus*, que no en Bodino (quien somete al príncipe a las limitaciones derivadas de la ley divina). En este sentido en GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Poder y derecho. Del antiguo régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX. Conceptos, instituciones y estructuras administrativas en el nacimiento del Estado Moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2009, especialmente pp. 54 y ss., no ha dejado de denunciar una importante falsificación histórica, que en algunos casos proviene de la maldad mezclada con un insoporrible chovinismo, pero en otros lisa y simplemente de la ignorancia. Hay que leer a Menchaca, a Suárez, Soto, Covarrubias y, sobre todo, a Mariana, para hacerse un mapa cabal del Derecho Público en el siglo XVI más allá de las falsificaciones germanas y de las atribuciones vacías.

de debilidad, e, incluso, como renuncia a la “estatalidad” en la organización de la comunidad política, y por esa vía han dado lugar a la impunidad. Me refiero a aquellos casos en los que el Estado llega a acuerdos con otras fuerzas que actúan sobre su territorio soberano (guerrillas, paramilitares, autodefensas ciudadanas, grupos terroristas o, simplemente, pertenecientes a la criminalidad organizada) con el objeto de acabar con situaciones de violencia que se han convertido en insoportables para la propia organización estatal, y a cambio garantiza la impunidad por los delitos cometidos por los integrantes de estos grupos. Son situaciones que podríamos caracterizar como de “estado de necesidad” al revés; es decir: no se argumenta sobre la existencia de una situación límite para, a posteriori, llevar a cabo actuaciones delictivas impunemente, sino que se considera insoportable una situación ya dada, durante la cual se han cometido hechos delictivos y se concede la impunidad para evitar su continuación.

Contemplemos dos ejemplos de lo acabado de decir; uno en el campo de la delincuencia política y otro en el de la criminalidad organizada. a) ETA como paradigma de la delincuencia política.³ La pujanza de esta

3 Ha sido habitual escuchar a lo largo de todos estos años que los militantes de ETA no son delincuentes políticos en sentido estricto, sino únicamente meros “delincuentes comunes”, bandidos, etc. En este sentido, hace ya años COBOS GÓMEZ, Miguel y Francisco ÁLVAREZ GARCÍA “La legislación antiterrorista: una huida hacia el Derecho Penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, núm. 68, 1983, p. 11 y ss., aseveraban que no va a ser posible encontrar en las legislaciones internas un concepto cierto, por inconveniente, de delito político; afirmación que se comprueba recorriendo la parte dogmática de la Constitución y los derechos reflejados en las declaraciones internacionales, por un lado, y el Código penal, en cuanto a las conductas más graves que atentan contra esos derechos, por otro. Esto quiere decir que, desde el punto de vista de la legislación interna de un país, el delito político como ataque o puesta en peligro de un bien jurídico por motivaciones políticas, no existe, pues coherentemente con un régimen demoliberal, se dice que si se consagran las libertades formales y se establecen cauces para cambiar la propia Constitución, no hay cabida legal para una conducta que, hipotéticamente, pretenda restablecer alguna libertad por otros cauces. Se asiste así a un curioso proceso: el del constreñimiento del concepto de delito político que, utilizado por primera vez como límite a la extradición en la Ley inglesa de 1815, supuso un instrumento indispensable en manos de la burguesía liberal en su lucha por la hegemonía política contra el absolutismo monárquico (pensemos, por ejemplo, en la “Joven Italia”); de este modo, y a partir de la Ley belga de 22 de marzo de 1856 —cláusula de “atentado”— se reducirán cada vez más los supuestos comprendidos en el concepto de “delito político”, lo que termina originando la creación de una nueva categoría: la de “terrorismo”, que estaría excluida de aquélla. De todo ello ofrece un claro ejemplo nuestra Constitución al proclamar en su artículo 13.3: “La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo”. Por otro lado esta categoría de “terrorismo” aumentará día a día su ámbito (lo que conviene a la represión estatal que así puede acomodar la definición a sus finalidades coyunturales, y es precisamente esa elasticidad conceptual, esa inseguridad de contornos, lo que ha llevado a alguna organización —como Amnistía Internacional— a prescindir del concepto), aprovechando la falta de consistencia de su definición, tal y como aparece en el marco internacional, y su naturaleza esencialmente política. Sin embargo, el fracaso de la ideología estatal —excepción hecha de aquellos países en los cuales el tejido social se manifiesta terriblemente rígido y autoritario— en su intento de aislar —de cara al conjunto de la sociedad— los delitos de terrorismo de los políticos, ha sido rotundo. De ahí, como decíamos más arriba, que en las distintas legislaciones nacionales se haya transitado la vía de identificar los delitos de

organización que incluso llegó a poner “de rodillas” al Estado,⁴ , llevó, otrora, al Gobierno de España a tratar de negociar el final de su ofensiva criminal. Las primeras conversaciones tuvieron lugar —no hubiese podido ser de otro modo— tras la muerte del dictador el 30 de noviembre de 1976, en un clima en el que predominaba la idea de que había que integrar en el proceso democrático a todas las fuerzas que se habían opuesto a la dictadura. La oferta que realizaba el Estado a cambio del abandono del terrorismo era la impunidad bajo distintas fórmulas (fundamentalmente la amnistía, pero no sólo). Con independencia del resultado de las reuniones (fracaso, aunque el mismo hecho de entablar negociaciones introdujo divisiones en la banda, si bien que también una radicalización de su aparato militar) y de la propia existencia de éstas, hay que subrayar —por lo que ahora interesa— el planteamiento de las mismas: lo que el Estado ofrecía era, como hemos subrayado, la impunidad (con ciertas restricciones) a cambio de que la organización terrorista dejara de “discutir al Estado”, lo que implicaba (más allá de un periodo transitorio) el abandono de las armas y la disolución de la propia organización (la opción por la vía política como alternativa); otro planteamiento no era posible,⁵ ya que el Estado no puede admitir “otro igual” ejerciendo soberanía sobre el mismo

terrorismo con los llamados “comunes”, esperando así que la mayor carga de estigmatización social que tienen éstos frente a los “políticos” afecte también a aquéllos.

No obstante lo acabado de indicar, es lo cierto también que esa identificación de los delitos “terroristas” con los “comunes” se ha llevado a cabo más como mensaje a la sociedad que como categoría jurídica, pues en referencia a aquéllos los Estados han tenido siempre interés en crear una clase especial de lo ilícito, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal. Así, desde las leyes dictadas por la socialdemocracia en la Alemania de finales de los sesenta (gobierno de Willy Brandt, nos referimos, por ejemplo, al *Radikalerlass*) a nuestra legislación actual sobre la materia —y pasando por la especial italiana—, se observa —y más allá de escandalosas, a veces, limitaciones procesales en lo que ahora no entraremos— una elasticidad de los tipos penales absolutamente incompatible con el Principio de Legalidad tal y como es interpretado “in abstracto” por los tribunales. Pero también la práctica de los tribunales en esta materia (por ejemplo, la de “nuestra” Audiencia Nacional) se distancia enormemente de la que es en relación a los delitos comunes; así conceptos como los de autoría, participación, formas imperfectas de ejecución..., es decir: los conceptos clave, fundamentales del Derecho Penal, se conciben de forma más imprecisa y, siempre, favoreciendo la represión.

4 Nos referimos a finales de los años setenta y principios de los ochenta del pasado siglo, periodo en el cual los asesinados anualmente por ETA llegaron —en algún caso— casi al centenar; en una situación en la que el Estado carecía de capacidad para dar respuesta a semejante ofensiva del grupo terrorista por ausencia de adecuadas estructuras policiales (especialmente de inteligencia). Todo ello propició argumentos para el golpe de Estado (febrero de 1981) y para la llevanza de una “guerra sucia” por parte de estructuras gubernamentales, que se concretaron en torturas, asesinatos, desapariciones y secuestros, en la que estuvieron involucradas las más altas estructuras del Estado.

5 Ilustrativas en este sentido son las palabras de quien fuera primer negociador, por cuenta del Estado, con ETA, Ángel Ugarte: “Yo puedo decir lo que el gobierno no puede ni debe otorgar nunca. No puede presionar para que Navarra se incorpore al País Vasco, no puede liberar a presos con delitos de sangre, no puede aprobar un proceso que vaya camino de la independencia del País Vasco. Puede aprobar -ante una clara voluntad de ETA de abandonar las armas- ciertas medidas en favor de los presos, de los exiliados, de sus familias. Eso siempre y cuando el interlocutor estuviera dispuesto al abandono de las armas. Si no, no veo ninguna solución”. Cfr. “Encuentros digitales. Ha estado con nosotros... Ángel Ugarte”, el-mundo.es, 25 de mayo de 2005. Disponible en: <http://www.elmundo.es/encuentros/invitados/2005/05/1569/>

objeto territorial (y de hecho las contrapartidas “políticas” ofertadas por los negociadores del Gobierno fueron a menudo inconcretas). La “banda” fue rechazando los diversos ofrecimientos del Estado por considerarlos insuficientes (no sólo en cuanto a la impunidad, ya que la oferta implicaba dejar sin castigo numerosos delitos —aunque dependiendo de la naturaleza de los mismos, con excepciones—, sino en lo que importaba al contenido “político” de los mismos),⁶ y sólo en 1982 se llega a un acuerdo con una parte de la organización terrorista (ETA-pm VII Asamblea), que se autodisuelve⁷ y abandona las armas con la consecuencia de que se produce una masiva salida de las prisiones y la vuelta de militantes a sus localidades de origen desde distintos países en los que estaban refugiados. Impunidad, por lo tanto, con contrapartidas (incluidas algunas de carácter político) que no suponen competir con el Estado.⁸ Otras reuniones ha habido posteriormente para intentar que se disolviera el resto de la organización terrorista, pero que no terminaron con acuerdo alguno y hoy ETA está al borde de la extinción; primordialmente como consecuencia del acoso policial, pero también por la desaparición del llamado “santuario francés” y la más que evidente pérdida de apoyo popular.

A pesar de que el “modelo de negociación” no ponía en absoluto en crisis las facultades estatales, el hecho mismo de la negociación con una banda criminal fue durísimamente cuestionado por algunas partes, pero más como instrumento de “agresión política” que como problema de principios.⁹

b) El segundo ejemplo, vinculado a organizaciones criminales, nos lo brinda el acuerdo suscrito entre el gobierno salvadoreño y los dirigentes de las maras “Barrio 18” y “Salvatrucha”.¹⁰ El contexto en el que se firmó

6 Incluso no acudieron los negociadores de ETA a alguna reunión (Ginebra, 1978) porque estos querían que fuera pública, lo que daría a la banda un estatus “cuasi internacional”, y a las ofertas de impunidad (y las políticas) realizadas por el Estado un compromiso del mismo carácter.

7 Menos un pequeño grupo que siguió cometiendo atentados durante algún tiempo hasta su integración en ETA-m.

8 Véanse UGARTE, A. y F. MEDINA, *Las memorias del primer hombre que negoció con ETA. Espía en el País Vasco*, Barcelona, Plaza & Janés Editores, 2005, *passim*; FONSECA, Carlos, *Negociar con ETA: del proceso de Argel de Felipe González a la paz dialogada de Rodríguez Zapatero*, Barcelona, Temas de Hoy, 2006, *passim*, y POZAS, A., *Conversaciones secretas Gobierno-ETA*, Ediciones B, Barcelona, 1992, *passim*.

9 De hecho uno de los actores más beligerantes en este sentido fue el Partido Popular, quien, sin embargo, también negoció con los terroristas durante la primera legislatura de Aznar como presidente del Gobierno, aunque lo haya negado cínicamente.

10 Aunque he denominado a estas maras, sin más, “organizaciones criminales”, porque lo son en el sentido de las convenciones internacionales en la materia, debo decir que no son comparables a los cárteles mexicanos u otras agrupaciones delincuenciales similares (la mafia o la Camorra italianas). Quizás la mejor caracterización de las maras salvadoreñas la daba el que en 2012 era el presidente de aquél país, Mauricio Funes: “Las pandillas son organizaciones criminales que tienen un origen en la pobreza y la ex-

dicho acuerdo era el siguiente: en marzo de 2012 El Salvador —que cuenta con unos sesenta mil “mareros”— vivía una situación en la que catorce o quince personas eran asesinadas diariamente, lo que estaba, en esos momentos, poniendo al país por encima, en homicidios por cien mil habitantes, de Honduras, considerado unánimemente como el país más peligroso del mundo, donde incluso se cometen más homicidios que en algunas zonas de guerra.¹¹

El Gobierno, a través de intermediarios (por más que aquél negara en un principio que fuera actor de la negociación, para evitar las más que seguras críticas por pactar con organizaciones criminales), llegó a un acuerdo con las maras más arriba aludidas, a las que a cambio de “facilidades penitenciarias” a sus líderes¹² —que incluían la comunicación con distintos estamentos de la sociedad salvadoreña—, relajamiento para los mareros del régimen en los centros penitenciarios y un cierto pacto de “no agresión” en el exterior de las prisiones, obtuvo una disminución inmediata y muy relevante del número de homicidios;¹³ no se redujeron de la misma forma las cifras de la violencia, e incluso la extorsión pudo seguir siendo llevada a cabo de forma más “tranquila” (una de las exigencias de las maras consistió en el cese de los operativos policiales en las zonas controladas por los criminales).

A la hora de juzgar el pacto, entendemos que la legitimidad del mismo depende de que los acuerdos hubieran sido tomados exclusivamente como un inicio de un proceso que debía terminar forzosamente con la disolución de las maras; otro escenario —la convivencia de la organización

clusión de nuestras sociedades, [...] están integradas por jóvenes excluidos [...] y no se les ofrece como sociedad otra opción de vida más que delinquir [...] El problema de las pandillas en El Salvador sólo se resolverá el día que seamos capaces, como sociedad, de dar una respuesta institucional a las demandas que ellos plantean, que no son demandas producto de la organización criminal que han creado, son las demandas que tiene cualquier ciudadano, ... como acceso a empleo o educación, añadió”. Es, pues, la miseria la que alienta las maras, <https://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/796826.los-ms-13-y-cartel-mexicano-son-diferentes-funes.html>.

11 Entre los muchos documentos que avalan esta afirmación, y además de las estadísticas de todo tipo que existen, véase el *Estudio sobre la violencia en Honduras*, de Pastoral Social Cáritas de Honduras, Tegucigalpa, 2013.

12 El traslado de los líderes de las maras a centros penitenciarios en los que ya no iban a estar en condiciones de aislamiento produjo el efecto inmediato de devolver a esos líderes el control operativo pleno sobre los miembros de sus pandillas en el exterior de los centros penitenciarios; es decir: implicó una sustancial mejora de las condiciones operacionales de las maras.

13 Hasta “sólo” cuatro o cinco (aunque hubo “desapariciones” no contabilizadas, lo que no impugna de forma relevante la disminución de los homicidios); véase, MARTÍNEZ, Óscar et al., “Gobierno negoció con pandillas reducción de homicidios”, *El faro*, 14 de marzo de 2012. Disponible en: <http://www.elfaro.net/es/201203/noticias/79851>. La cuestión es que esa disminución afectó, esencialmente, a los miembros de las pandillas y a los integrantes de los cuerpos de seguridad y el ejército, pero no al resto de la sociedad, a los ciudadanos “normales”.

estatal con unas organizaciones criminales— no es posible si el Estado quiere conservar sus facultades. En todo caso, y además, ni siquiera de forma transitoria es aceptable que el Estado acepte “entregar” a sus ciudadanos en manos de los criminales; y eso es lo que se hizo al rebajar el nivel de los operativos, pues de esa forma el ejercicio del dominio sobre los ciudadanos en las zonas controladas por las maras pasó a ser absoluto (el control territorial se acentuó). Con independencia de lo dicho, es aceptable en principio la incorporación de medidas de gracia, reinserción, en definitiva impunidad, pero como parte de un acuerdo global. Sin embargo, una impunidad temporal como la concedida sin formar parte de una idea estratégica es inaceptable, y al final no se muestra capaz de reducir los niveles de violencia.

En efecto, dos años después del acuerdo con las maras la violencia ha vuelto con fuerza, la impunidad transitoria no ha servido de nada y los ciudadanos se han sentido utilizados y desamparados por el Estado; y éste se ha autocuestionado.¹⁴

2. Concepto de impunidad

La impunidad es generalmente definida como la ausencia de castigo (impunitas). Es ésta una definición tan común como excesivamente restringida, pues su presupuesto es la existencia de una regla que prescriba, precisamente, el castigo como consecuencia de una conducta, lo que no siempre ocurre (precisamente, y como se verá más abajo, una de las formas de lograr la impunidad consiste en dificultar o impedir el dictado de una norma que sancione conductas “merecedoras” de castigo por atacar a bienes jurídicos fundamentales). Por ello, entendemos que resulta preferible el remitirnos en primer lugar a una acepción todavía más amplia de impunidad, y es la que se refiere a la actuación en un ámbito carente de regulación, con imposibilidad, por tanto, de armar cualquier reacción —más allá de la puramente primitiva e individual regida por el placer o displacer— frente a actuaciones en aquel marco.

¹⁴ Paralelamente, y como consecuencia de lo anterior, el Estado ha demostrado su debilidad, lo que en buena medida es lo que ha provocado que “escuadrones de la muerte” hayan empezado a actuar; más aún: lo que no se entiende es que no hayan aparecido antes, dada la indefensión en la que el Estado ha dejado a los ciudadanos. En todo caso, y además los grupos de delinquentes se han rearmado durante el periodo de “tregua”, dotándose de armas modernas con las que actualmente se enfrentan a las fuerzas de policía y del ejército, en unos combates con los que demuestran haber perdido el respeto a las fuerzas de seguridad del Estado. Véase en “Director de PNC: Los pandilleros están perdiendo el temor a la Policía”, *La página. Más rápido y veraz*, 28 de agosto de 2014, <http://www.lapagina.com.sv/nacionales/98715/2014/08/29/Director-de-PNC-Los-pandilleros-estan-perdiendo-el-temor-a-la-Policia>

Así, pues, la concepción de la impunidad como falta de castigo implica una evolución frente a la que se refiere a la ausencia de regulación. Esta última manifiesta un estado natural (en sentido roussoniano) en el que el comportamiento está absolutamente desvinculado de cualquier norma, y por ello es el estado de impunidad perfecto: todo le está permitido a quien en él actúe, pues nada está regulado, preceptuado. Por lo tanto no existe la prohibición.

Pero profundicemos en este concepto amplio de impunidad, que no es el normalmente referido por los tratadistas que suelen enfocar aquella noción, generalmente, de la mano de una conculcación normativa. El concepto amplio de impunidad se reclama al ejercicio más descarnado del poder, a la inexistencia provocada y querida de limitaciones en el desenvolvimiento de la acción, trasladándonos de hecho a un mundo de significados en el que el ejercicio del dominio se puede realizar con desprecio absoluto de cualquier forma: sólo la brutalidad de su ejercitado contenido material marca sus confines.

El campo de desarrollo del concepto amplio de impunidad es, preferentemente, el de los procedimientos. Ello es así porque el derecho, la libertad o el bien al que en general finalmente se refiera la concreta actuación, está, normalmente, protegido en abstracto (por ejemplo, el patrimonio, la libertad, la vida) y blindado frente a los ataques más burdos; en realidad existen pocos bienes cuya protección no esté invocada por algún tipo de norma. Ello es lo que, en principio, puede, aparentemente, aportar tranquilidad a los ciudadanos, a las sociedades. Sin embargo, la cuestión no es, o no es sólo, que, verbigracia, la propiedad o la intimidad estén abstracta y genéricamente protegidas, sino si están protegidas contra determinadas formas de ataque a las mismas, pues evidentemente de ningún texto se puede deducir la protección total de los derechos, pues ello supondría una absoluta paralización social. Del hecho, así, de que la protección de los derechos sea sectorial, fragmentaria —y no solamente en el ámbito del Derecho Penal que pareciera el más propicio a estos efectos—, se deriva la atipicidad, la falta de previsión de sanción a determinados procedimientos, modalidades y formas de ataque a los bienes.

La impunidad, pues, proviene, en primer lugar, de la falta de regulación de procesos sociales. Obviamente su campo preferido de desarrollo está unido, directa o indirectamente, a lo que siempre ha constituido el terreno predilecto de los poderosos: la obtención y conservación de la riqueza; y su evolución se encuentra generalmente vinculada a la opacidad en el

desenvolvimiento de determinadas actividades, cuya misma importancia o trascendencia está, en muchas ocasiones, oculta a la mayor parte de los ciudadanos.

Este tipo de impunidad no suele alcanzar —salvo casos excepcionales o en momentos inmediatamente posteriores a algún escándalo, por el alcance extraordinario de algunas concretas realizaciones llevadas a cabo— un alto grado de rechazo social, lo que es debido a distintos factores como, entre otros:

1º) A la inexistencia de concretas víctimas, o, al menos, de sujetos que se perciban a sí mismos como víctimas de esas conductas. Se trata éste de un mecanismo muy conocido en la criminología, en el que se vincula esa falta de percepción social del crimen con la conciencia de su no comisión. Esa difuminación de la víctima, además, es la que casi garantiza la ausencia de persecución, pues generalmente nadie defiende un derecho del que no se tenga conciencia que haya sido conculcado; y los acusadores públicos, normalmente, sólo se movilizan ante “infracciones trascendentes”, de las que sirven para justificar su estatus.

2º) Al etiquetamiento, genérico, de algunos de los dichos comportamientos como “actividad de negocios” y por lo tanto de riesgo “asumido” (autopuesta en peligro). En efecto, hay una amplia percepción social que sigue vinculando, políticamente, gran parte de la actividad económica con el liberalismo puro, en el cual todo el ejercicio de la actividad económica corre a ventura de los distintos agentes. Por lo tanto, y en este planteamiento, todo el que se arruina o sufre pérdidas económicas como consecuencia de, por ejemplo, actividades de inversión de capital en el mercado mobiliario, asume cualquier tipo de riesgo; y, paralelamente, cualquier conducta desarrollada en ese ámbito está cubierta con la presunción de legalidad. De ahí la resistencia de los operadores económicos a aceptar “reguladores” en su mercado.

3º) A la intervención en las conductas delictivas de personas consideradas como pertenecientes a la “buena sociedad” (hombres públicos, de negocios, deportistas o artistas famosos, etc., de los que se presume, por su pertenencia a un cierto estatuto, actuaciones siempre dentro de la norma); de hecho, la atracción del gran público a su participación en inversiones “dudosas” en su rentabilidad o directamente defraudatorias, se consigue frecuentemente a través de la “presencia”, del aval, de personas pertenecientes a aquella categoría (a la hora de captar inversores para

que participen en determinadas emisiones de valores, acuden las empresas a personas con una imagen exterior de bonhomía, por ejemplo una atleta conocida, un actor reputado o un tenista honrado y reconocido así por los ciudadanos).

El problema a la hora de vincular la idea de impunidad a estas conductas huérfanas de regulación es justificar la necesidad de sancionar (pues de su ausencia nace la idea de impunidad) tales comportamientos. Obviamente la justificación sólo puede ser sociológica en este caso (cualquiera intento estrictamente jurídico en este campo nos hundiría en la controvertible categoría de los *delicta iuris naturalis* o nos obligaría a referirnos a discutibles principios o costumbres de difícil probanza), y debe remitirse al daño evaluable que los aludidos comportamientos causan a los ciudadanos, de forma tal que impunidad, en este sentido, se vincula a la posibilidad de hacer daño libremente.

Este tipo de impunidad se muestra, así, como una estrategia política dirigida a permitir que ciertos actores y/o grupos sociales puedan llevar a cabo sus comportamientos libremente, abandonados a su propia iniciativa. La impunidad, pues, consiste en la ausencia de regulación; la norma es la ausencia de norma. La ley efectivamente existente será, por lo tanto, únicamente para aquellos que realizan una actividad reglada, no para quienes a veces son los más dañinos, para éstos no hay norma. Ese es su extraordinario poder.

3. Falta de castigo y sus modalidades. Consecuencias de la misma

La segunda y más común definición de impunidad como falta de castigo nos debe llevar a reflexionar; en primer lugar, en el porqué de esa falta de castigo y en sus consecuencias.

Generalmente la invocación de la idea de impunidad nos hace enlazar mentalmente con los grandes crímenes contra la humanidad, cometidos en otros países o, si fueron en el propio, achacados a nuestra lejana historia. Sin embargo, la impunidad es algo ligado a nuestra vida cotidiana, al ejercicio arbitrario del poder y a la ineficacia del sistema legal y represivo, y no requiere necesariamente ni una configuración política autoritaria (por más que la arbitrariedad sea consustancial a semejantes regímenes) ni ser consecuencia en todos los casos de expresiones de corrupción política. En efecto, la impunidad en los

regímenes democráticos constituye el derivado de la rebeldía de grupos económicos y sociales a “comulgar” con las reglas de un sistema en el cual se integran y del que participan —y sin el cual no existirían—, y esa resistencia la plasman en la desactivación de los sistemas de control y sanción.

Los mecanismos de actuación de esa impunidad son muy variados, pero, en general, precisan de la colaboración, activa o pasiva, de las estructuras del poder político y administrativo. Su aparición está vinculada más que con el fracaso de los sistemas de sanción, con la falta de aparición de los de control, de forma tal que en la práctica convierten esta clase de impunidad referida a la conculcación normativa en una caracterizada por la ausencia de normación. Precisamente es el desarme de esos sistemas —que no impugna en sí mismo la existencia de la infracción— la forma más segura de consagrar la impunidad y de alentar las conductas transgresoras. Esa desaparición de los sistemas de control tiene como efecto añadido uno de llamada a posibles infractores, pues siendo la prevención general negativa uno de los fines de la sanción, condición para su eficacia es la realidad del castigo (la llamada “seriedad” de la amenaza de la que hablara Feuerbach); en este sentido, la certeza o la amplia probabilidad de impunidad para las conductas conculcadoras será el mejor reclamo para los quebrantadores de la norma.

Pero existen otras muchas formas de impunidad, unas ligadas a la confección de la propia norma y otras a su aplicación; y junto a ellas, medidas extraordinarias como prescripciones o caducidades sometidas a plazos de difícil satisfacción por las peculiaridades de las estructuras punitivas, o las ya excepcionales referidas al perdón, el indulto o la amnistía.

Entre las impunidades ligadas a la confección de la norma, destacan aquellas que se deducen de la introducción de óbices procesales que limitan las posibilidades de persecución, reduciendo, en especial, las autorizaciones para que meros particulares, sin el estatuto de víctimas o perjudicados, puedan ejercer la acción procesal. Entre estas últimas destacan la supresión o limitación a las iniciativas de corte popular; la exigencia de determinados requisitos o garantías (señaladamente las fianzas), la obligación de que sea el agraviado el que actúe, la consagración de las inmunidades, la existencia de fueros personales que exijan la concurrencia de requisitos administrativos previos para proceder al enjuiciamiento, etc. De corte material/sustantivo, se pueden mencionar el condicionamiento de la tipicidad de la infracción a determinados requisitos, como la exigencia de que la infracción vaya

acompañada de un altísimo perjuicio económico (de forma tal que deje al margen de la regulación penal una buena parte de las conductas infractoras; es el caso del delito fiscal), o de que concurran determinadas exigencias subjetivas, o los que exigen la presencia en la infracción de elementos de muy difícil probanza, etc. Pero quizás una de las formas de impunidad más sigilosa sea, en el contexto sustantivo, la de la asignación a las infracciones, bien de sanciones irrelevantes (o fácilmente sustituibles), bien de castigos que para el infractor no representen sino uno más —y no el más relevante— de los factores económicos a considerar (del “coste” del comportamiento infractor), fácilmente previsible e integrable en la “cuenta general” de la infracción (ese ha sido históricamente el problema con los delitos ambientales). Esas mínimas sanciones, que representan una impunidad real, hacen aparecer al sistema, falsamente, como inflexible ante el comportamiento desviado, cuando la realidad es que para quienes están en posibilidad de realizar las infracciones carece hasta de efectos simbólicos.

En el campo de la impunidad indirecta, cobra cada vez mayor importancia el juego de las prescripciones y de las caducidades. Se trata de un sistema doblemente diabólico, pues por una parte suele tener como presupuesto la consagración de una maquinaria penal particularmente lenta y premiosa, y por otra parte se presenta como la plasmación del derecho a una justicia rápida y eficaz. En realidad estamos ante una verdadera estafa legal —especialmente en el caso de las caducidades— en la que bajo la cobertura de la exigencia de una tutela judicial rápida y efectiva —y en el marco de la invocación de la máxima seguridad jurídica— se defraudan las normas que tipifican como infractoras determinadas conductas.

4. La impunidad mediante la persecución de los perseguidores

Pero hay otra forma de conseguir la impunidad y es, sencillamente, persiguiendo a quienes quieren acabar con ella, a los personajes “molestos” que se empeñan en denunciar y en perseguir a los criminales. Ejemplificaremos en primer lugar en Guatemala.

a) Durante el año 2013 se celebró lo que durante mucho tiempo se había creído absolutamente inviable e ilusorio: la vista oral del proceso contra Efraín Ríos Montt, durante la cual destacó especialmente la fiscal general de Guatemala, Claudia Paz y Paz,¹⁵ pues ella es la que

¹⁵ Toda una esperanza en un sistema de justicia absolutamente corrompido; sobre su nombramiento y vicisitudes posteriores véase en SANZ, José Luis, “El fin de la primavera de Claudia Paz”, *El faro*, 10 de

había conseguido arrastrar hasta el banquillo a uno de los principales criminales: el ya mencionado General. ¿El resultado? Condena en instancia y anulación del juicio durante la revisión de la sentencia en la Corte de Constitucionalidad fundamentada en “errores procesales”: hay que repetir (la nueva vista comenzará el 5 de enero de 2015).¹⁶ Obviamente la fiscal que llevó a no pocos militares a juicio ha sido sustituida (después de que la Corte de Constitucionalidad decidiera acortar el periodo de su mandato), y abandonó Guatemala el mismo día de su destitución para evitar ser detenida;¹⁷ y recientemente el Congreso guatemalteco ha aprobado —con apoyo del partido en el poder— una resolución (con fecha 15 de mayo de 2014¹⁸), no vinculante, en la que se declara que la matanza de 1770 y un indígenas mayas-ixiles sobre la que versaba la sentencia condenatoria no había existido, que es inviable jurídicamente que se produjera, y exhorta a los jueces a no condenar a los acusados.¹⁹ Es decir, el Congreso declara tácitamente que los muertos están vivos, aunque se encuentren enterrados.²⁰ En concreto, en la parte dispositiva de la resolución se afirma:

La legislación imperante da cuenta que los elementos que conforman los tipos penales señalados (en contra de Ríos Montt) resulta jurídicamente inviable que se dieran en Guatemala [...] en cuanto a la existencia en nuestro suelo patrio de un genocidio durante el enfrentamiento armado interno [...] es una discusión que trasciende a los tribunales de justicia.

[Esta discusión] se da en los medios de comunicación social, sectores

agosto de 2014, <http://www.salanegra.elfaro.net/es/201407/cronicas/15754/>

16 Será en esa fecha o no dependiendo de que haya fallecido o no Ríos Montt; si no ha muerto se pospondrá el comienzo y si ha fallecido ya no se iniciará la vista. Esta es la previsión, se juega con que el genocida Ríos Montt, dada su avanzada edad, le haga el favor, a quienes le sostienen, de morir no dentro de demasiado tiempo. Así todo se podrá solucionar “limpiamente”.

Por otra parte tampoco será fácil constituir el Tribunal que ha de juzgar al genocida, pues desde que se dictó la resolución por la Corte de Constitucionalidad decenas y decenas de jueces se han inhibido de conocer el caso: nadie quiere ser la próxima víctima judicial. Tampoco es fácil encontrar “voluntarios” que quieran servir a la cúpula empresarial mediante un fallo absolutorio, porque nunca se sabe hasta cuándo esos empresarios van a seguir siendo constantes en su apoyo a Ríos Montt (véase el último artículo citado).

17 SANZ, José Luis, “El regreso de los viejos dueños”, *El faro*, 13 de agosto de 2014, <http://www.salanegra.elfaro.net/es/201408/cronicas/15755/>

18 Sobre cómo se pergeñó por los diputados de las diferentes bancadas dicha resolución véase, *Idem*

19 Congreso de Guatemala niega genocidio en ese país”, *La nación*, 14 de mayo de 2014, http://www.nacion.com/mundo/centroamerica/Congreso-Guatemala-niegagenocidiopais_0_1414458701.html

20 Sobre el genocidio guatemalteco véase, de entre los numerosos existentes, ONU, *Informe Final. Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala*, 15 de noviembre de 2004, <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/guatemala/informeMINUGUA.htm>

de opinión, pueblos, plazas, calles, comunidades y en los hogares guatemaltecos, abriendo así nuevamente la polarización entre hermanos, propiciando condiciones contrarias a la paz y que impiden una definitiva reconciliación.

Para no dejar ningún cabo suelto, el “Tribunal de Honor” del Colegio de Abogados de Guatemala inhabilitó a la juez Yassmín Barrios (que fue quien presidió el Tribunal que dictó la sentencia condenatoria) por una decisión de carácter procesal adoptada por ésta durante el juicio contra Ríos Montt.²¹

Desde luego que ante la lectura de lo anterior cualquier sutileza jurídica carece de sentido, y un discurso —sin más— sobre la separación de poderes, también. Se está lisa y llanamente ante la expresión más descarnada del poder, que sólo puede imponerse, y es lo que sucede en este caso, si se cuenta con la participación de instancias políticas, sociales y económicas (en este caso la cúpula empresarial)²² fundamentales.

El problema es que no existe un poder judicial independiente en Guatemala. La forma de selección de sus magistrados (de Corte, de Apelaciones o de Constitucionalidad, incluso la limitación temporal en el nombramiento de los jueces de instancia) lo impide. Los magistrados llegan a su cargo con tantos favores que agradecer (de otra forma no serían seleccionados por el Congreso) que —con carácter general— están incapacitados para ejercer correctamente su función. No se trata de un fallo del sistema, sino de un sistema montado con ese fallo, pues de esa forma ningún poder puede desafiar al de sus verdaderos detentadores: la cúpula empresarial. De “ellos” es el Legislativo y el Ejecutivo; el Judicial, sencillamente, no existe como tal poder. Con esos parámetros la impunidad es la norma.²³

21 AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Guatemala retrocede hacia la impunidad en el aniversario de la anulación del fallo condenatorio por genocidio*, 20 de mayo de 2014, <http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/guatemala-retroceso-impunidad-aniversario-anulacion-fallo-genocidio-2014-05-20>, en realidad la inhabilitación no ha podido ser aplicada, pese a la voluntad del Colegio de Abogados, por impedirlo en esta ocasión la Corte de Constitucionalidad.

22 Véase, entre otros muchos testimonios coincidentes: “CACIF pide anular fallo por genocidio contra Ríos Montt”, *Prensa Libre*, 12 de mayo de 2013, http://www.prens Libre.com/noticias/CACIF-pide-anulacion-fallo-Rios_Mont_0_917908328.html

23 Lo dicho no impide que haya multitud de juristas con un alto sentido de su deber y de la defensa de la Justicia, que estén empeñados personalmente en que la situación cambie y que no dudan en asumir altos riesgos personales para que tal cosa suceda. Ello ocurre en Guatemala y también en otros países, lo que en no pocas ocasiones se termina traduciendo en un “impuesto de sangre” (funcionarios, jueces o fiscales —y también abogados o periodistas— asesinados no faltan *in abundancia* en algunos países, y en ese sentido el caso de Honduras es paradigmático, pues no pocos servidores públicos y simples particulares con actividades “de riesgo” han de vivir —ellos y sus familias— continuamente bajo protección para intentar llegar al día siguiente; en este sentido, sólo apuntar que más de ciento cincuenta abogados

b) Ciertamente la “eliminación” de terceros se puede realizar con menos brutalidad, con “un mejor ropaje legal”, sin necesidad de romper —como se ha hecho en Guatemala— con la estructura misma del Estado de derecho. Es el caso de España y la acusación popular:²⁴

Nuestro sistema procesal (y con muy particulares excepciones vinculadas a la naturaleza de los delitos) faculta a cualquier ciudadano —con independencia de que haya sido o no ofendido por el delito— a sostener la acusación en el procedimiento penal. Se trata de un derecho consagrado en el artículo 125 de la Constitución, y recogido en el artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello permite no someterse a la “tiranía” del Ministerio Público (o de las acusaciones particulares) en la persecución de los delitos, de forma tal que aunque el fiscal haya decidido no acusar en determinados casos, cualquier ciudadano puede hacerlo. De hecho, han sido acusaciones populares (y en contra frecuentemente de la opinión del Ministerio Fiscal) las que se han encargado de sostener la acusación en algunos de los casos de corrupción más escandalosos habidos en España en los últimos años.

Pues bien, el acoso a la acusación popular, el deseo de restringirla por más que el texto constitucional no lo haga, ha invadido desde hace tiempo al Tribunal Supremo (o a algunos de sus magistrados, lo que es más preocupante) y al Gobierno con las más diversas excusas: pero de lo que se trata, en definitiva, es de no dejar en manos de los ciudadanos (en esa democracia dirigida que se padece en España, donde la participación popular se limita a votar cada equis años) la facultad de acudir ante el juez (independiente e inamovible) e instar la dirección de un procedimiento penal. Es decir, se trata de impedir este rasgo de democracia en la persecución penal y entregarla exclusivamente al Ministerio Fiscal (y a la acusación particular).

Lo anterior tomó cuerpo, en lo que se refiere a la jurisprudencia, mediante la llamada “doctrina Botín”, de acuerdo con la cual (STS 1045/2007, de

y periodistas fueron asesinados en los últimos cuatro años en Honduras, muertes que permanecen en la impunidad en un 97% de los casos; véase: <http://www.librerred.net/?p=31191>; en el mismo sentido véase la lista de abogados asesinados en Honduras entre enero de 2010 y agosto de 2013 <http://www.facebook.com/KtrachosTv/posts/528814503854919>; “Honduras: 66 abogados asesinados en administración Lobo”, *El Herald*, 7 de abril de 2014, <http://www.elheraldo.hn/pais/582704-214/honduras-66-abogados-asesinados-en-administracion-lobo>.

24 Dejamos al margen de estas reflexiones el perverso sistema de la llamada “legalización post judicial”, relativo a la imposibilidad de ejecución de determinadas sentencias judiciales —esencialmente en materia de declaradas infracciones urbanísticas— so pretexto de sobrevenidos procesos de legalización de las situaciones determinantes de los pronunciamientos judiciales, acordados de manera “expres” por algunos parlamentos autonómicos.

17 de diciembre), cuando en el procedimiento abreviado únicamente la acusación popular reclama la apertura del juicio oral y las otras partes el sobreseimiento (esencialmente el Ministerio Público), preceptivamente se deberá acordar éste (interpretación obscuramente contraria a lo dispuesto en el artículo 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y a toda la tradición jurídica española).²⁵ Al mismo tiempo distintos anteproyectos de ley insisten en la inconstitucional restricción de la acusación popular; es el caso de los artículos 81 y ss., del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, o 69 y ss., del Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013; uno presentado por el Partido Socialista y el otro por el Partido Popular. Los dos buscando el mismo objetivo: que sea el fiscal general del Estado, nombrado por el Ejecutivo y a las órdenes, servicio y agrado de éste, quien decida qué hay que perseguir y qué no. La impunidad, especialmente, en la corrupción conocerá una gran primavera si alguno de estos proyectos se acaba por aprobar.²⁶

5. La impunidad de facto

Junto a estas formas “legales” de impunidad hay que mencionar la impunidad “de facto”. Ésta, sencillamente, se caracteriza por la voluntad declarada, expresa o tácitamente, de no investigar determinados hechos. Se trata de una verdadera rebeldía de las instancias encargadas de la represión, que tiene todo el significado de impugnación del sistema democrático (y marginamos ahora los casos en los que la decisión de no persecución se debe a la necesidad de dedicar los escasos medios con los que se cuente, a la persecución y castigo de las conductas que se estiman más graves o más creadoras de alarma social; es decir: los de una impunidad selectiva derivada). En estos supuestos los responsables de aquellos sistemas se manifiestan decididamente a favor de la conculcación normativa, sustituyendo la voluntad democrática expresada en la norma. No muy lejanas a estos comportamientos están las decisiones de la Fiscalía General del Estado de no acusar en no pocos casos delictivos o de no personarse en determinados contencioso-administrativos —el supuesto del urbanismo es en este sentido paradigmático—, lo que no siempre es

25 Posteriormente la STS 59/2008, de 3 de junio (“caso Atutxa”) matizó la anterior sentencia disponiendo que la acusación particular en supuestos que afecten “a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter meta individual”, la sola presencia de la acusación popular será suficiente para resolver la apertura del juicio oral.

26 Cuestión distinta es la relativa a la probablemente necesaria limitación del ejercicio de la acusación popular; para evitar, bien la aparición de fenómenos de “institucionalización” o “profesionalización” de dicha acusación, protagonizada en España por entidades, como el mal llamado sindicato “Manos Limpias”, de dudosa intencionalidad (i), bien para someter a discusión la creciente tendencia de los partidos políticos de judicializar la vida política (ii).

justificable, ni siquiera invocando el más que discutible, desde el punto de vista constitucional, principio de proporcionalidad (no cabe duda de que si en el Código Penal se introdujera un delito de prevaricación omisiva dirigido a los Fiscales, terminando con la impunidad en la que actúan estos funcionarios públicos, la acusación fiscal tomaría otros vuelos).

A este ámbito pertenecen también los casos, de al menos dudosa legalidad en la generalidad de los supuestos, en los que encargados de la persecución penal permiten a ciertos individuos proseguir con sus actividades delictivas con objeto de que sirvan de informadores (tercerías locativas o rufianismo en el ámbito de la prostitución, constituyen un clásico en este sentido). Téngase en cuenta además que en semejante supuesto la impunidad lograda por el concreto sujeto lo es a cambio de someterse a un estatus de sujeción personal que va más allá de las normas, con todo lo que ello implica (no debe olvidarse en este sentido que el cambio de, precisamente, la sujeción a la persona por el sometimiento a la generalidad de la norma es uno de los rasgos distintivos de la modernidad).

6. Las medidas de gracia como forma de impunidad

Pero quizás sean las medidas de gracia (y señaladamente el indulto y la amnistía y otras modalidades atenuadas de perdón) las formas de impunidad que más polémica hayan despertado en los últimos tiempos. En este sentido resulta necesario invocar dos escenarios distintos: el caso de las “auto amnistías” declaradas por regímenes dictatoriales para “blindar” jurídicamente a sus actores frente a posibles reivindicaciones futuras efectuadas por las que fueron sus víctimas (y como paradigmas los casos argentino y chileno, los cuales son distintos del español en el que la amnistía fue una reclamación de todas las partes en el conflicto, verdugos y víctimas), y el de las declaradas (total o parcialmente) para conseguir la finalización de una contienda civil (como caso referencial habría que nombrar aquí el colombiano).²⁷ Por lo que se refiere a este

²⁷ Somos plenamente conscientes de que aplicamos aquí un reduccionismo que se desentiende de una realidad que puede ser extraordinariamente compleja. Estamos pensando en supuestos tan complicados y poliédricos como el de Ruanda, inmersa como se encuentra, aún hoy, en un proceso de “reconciliación” entre hutus y tutsis, tras las masacres habidas en el contexto de la guerra civil ruandesa, y singularmente, tras los más de 800,000 asesinatos consumados durante los diez días siguientes al 7 de marzo de 1994. Son preclaras, en este sentido, las manifestaciones vertidas por el actual ministro de justicia ruandés Tharcisse Karugarama, en diversos medios de comunicación: “Calculamos que con el sistema de justicia occidental, tardaríamos cien años en juzgar a todos los detenidos”, y añade: “pero además, la justicia universal es retributiva. Nosotros necesitábamos ir más allá de castigar a los culpables. Necesitábamos un sistema que además de imponer penas, reconciliara la nación y trajera cohesión social”. Y acaso por ello el Gobierno ruandés recuperó las “gacaca”, tribunales populares centrados en la verdad y el perdón.

último supuesto dos posiciones enfrentadas: la de aquellos que invocan que hay crímenes (los de derecho internacional humanitario) que no pueden ser objeto en ningún caso de cláusula alguna de perdón, y la de quienes sostienen que la necesidad y la oportunidad de terminar con una contienda civil mediante fórmulas de clemencia equivale a un estado de necesidad que autoriza éstas incluso frente a crímenes especialmente rechazables. Pues bien, más allá de las sutilezas hermenéuticas acerca de los Convenios de Ginebra de agosto de 1949 o sobre el alcance del artículo 6.5 del Protocolo Adicional II a los referidos Convenios, así como de la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia (“caso Tadic”) o de la del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos (especialmente en “casos” como el de Barrios Altos contra Perú en el que se discutía la compatibilidad de las leyes de amnistía 26479 y 26472 con la Convención Americana de Derechos Humanos), lo cierto es que la respuesta a la cuestión sólo se puede proporcionar a través de otra pregunta: ¿Qué es más rechazable, dejar de castigar crímenes de derecho internacional humanitario o permitir que continúe una crudelísima contienda civil con tal de salvar la invocada, huidiza y variable “moral internacional”? (y ello dejando a salvo el establecimiento de la verdad y el derecho a la reparación de los daños, a la protección de las víctimas).

En cuanto a las auto-amnistías, la citada Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió un veredicto —por sólo citar una resolución— que en su fundamentación ha sido acogido generalmente:

Las leyes de auto amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente (“caso Barrios Altos contra Perú”).²⁸

En todo caso conviene no ensalzar en demasía la justicia internacional, porque en no pocas ocasiones —y desde luego en sus precedentes más conocidos, Leipzig y Núremberg, pero no sólo— son tribunales de vencedores y no de justicia.

Permitiendo una drástica reducción de las condenas en caso de reconocimiento de los crímenes cometidos y pública petición de perdón, seguida de programas de reconciliación social.

28 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Caso Barrios Altos vs. Perú, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf

Volviendo a los casos de amnistía o indulto “nacional” se nos permitirá una referencia particular al “caso español”. En nuestro país la disciplina del indulto viene establecida por la Ley de 18 de junio de 1870, implantando reglas para el ejercicio de la gracia de indulto. Uno de los temores en la aplicación del indulto, sobre todo en aquellos sistemas —como el nuestro—, en los cuales dependa de una decisión del Ejecutivo —y cuando es, además, irrevocable—, es que este instrumento se utilice torcidamente. Por ello, en la Ley de 1870, en su artículo 30, se exigía, en la redacción original de la norma, la motivación de la concesión. Asimismo, y ello también se llevaba a cabo en la redacción original de la ley dada la gravedad de la medida de indulto, pues supone excepcionar no sólo la norma general sino también su concreta aplicación por los Tribunales de Justicia, es habitual que se requiera el concurso, con informes favorables, de otras instancias, y en primer lugar del Tribunal sentenciador que es el que debería conocer mejor el caso particular.

Aplicando lo anterior, en el caso español se requería que todos los expedientes de indulto estuvieran informados por el Consejo de Estado (artículo 28), y en los indultos totales (por la absoluta excepcionalidad de la medida, ya que implica una derogación de facto de la norma), los informes coincidentes a favor de la medida tanto del Consejo de Estado como del Tribunal sentenciador (artículo 11). Pues bien, en el año 1988 el partido en el poder (PSOE) modifica la Ley de 1870²⁹ y suprime las obligaciones de motivación, así como la intervención del Consejo de Estado y la exigencia de informes coincidentes a favor del indulto, tanto de este último como del Tribunal sentenciador en hechos de indulto total. Es decir: se opta por una especie de “barra libre” en materia de indulto a favor del gobierno de la nación. Eso es lo que explica que en un estudio realizado sobre los indultos concedidos en España durante el periodo 2000-2008³⁰ se haya manifestado que sean los delitos contra la Administración Pública (malversación de caudales públicos, prevaricación, cohecho, etc.) los, proporcionalmente, más indultados; lo cual, obviamente, sólo puede ser explicado desde una óptica de corrupción... propiciada por la total ausencia de controles en la concesión de indultos que se procuró con la modificación de 1988 a la Ley de indulto de 1870, cambio que, obviamente, no estaba pensado en interés de la ley.

29 Ley 1/1988, de 14 de enero, por la que se modifica la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, BOE de 15 de enero de 1988.

30 VV.AA. “La concesión de indultos en España, 2000-2008”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, España, núm. 9, 2011.

7. La excepción como justificación

Uno de los reenvíos fundamentales en la argumentación jurídica y política es a la excepción. Sobre ella —y por contenernos a los últimos cien años— Carl Schmitt, influenciado fuertemente en este punto por Donoso Cortés,³¹ construye su teoría de la dictadura: *auctoritas non veritas facit legem*; aquél que decide sobre la excepción es el soberano, siendo la resolución del “caso crítico” la que caracteriza el sistema. El estado de excepción es el que sirve para justificar un “golpe de estado constitucional” y terminar con la Constitución de Weimar; y la excepción es, también, la utilizada para no sólo conceder la impunidad a los actos delictivos, sino para justificarla en sus propios fundamentos. Es esa excepción (la otrora vigente ley marcial dictada tras el aplastamiento del levantamiento en enero de 1919 de los trabajadores en Berlín) la que sirvió para legitimar los asesinatos de Rosa Luxemburgo y Karl Liebknecht³² cometidos por el socialdemócrata Friedrich Ebert; y es la excepción, o mejor dicho la alegación de existencia de una excepción, la que permite no derogar el derecho, sino, en sentido Schmittiano, originar “otro derecho”, que se apoyaría en principios diferentes y obedecería a la voluntad del dictador (decisionismo) y no constituiría emanación de teoría representativa alguna.

Estas ideas del brillante jurista nacionalsocialista han sido llevadas a cabo, y lo están siendo en los tiempos actuales, por muchos Estados; baste mencionar en este sentido los casos de Guantánamo, Abu Ghraib o los múltiples lugares de encierro, en Europa y en otros continentes, utilizados por la CIA en su lucha contra el terrorismo.³³ En todos esos casos se está acudiendo a la tortura justificando su uso en la supervivencia del Estado, ignorando intencionadamente que la prohibición de la tortura

31 “Discurso sobre la Dictadura”, en *Obras completas de Juan Donoso Cortés*, t. 2, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1982, pp. 188 y ss.

32 Todavía en 1962 el Gobierno de la República Federal Alemana declaró que su asesinato había sido una “ejecución acorde con la ley marcial”.

33 Ignorando absolutamente la Resolución 60/288, de la Asamblea General de la ONU (Estrategia global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo) según la cual: “La promoción y la protección de los derechos para todos y el imperio de la ley son elementos esenciales de todos los componentes de la Estrategia, reconociendo que las medidas eficaces contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos no son objetivos contrapuestos, sino que se complementan y refuerzan mutuamente”.

En ese sentido es en el que, por excepción también, se ha de estar orgulloso de la actuación desarrollada por el Estado español, tras los atentados del 11-M, con los autores de los mismos, pues fueron respetados escrupulosamente todos sus derechos a pesar de la enorme gravedad de los hechos (ninguno de los detenidos denunció malos tratos y la vigilancia sobre todo el desarrollo de la actuación policial fue máxima); ni siquiera hubo “reclamación popular” alguna en el sentido de exigencia de castigos ejemplares o “fuera de la ley”, evitando de esa manera el pueblo español pasar de la grandeza de su comportamiento en una jornada (precisamente la del 11-M) a otra en la que evidenciara su calidad de populacho, de canalla (justo al contrario de lo que ocurrió en el 2 de mayo, como ha significado M. Artola en conocida cita).

en derecho internacional es una norma de *ius cogens*³⁴ que no se puede suspender ni siquiera, precisamente, en estados de emergencia.³⁵

Pero prescindiendo de esos conocidos referentes, en los últimos años la discusión de la excepción (y bajo formulaciones formalmente civilizadas) ha cobrado fuerza en derecho penal de la mano de la resolución de supuestos “estados de necesidad” que legitimarían actuaciones estatales contrarias a principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Nos queremos referir ahora a los casos en los que se acude a la tortura para conocer, por ejemplo, el lugar donde está un secuestrado, teniendo en cuenta que sin contar con esa información la persona ilegalmente detenida morirá por, verbigracia, inanición,³⁶ o a los casos en los que la falta de información no permitirá evitar un atentado terrorista que previsiblemente provocaría muchas víctimas.³⁷

34 Véanse: artículos 4.2 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3 y 15.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y 5.2 y 27.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre otros. Sobre este tema Cfr. asimismo con carácter general SALADO OSUNA, A., “Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en GARCÍA ROCA, J. y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 85 y ss.

Además ha de tenerse en cuenta que las confesiones obtenidas mediante tortura son inadmisibles como prueba en un procedimiento judicial (artículo 15 de la Convención contra la Tortura: “Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”).

35 La utilización de un territorio no nacional para llevar a cabo estas prácticas (con declaraciones de extraterritorialidad por medio) constituye un burdo fraude de ley, que olvida además que las obligaciones de los pactos internacionales en materia de derechos humanos (y significativamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) no se limitan a las actuaciones en su territorio por parte de los Estados, sino a todas aquellas que se realicen bajo el control de los Estados, lo que puede ocurrir tanto dentro como fuera del territorio nacional. Véase en este sentido la opinión consultiva emitida por la CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, La Haya, I.C.J. Reports, 2004, 9 de julio de 2004, párrafo 111. Véase también el argumentario preparado por el que más tarde fuera fiscal general de los EE. UU., con objeto de salir al paso de posibles acusaciones por las torturas realizadas por estadounidenses fuera de su territorio nacional, en *Memorandum for Alberto Gonzales. Counsel to the President. Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U. S.C. §§ 2340-2340A*, U.S. Department of Justice. Office of Legal Counsel, de 1 de Agosto de 2002.

36 Sobre toda esta cuestión véase, en general, MOLINA FERNÁNDEZ, F. “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?”, en ALCACER GUIRAO, R. y A. CUERDA RIEZU (coords.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos: IX jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2005, p. 265 y ss.; véase también MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, “Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los “correos de la Cocaína” y el Tribunal Supremo español”, *Derecho penal Contemporáneo: Revista Internacional*, Colombia, núm. 12, 2005, pp. 5 y ss.

37 Desde luego que para la respuesta a esta cuestión vamos a prescindir de propuestas insensatas como las formuladas por el “profesor” de Harvard DERSHOWITZ, A. M. *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*, trad. AG Rosón Alonso, Madrid, Ediciones Encuentro, 2004, *passim*, quien sugiere volver a introducir un procedimiento legal para infligir tortura, al modo de los existentes hasta el cambio del modelo procesal con las revoluciones liberales. En estos casos y en otros en los que se propone el acudir de esta forma a la violencia, nos gustaría conocer de la disponibilidad del autor de la formulación a ponerse el capuchón del verdugo, o ¿es que siempre piensa en que esa acción

Un ejemplo de lo acabado de proponer está constituido por el llamado “caso Daschner” de la jurisprudencia alemana. Los hechos fueron los siguientes: un niño de 11 años fue secuestrado; se solicitó rescate y en el momento de la entrega de éste fue detenido el secuestrador, quien se negó a revelar el lugar donde se guardaba al muchacho. A la vista de la situación la autoridad policial (Daschner) ordenó al comisario encargado de la resolución del asunto que amenazara seriamente al detenido con torturarlo si no confesaba el lugar de detención del niño;³⁸ el subordinado escenificó lo que sería un escenario de tortura aunque sin llegar a iniciar materialmente ésta, pero a la vista del cual el detenido confesó el lugar de detención. Cuando llegó la policía al sitio indicado únicamente pudieron comprobar que el niño era ya cadáver, pues el secuestrador le había ejecutado al inicio de su privación de libertad. El Sr. Daschner fue condenado, en virtud de sentencia dictada por el LG Frankfurt a. M. de 15 de febrero de 2005, a una pena de multa de cuantía menor (en lugar de a una pena de prisión, tal y como autorizaba el parágrafo 240 del Código Penal alemán).³⁹ Pero lo más importante, quizá, es reseñar que la mayoría de la sociedad alemana se manifestó por la justificación del comportamiento del jefe policial.

La jurisprudencia alemana afortunadamente y a pesar de las presiones no transigió, por más que la condena fuera más leve de lo que podría haber sido, con la tortura como método de investigación. Sin embargo, como hemos puesto de manifiesto más atrás, frente al mismo problema se han dado otras respuestas en EE. UU., pero también en otros Estados entre los que, como era previsible, se encuentra Israel.⁴⁰

La importancia de la cuestión es enorme, pues a nadie se le puede escapar la trascendencia de que se concluya que en circunstancias

que él considera —suponemos— ética debe ser llevada a cabo por alguien inmoral?

38 A la vista de la dicción del artículo 1 de la Convención contra la Tortura, no cabe duda de que los referidos actos constituyen tortura.

39 Véase por todos, GÖTZ, H., “Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, 2005, p. 692.

40 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo israelí de 6 de septiembre de 1999, la cual se valora de la siguiente forma por las ONU, “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Israel 25/09/2002”. Naciones Unidas: “El Comité expresa su preocupación por los siguientes hechos: a) Aun reconociendo la importancia de la decisión del Tribunal Supremo de septiembre de 1999, el Comité lamenta alguna de sus consecuencias: i) La decisión no contiene una prohibición decidida de la tortura. ii) El Tribunal prohíbe el uso de la privación de sueño con el fin de ‘romper’ la resistencia del detenido, pero afirma que si es meramente una consecuencia del interrogatorio, no es ilegal. En la práctica, en los casos de interrogatorios prolongados es imposible distinguir entre las dos situaciones. iii) El Tribunal indicó que los interrogadores de la ASI que utilizan presión física en circunstancias extremas (‘los casos de una bomba de relojería’) pueden no ser penalmente responsables ya que pueden recurrir al argumento de ‘necesidad’”.

excepcionales —bajo la causa de justificación de “estado de necesidad” en los razonamientos jurídicos menos toscos— se pueda autorizar torturar a los prisioneros impunemente, pues ello significa abrir una tremenda brecha en materia de derechos fundamentales. En todo caso debe tenerse en cuenta a este respecto lo siguiente: 1) que la situación de debilidad de los detenidos respecto de sus captores es absoluta, pues dependen de estos, están en sus manos, por lo que la necesidad de limitar las competencias de los captores y extremar las garantías es máxima;⁴¹ 2) que, prima facie, los encargados de “gestionar” ese estado de necesidad, es decir: de “decidir” si concurren o no las circunstancias excepcionales, son las mismas personas que posteriormente actuarían en ese estado de necesidad (lo que corresponderá generalmente a las autoridades policiales); 3) que normalmente los miembros de las policías tenderán a hacer una interpretación expansiva de las presuntas situaciones de estado de necesidad, con lo que éstas sufrirán una constante ampliación a lo largo del tiempo; 4) que la impunidad podrá ser producto, directamente, de la causa de justificación de estado de necesidad o indirectamente —en caso de no concurrir los requisitos exigibles para la aplicación de la circunstancia— de las diversas situaciones de error; lo que alcanzará, al menos y generalmente, a los ejecutores de esas torturas; 5) con semejante planteamiento todo el esfuerzo realizado durante muchos años por, verbigracia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y otras instancias internacionales del mismo carácter) habrá sido baldío.

La cuestión, sin embargo, es que esta regla de racionalidad en la que consiste el estado de necesidad, según la cual criterios de proporcionalidad establecerán una jerarquía en la protección de los bienes jurídicos (el mal mayor debe ceder ante el menor), posee límites absolutos establecidos por el propio ordenamiento constitucional, que quedarían más allá de cualquier ponderación (ya se ha visto más atrás que en el derecho internacional también operan, ex lege, esos límites que implican una prohibición absoluta de la tortura en cualquier circunstancia, por más “beneficios” que se creyera pudiera reportar su ejercicio). En nuestro caso (pero así mismo ocurre con otros muchos ordenamientos, especialmente aquellos en los que las cartas constitucionales se hayan elaborado tras la Segunda Guerra Mundial, influidas, por tanto, por los crímenes cometidos en su transcurso),

41 Especialmente si la detención de la persona ha tenido lugar en un “lugar secreto”, que es lo que aconteció con buena parte de los detenidos en Afganistán por EE. UU.; véanse al respecto, las siguientes resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: casos Aksoy contra Turquía de 18 de diciembre de 1996, y Demir y otros contra Turquía de 23 de septiembre de 1998. También, casos Kart contra Turquía de 8 de mayo de 1998; Çakisi contra Turquía de 8 de julio de 1999; I. Bilgin contra Turquía, de 17 de julio de 2001; Akdeniz contra Turquía, de 31 de mayo de 2001, y Chipre contra Chipre, de 10 de mayo de 2001.

la dignidad —artículo 10 CE— es la piedra angular sobre la que se ha construido la declaración de derechos fundamentales, y establece un límite objetivo insuperable. Así, la tortura, aunque de su ejercicio se pudiera concluir que supone la causación de un mal menor que el evitado, no puede estar justificada en ningún caso, y los actos de tortura nunca podrían quedar impunes, ni siquiera invocando estado de necesidad.

8. A la impunidad por el prestigio

No faltan casos relevantes en los que a la situación de impunidad se ha llegado, sencillamente, porque los responsables de los hechos criminales son personas de prestigio o pertenecen a organizaciones prestigiosas, incluso se puede tratar de personas o instituciones que tienen como uno de sus cometidos específicos la persecución de, precisamente, la impunidad o, más en general, la protección de los derechos humanos. Veamos un caso concreto.

Centremos la atención en lo que es el “caso estrella” de las actuaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia: la matanza de Srebrenica perpetrada a partir del 11 de julio de 1995. Este hecho no sólo se convirtió en la mayor masacre ocurrida en Europa desde la Segunda Guerra Mundial, sino que determinó la implicación internacional en la guerra de los Balcanes, y condiciona, todavía hoy en día, la configuración de la Unión Europea. Pero el significado, ahora judicial, de la masacre tiene más alcance. En efecto, como se recordará, dos han sido los principales acusados por el asesinato de cerca de diez mil musulmanes entre dieciséis y sesenta años, cuyas fosas comunes siguen abriéndose hoy en día: Ratko Mladic y Radovan Karadzic. Sin embargo, los culpables fueron muchos más; no sólo por parte de los que materialmente protagonizaron el exterminio de los musulmanes (Radislav Krstic, Dragan Obrenovic, Vinko Pandurevic, Ljubisa Beara, Vujadin Popovic, Drago Nikolic, Milorad Trbic y Ljubomir Borovcanin, Zdravko Tolimir; y otros muchos), sino también, en nuestra opinión, por parte de la ONU (UNPROFOR) y de militares de diversas naciones europeas. En este último sentido, debe recordarse que el Consejo de Seguridad de la ONU en su Resolución 819,⁴² adoptada el 16 de abril de 1993 a impulsos de la estrategia dibujada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, declaró a Srebrenica —junto a Sarajevo, Zepa, Gorazde, Tuzla y Bihac—

42. Que fue seguida poco después por las Resoluciones 824 y 836 que incluían, especialmente esta última que se hallaba inspirada en un memorando francés, la posibilidad del ejercicio de la fuerza necesaria para garantizar la seguridad de las zonas, lo que incluía un mandato a UNPROFOR en ese sentido. Más tarde en la Resolución del Consejo de Seguridad 844 de 18 de junio de 1993, se reafirma la decisión —ya presente en la Resolución 836— acerca del empleo de la fuerza aérea.

“zona segura”.⁴³ Esa declaración tenía que ser apoyada sobre el terreno por los generales Rupert Smith (comandante de la Fuerza) y Bernard Janvier (Comandante de UNPROFOR), y, en concreto, el jefe del batallón holandés en Srebrenica Thomas Karremans; y fueron esas seguridades ofrecidas por distintos responsables internacionales las que provocaron que miles de refugiados y de componentes de la Armija —Ejército Bosnio— se dirigieran a Srebrenica,⁴⁴ y fue allí donde la inactividad de la ONU,⁴⁵ que se había constituido en garante y generado un enorme riesgo para la vida de miles de musulmanes al declarar a aquella ciudad como “segura” —pensamiento de la injerencia—, provocó lo que el magistrado del Tribunal Penal Internacional Fouad Riad describió así:

Miles de hombres ejecutados y enterrados en fosas comunes, centenares de hombres enterrados vivos, hombres y mujeres mutilados y degollados, niños asesinados delante de los ojos de sus madres, un abuelo obligado a comer el hígado de su propio nieto. Éstas son realmente escenas del infierno, escritas en las páginas más oscuras de la historia humana.

O lo que el “testigo protegido” le relató como sigue:

Nos dimos la vuelta y nos alineamos. . . , en ese momento, comenzaron a sonar las ráfagas destinadas a segar nuestras vidas. . . aproximadamente otras seis columnas más de hombres fueron puestas en fila y ametralladas. Se escuchaba el choque de las balas contra los cuerpos, la tierra volaba a mi alrededor; todo estaba lleno de polvo. . . Cuando

43 Esa declaración caminaba de la mano del embargo de armas impuesto por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en relación a todos los intervinientes en el conflicto, lo que beneficiaba a los serbios —que gozaban de un ejército ya constituido y apoyado por las fuerzas armadas del antiguo Ejército Popular Yugoslavo— y perjudicaba la incipiente organización armada de los bosnios. Asimismo, Naciones Unidas rechazó el ofrecimiento de fuertes contingentes de tropas realizado por distintos países islámicos con el objetivo de “blindar” las “zonas de seguridad” (véase en este sentido el Informe presentado por el secretario general de Naciones Unidas de conformidad a la resolución 53/35 de la Asamblea General sobre la caída de Srebrenica, y fechado el 15 de noviembre de 1999).

44 “La caída de Srebrenica también causa espanto porque los habitantes del enclave estaban convencidos de que la autoridad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la presencia de los efectivos de la UNPROFOR y el poder de la fuerza aérea de la OTAN garantizaría su seguridad. Lo que ocurrió, en cambio, fue que las fuerzas serbias de Bosnia hicieron caso omiso del Consejo de Seguridad, desalojaron a las tropas de UNPROFOR y determinaron correctamente que no se utilizaría la fuerza aérea para detenerles. Invadieron la zona segura de Srebrenica con toda facilidad y luego procedieron a despoblar el territorio en el plazo de 48 horas. Sus dirigentes luego entablaron negociaciones de alto nivel con representantes de la comunidad internacional en tanto que sus fuerzas en el terreno ejecutaron y enterraron a miles de hombres y muchachos en pocos días” (Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre la caída de Srebrenica).

45 Especialmente de algunos de sus dignatarios como, además de los citados en el texto, el Representante Especial del Secretario General de la ONU, Yasushi Akashi quien se opuso en distintas ocasiones a que se empleara el inmenso poder aéreo de la OTAN para “parar” al General Mladic.

los disparos paraban, preguntaban: “¿Hay alguien vivo?”. A veces se escuchaban una o dos voces, y entonces subía un soldado, hacía un sólo disparo y todo se acabó.

¿Por qué no actuaron los responsables de Naciones Unidas para evitar la matanza?⁴⁶ A nadie con un mínimo conocimiento de los efectos del armamento moderno —o ilustrado en la estrategia militar posteriormente desarrollada en Kosovo— le cabe duda de la incidencia que hubiera tenido un ataque aéreo masivo —y se disponía de los mejores aviones modernos, de esos cuya compra empobrece a las naciones— sobre las tropas de Mladic que sitiaban Srebrenica,⁴⁷ y aún antes en Sarajevo. La evitación de la matanza hubiera sido segura, no probable, no con una seguridad “rayana en la certeza”. No. Segura.⁴⁸ Entonces, ¿por qué los responsables de la ONU y UNPROFOR que adoptaron la decisión de no actuar no están sentados en el banquillo y han alcanzado la impunidad? ¿No se condena la comisión por omisión? ¿Qué autoridad moral pueden atesorar quienes tuvieron en la mano la evitación de la matanza y no actuaron? ¿Cómo es posible que quienes tal conducta observaron se atrevan a constituir un Tribunal Internacional para juzgar a los asesinos “por acción” sin antes purgar suficientemente sus pecados (por omisión)? A nadie sensato le cabe duda de la responsabilidad de Mladic y compañía en el genocidio de Srebrenica, pero tampoco le debe caber duda a nadie de la de los responsables internacionales en los mismos hechos.⁴⁹ Más aún: Holanda

46 Generalmente la referencia a “la matanza” se efectúa exclusivamente en relación a Srebrenica, aunque matanzas también horribles ocurrieron en las otras zonas consideradas como “seguras”.

47 La incomprensible negativa de UNPROFOR a autorizar el ataque aéreo —que había sido ofrecido de forma decidida por la OTAN así como por EEUU, Francia y Gran Bretaña tras la matanza sucedida en la plaza del mercado de Markale, en el centro de Sarajevo, con el objetivo de “sujetar” la artillería serbia y demostrar claramente la seriedad de la posición del Consejo de Seguridad— fue, seguramente, el “primer acto” de la posterior matanza de Srebrenica.

48 Ni siquiera UNPROFOR permitió a los bosnios defenderse adecuadamente, puesto que les negó la devolución del armamento que previamente los bosnios-musulmanes habían depositado al cuidado de las fuerzas de la ONU, de acuerdo con las exigencias de UNPROFOR; la denegación se justificó en que “correspondía a la UNPROFOR defender el enclave y no a ellos...” (Informe presentado por el Secretario General de Naciones Unidas de conformidad a la resolución 53/35 de la Asamblea General sobre la caída de Srebrenica, y fechado el 15 de noviembre de 1999). Privados de ese armamento, la defensa de los bosnio-musulmanes frente a las tropas serbias se hizo mucho más precaria, incluso absolutamente inviable.

49 De hecho las denominadas “Madres de Srebrenica” intentaron en 2007 la imputación de Naciones Unidas por esta matanza ante los tribunales holandeses, pero estos concluyeron en que no era posible por un problema de inmunidad de la ONU derivada del artículo 105 de la Carta, de la que se deducía la incompetencia del Tribunal. El texto del precepto citado es el siguiente: “1. La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos. 2. Los representantes de los Miembros de la Organización y los funcionarios de ésta, gozarán asimismo de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización. 3. La Asamblea General podrá hacer recomendaciones al objeto de determinar los pormenores de la aplicación de los párrafos 1 y 2 de este Artículo, o proponer convenciones a los Miembros de las Naciones Unidas con el mismo objeto”.

—país del pabellón de los militares desplegados en Srebrenica para garantizar su seguridad, y cuyo Comandante se limitó, por toda defensa de los musulmanes, a brindar con aguardiente junto con Mladic⁵⁰ mientras las tropas de éste comenzaban a seleccionar a los varones destinados al sacrificio— concluyó, tras una investigación desarrollada sobre la conducta de sus propias tropas —en un Informe de 10 de abril de 2002 realizado por el Netherlands Institute for War Documentation (NIOD)—, en la responsabilidad del contingente holandés en la matanza, lo que provocó, al menos, un efecto político inmediato: hizo “caer” al gobierno holandés.⁵¹ Incluso las propias Naciones Unidas llevaron a cabo una investigación que también terminó con la asunción de responsabilidades “morales” en relación con aquellos hechos. “Hay un problema de responsabilidad, y a las Naciones Unidas nos corresponde parte de esa responsabilidad”, reza el informe, reiteradamente citado, del secretario general de Naciones Unidas sobre la caída de Srebrenica.

Entonces, ¿por qué sólo los serbios se han sentado en el banquillo? La respuesta es muy sencilla: los vencedores están dispuestos a juzgar a los militares enemigos, no a hacer justicia (lo cual exigiría, también, “sentar” a los suyos).

El problema de esta actitud es que o las normas afectan a todos o, sencillamente, se incurre en parcialidad; y parcialidad y justicia están reñidas. La conclusión cae por su propio peso: los responsables de Naciones Unidas en la matanza de Srebrenica han quedado impunes. Cuestión de prestigio.

9. El caso israelí

Pero “aterricemos” en los concretos acontecimientos sobre esa idea de impunidad en el ámbito internacional, ya no como falta de castigo “físico” (represalias armadas, económicas o mero aislamiento internacional contra un determinado Estado), sino como “condena moral”; y traigamos como ejemplo lo que está sucediendo actualmente con el Estado de Israel y sus guerras contra los palestinos. En este sentido analicemos someramente

50 Ciertamente al Comandante holandés se le había dejado abandonado por UNPROFOR a pesar de sus repetidas demandas de fuego aéreo, y las fuerzas a su disposición eran escasas y carecían tanto de reglas de enfrentamiento claras como del necesario armamento.

51 Recientemente (sentencia de 15 de julio de 2014) un tribunal holandés ha reconocido responsabilidad en la deportación (y posterior asesinato) de trescientos musulmanes bosnios durante los hechos de Srebrenica como consecuencia de la actuación del contingente holandés, lo que abre la vía a la reclamación de indemnizaciones (anteriormente ya había habido algún reconocimiento similar —sentencias de 5 de julio de 2011— en los casos de Hasan Nuhanovic o de Rifo Mustafic).

dos actuaciones de Israel apenas separadas por cinco años, pero que desde el punto de vista de la impunidad resultan idénticas: los ataques a Gaza de 2009 y los actuales de julio y agosto de 2014.

Pues bien, ante todo queremos dejar fuera del debate hechos suficientemente probados como los que numeraremos a continuación, aunque el análisis de cualquiera de ellos proyectaría mucha luz sobre los acontecimientos actuales:

1) Que fue a los árabes a quienes expulsaron de sus territorios en 1948;

2) Que fueron los palestinos los despojados, nuevamente, en la “guerra de los seis días” y quienes tienen ilegalmente ocupado su territorio;⁵²

3) Que son los “refugiados” palestinos los condenados a no volver nunca a sus territorios —lo que, por parte de Israel y con el apoyo de EE. UU., se significa una y otra vez en las conversaciones internacionales sobre la materia—, y todo ello en contra de la Resolución de Naciones Unidas 194, de 11 de diciembre de 1948, y, desde luego, del artículo 49 de la Cuarta Convención de Ginebra;

4) Que es el Estado judío (como gustan de llamarlo los políticos israelíes, lo que es lógico en un Estado religioso) el que viene incumpliendo sistemáticamente las resoluciones de Naciones Unidas (la primera, la de volver a las fronteras de 1967), lo que solucionaría el actual conflicto, o lo cambiaría completamente de escenario;⁵³

5) Que el Estado de Israel está absolutamente alejado de lo que se podría considerar un Estado democrático, en tanto en él no se respetan los derechos humanos más elementales —naturalmente nos referimos a los derechos humanos de los “terceros” que se encuentran en su territorio—,

52 Recientemente el relator de la Naciones Unidas para los derechos humanos de los palestinos, Richard Falk, ha solicitado —marzo de 2014— formalmente al Tribunal Penal Internacional (TPI) que examine la legalidad de la prolongada ocupación israelí de Palestina. En este sentido debe recordarse que ya el 9 de julio de 2004 el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya declaró ilegal la construcción del muro de separación erigido por los israelíes en Cisjordania: “The construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, and its associated régime, are contrary to international law” (la Sentencia obtuvo catorce votos a favor y uno en contra: el del magistrado estadounidense); la citada resolución fue “saludada” por el ministro de Justicia israelí, Yosef Lapid, señalando que el Gobierno no acatará la sentencia del Tribunal de La Haya. al que califica de “panel de países de la Unión Europea que no son precisamente conocidos por su simpatía hacia Israel”, véase en “El Tribunal de La Haya declara ilegal el muro de Israel porque ‘impide el auto-gobierno palestino’”. *El País*, 9 de julio de 2004, http://internacional.elpais.com/internacional/2004/07/09/actualidad/1089324001_850215.html

53 Véase la Resolución 242 de Naciones Unidas, de 22 de noviembre de 1967.

y se estará de acuerdo en que sin respeto a los derechos humanos no es posible hablar de “Estado democrático”,⁵⁴

6) Que el Estado de Israel ha practicado el genocidio —creemos que la mera mención de las palabras “Sabra” y “Chatila” son suficientes como argumento a este respecto—⁵⁵ y el crimen de guerra —ataques sistemáticos a hospitales, ambulancias, escuelas, refugios de la ONU, etc.— con los palestinos,⁵⁶

54 Lo alarmante, además, es que esta falta de respeto a derechos fundamentales ha sido alentada y justificada por las máximas instancias de la justicia israelí. En este sentido el Tribunal Supremo israelí ha venido “facilitando” el terreno a la tortura de los detenidos palestinos por medio de permitir la promulgación de normas, por su Parlamento, que otorgan —siempre por razones de “máxima seguridad nacional”, la excusa de la “bomba de relojería”— poderes extraordinarios a los funcionarios de los servicios de inteligencia (con lo que, en buena parte, quedó anulado el efecto que pudiera haber tenido su resolución de septiembre de 1999 en el caso “Comité Público contra la Tortura en Israel contra el Estado de Israel”, que vino a entender inconstitucional el interrogatorio por la Agencia de Seguridad de Israel que incluían el recurso a la “presión física moderada”, aunque admitía la excepción del “estado de necesidad”). En este sentido las “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Israel 25/09/2002”, desarrollado en el seno de Naciones Unidas no dejan lugar a dudas: “El Comité expresa su preocupación por los siguientes hechos: a) Aun reconociendo la importancia de la decisión del Tribunal Supremo de septiembre de 1999, el Comité lamenta alguna de sus consecuencias: i) La decisión no contiene una prohibición decidida de la tortura. ii) El Tribunal prohíbe el uso de la privación de sueño con el fin de ‘romper’ la resistencia del detenido, pero afirma que si es meramente una consecuencia del interrogatorio, no es ilegal. En la práctica, en los casos de interrogatorios prolongados es imposible distinguir entre las dos situaciones. iii) El Tribunal indicó que los interrogadores de la ASI que utilizan presión física en circunstancias extremas (‘los casos de una bomba de relojería’) pueden no ser penalmente responsables ya que pueden recurrir al argumento de ‘necesidad’. A lo dicho se añade por el Comité, como motivos de preocupación, los siguientes: detención incommunicada de niños, la continuación, a pesar de la decisión del Tribunal Supremo israelí, de casos de tortura, detenciones administrativas, y un larguísimo etcétera (véanse, por ejemplo, los Informes Anuales de Amnistía Internacional).

Más aún: en este ámbito de la “necesidad” de la tortura por razones de seguridad nacional, el Fiscal General israelí ha aprobado cada caso de tortura “como una medida de seguridad necesaria”; y el Tribunal Supremo ha rechazado los centenares de peticiones de los prisioneros a quienes se les ha negado el acceso a asistencia legal. Miles, miles, de palestinos están encarcelados sin cargos, y la mayor parte de ellos han denunciado haber sido sometidos a tortura en distintos grados (Informes del Comité Público contra la Tortura en Israel). Esta “experiencia” de los oficiales de inteligencia israelíes ha sido, según numerosos testimonios, utilizada en Irak a través de distintas empresas privadas conectadas con el aparato tecnológico-militar israelí, “Informe del General Antonio Taguba sobre malos tratos a prisioneros iraquíes” de abril de 2004, sobre los abusos cometidos en la cárcel de Abu Ghraib, en Irak, p. XXXI, 30). para optimizar el “trabajo” de los torturadores del ejército estadounidense.

55 Véase, en todo caso, la Resolución 37/123 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1982. Incluso la “Comisión Kahan” (israelí) admitió que el ejército de Israel fue responsable (indirecto) de la matanza (Informe de 8 de febrero de 1983).

56 Desde luego los mencionados son claros crímenes de guerra y no necesitan mayor apoyo que la lectura de las noticias del mes de julio y agosto de 2014 y un somero conocimiento del Derecho internacional (o las declaraciones de la Alta Comisionada de la ONU para los derechos humanos Navi Pillai, expresadas en una sesión especial del Consejo de Derechos Humanos de 23 de julio de 2014; o en el mismo sentido es muy significativo que el Primer Ministro israelí B. Netanyahu haya reclamado a EE. UU. sus buenos oficios para evitar ser acusado por el TPI por crímenes de guerra. The Washington Times, 7 de agosto de 2014). Pero también constituyen crímenes de guerra —y raíz de buena parte de la violencia que se produce en esa zona— los asentamientos de colonos judíos sobre territorios ocupados; véase en este último sentido el Informe de la Misión Internacional de Naciones Unidas encargada de investigar esa práctica en Israel (y presentado al Consejo de Derechos Humanos de la ONU con fecha 18 de marzo de 2013), que la entiende contraria al artículo 49 de la Cuarta Convención de Ginebra y contemplada en el artículo 8 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional como un crimen de guerra.

7) Que el pueblo israelí, o que la mayoría del pueblo israelí, en un determinado momento histórico se ha mostrado como un pueblo absolutamente inmoral. Decimos esto porque no hay que olvidar que se trata de un pueblo que votó a un genocida, Ariel Sharon, como Primer Ministro; en efecto, el general había sido reconocido, incluso por el propio Parlamento israelí, como “responsable moral” de lo ocurrido en Sabra y Chatilla, por haber “dejado pasar” (él que era el ministro de defensa y controlaba absolutamente a sus fuerzas sobre un terreno que se hallaba completamente bajo su control) y “dado cobertura” a las milicias falangistas que perpetraron materialmente la matanza en los campos de refugiados del Líbano, lo que le valió la persecución internacional instada desde los tribunales belgas.⁵⁷ Y en este tema, entendemos, los penalistas debemos ser especialmente sensibles y “combativos”, ya que hemos participado en la polémica, o al menos la hemos “soportado”, sobre la responsabilidad del pueblo alemán en el ascenso del nacionalsocialismo, y se nos ha “mareado” en nuestras lecturas con la disculpa de “yo no sabía qué estaba pasando”, “sólo me enteré cuando la represión cayó sobre mí”, “si yo hubiera conocido la existencia de los campos de concentración, entonces yo hubiera hecho...”.⁵⁸ Lo cierto es, sin embargo, que cuando Hitler se convirtió en dictador —cuando hizo votar a los parlamentarios alemanes la Ley de Plenos Poderes ante la tumba de Federico el Grande— el pueblo alemán todavía “no sabía”, “no conocía”. Pero cuando el pueblo israelí votó a Sharon conocía, sabía perfectamente y con todo lujo de detalles, que este militar tenía las manos manchadas de sangre desde antiguo, de la misma forma que los autores de la matanza de Srebrenica a los que se ha sentado en el banquillo del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia; y citamos esta referencia porque, incluso materialmente, hay poca diferencia entre una carnicería y otra.⁵⁹

57 La doctrina sobre responsabilidad penal del superior por los crímenes cometidos por tropas a su cargo como consecuencia de un insuficiente control sobre las mismas (aunque ciertamente no pocos de los relatos sobre esa matanza atribuyen a Sharon una responsabilidad, no por omisión, sino por acción), fue ya consagrada en las Reales Ordenanzas de Carlos III, t. 1º, Tratado II, Título XVIII, artículo 13; véase al respecto ALÍ PLANA, M., “De las Ordenanzas de Carlos III a la responsabilidad penal del superior”, *Revista Jurídica Militar*, España, núm. 86, 2012, p. 4 y ss., y bibliografía en él citada, y se encuentra reflejada en nuestro vigente Código Penal (artículo 615 bis); y desde luego ha sido recogida por la costumbre y la jurisprudencia internacionales, los artículos 86 y s. del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 8 de junio de 1977, los diferentes estatutos de los distintos tribunales penales internacionales para Yugoslavia (artículo 7.3), Ruanda (artículo 6.3) y Sierra Leona (artículo 6.3), y, desde luego, en el artículo 27 del Estatuto del TPI.

58 Véase, por ejemplo, KLEMPERER, Víctor, *LTI, la lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Barcelona, Editorial Minúscula, 2007, donde realiza el autor un acercamiento filológico muy sugerente al nacionalsocialismo.

59 Toda la prensa en estos días de agosto de 2014 se hace eco de la noticia según la cual el apoyo de la población israelí a la política del presidente Natanyahu de bombardeos de la “franja de Gaza” es

8) Que el Estado de Israel ha cometido y está cometiendo habitualmente crímenes de guerra, pues queman y destruyen con bombardeos intencionados archivos, bibliotecas y universidades, ejercen represalias colectivas, expulsan del territorio, confiscan, destruyen caprichosamente bienes a gran escala —viviendas, escuelas—, aunque estén bajo la bandera de la ONU —hospitales, edificios administrativos, centrales eléctricas, puentes, carreteras, depuradoras e infraestructuras en general no involucradas directamente en la acción militar—. Véase, por ejemplo, el Informe del secretario general de Naciones Unidas elaborado de conformidad con la Resolución ES-10/10 de la Asamblea General,⁶⁰ utilizan armamento prohibido contra civiles,⁶¹ tratan de impedir que los niños palestinos tengan acceso a la educación mediante el secuestro en la frontera de transportes llenos de material escolar,⁶² privan a los palestinos de su “derecho al agua”⁶³ y un largo etcétera;

9) Los israelíes están construyendo un Estado “religiosamente puro”, practicando la limpieza étnica; véase, por ejemplo y entre otras muchas, la

ampliamente mayoritario, véase RENGEL, Carmen, “Los israelíes apoyan la ofensiva de Netanyahu de modo mayoritario”, *El país*, 30 de julio de 2014, http://internacional.elpais.com/internacional/2014/07/30/actualidad/1406749074_455891.html

60 Las reclamaciones por hechos de este cariz realizadas por todo tipo de Organizaciones No Gubernamentales como Amnistía Internacional son constantes: AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Israel/Gaza: personal médico, pacientes y hospitales bajo ataque*, 28 de agosto de 2014, <https://www.es.amnesty.org/actualizaciones/israelto-crisis-ago14/>; AMNISTÍA INTERNACIONAL, EE. UU.: No más envíos de Combustible a Israel mientras se acumulan las pruebas de crímenes de guerra en Gaza, 4 de agosto de 2014, <http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/eeuu-no-envios-combustible-israel-pruebas-crimenes-guerra-gaza-2014-08-04>; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Israel y los territorios ocupados: atacados personal médico, pacientes y hospitales*, 4 de agosto de 2014, <http://www.amnesty.org/es/library/info/MDE15/021/2014/es>; AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Israel/Gaza: ataque contra una escuela de la ONU en Gaza, posible crimen de guerra que debe ser investigado*, 30 julio 2014, <http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/israel-gaza-ataque-escuela-onu-gaza-posible-crimen-guerra-2014-07-30>, y un inacabable etcétera o HUMAN RIGHTS WATCH, *Privados y en peligro: Crisis humanitaria en la Franja de Gaza*, de 13 de enero de 2009. También los informes realizados por Naciones Unidas apuntan en la misma dirección, véase a este respecto: ONU, “Informe de la Misión de Investigación de las Naciones Unidas sobre el Conflicto en Gaza”, 25 de septiembre de 2009, A/HRC/12/48, <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/HRC/12/48>, conocido como “Informe Goldstone”.

61 Por ejemplo, fósforo blanco véase en: GARCÍA GASCÓN, EUGENIO, “Israel bombardeó Gaza con fósforo blanco ‘made in USA’”, *Público.es*, 24 de febrero de 2009. <http://www.publico.es/actualidad/israel-bombardeo-gaza-fosforo-blanco.html>, apoyándose en un Informe de Amnistía Internacional lleno de evidencias AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Uso “claro e innegable” de fósforo blanco contra Gaza por parte de Israel*, 19 de enero de 2009, https://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/israels-use-of-white-phosphorus-against-gaza-civilians-clear-and-undeniable/?sword_list%5b%5d=f%3c3%3sforo&sword_list%5b%5d=blanco&nocache=1).

62 Informes de AMNISTÍA INTERNACIONAL, https://www.es.amnesty.org/exposiciones-virtuales/menores-y-derechos-humanos/el-derecho-a-la-educacion/?sword_list%5b%5d=f%3c3%3sforo&sword_list%5b%5d=blanco&no_cache=1

63 Véase el Informe de AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Sedientos de justicia. Restricción del acceso de la población palestina al agua*, 27 de octubre de 2009, <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI?CMD=VER-LST&BASE=SIAI&DOCS=I-10&separador=&INAI=MDE1502809>

decisión del Tribunal Supremo israelí de 14 de mayo de 2006 que da “vía libre” a la “Ley sobre ciudadanía y extranjería”;⁶⁴

10) Despojan caprichosa, aunque planificadamente, a los palestinos que quedan en el “gran Israel” de sus casas y sus tierras para instalar allí a sus “colonos” (que generalmente pertenecen a los judíos más fanatizados), ya que necesitan ampliar su “espacio vital”;⁶⁵

11) Han institucionalizado la tortura como forma “normal” de relacionarse con los prisioneros, lo que ha sido “bendecido” por su Tribunal Supremo; lo cual, a nuestro modo de ver, despoja al “Supremo” israelí de su condición de “tribunal de justicia”;⁶⁶ etc.

Como decíamos, vamos a dejar “todo esto” fuera del debate. También dejaremos “fuera del debate” los muertos ocasionados por las “acciones de guerra” desarrolladas por los distintos “brazos armados” palestinos, y que, con alguna frecuencia, han consistido en claros actos de terrorismo indiscriminado⁶⁷ (la cuestión, la eterna cuestión, es la de cómo comparar los actos “limpios y aseados” de masacre —mediante bombardeos aéreos, navales o terrestres “selectivos” que destrozan escuelas, hospitales, etc.— con los de los sucios y desesperados suicidas palestinos⁶⁸ que revientan a decenas de adolescentes judíos que bailaban en una discoteca mientras

64 Léase sobre el particular el Informe de AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Torn Apart: Families split by discriminatory policies*, 13 de julio de 2004, <https://www.amnesty.org/download/Documents/100000/mde150662004es.pdf>

65 *Idem*

66 Véanse, por ejemplo, las ya citadas “Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Israel 25/09/2002”, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 25 de octubre de 2002, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8636.pdf?view=1>

67 Por cierto, que esto del “terrorismo”, que tan criticable ven ahora los estadounidenses y los israelíes, fue lo practicado por estos últimos en su “lucha” contra los ingleses y contra los “intereses” palestinos durante el periodo de “construcción” del Estado de Israel; de hecho alguno de los más altos dignatarios que ha tenido Israel formó parte de los grupos terroristas —“Irgun”, entre otros— responsables de carnicerías en contra del ejército británico; por ejemplo, la que ocasionaron al volar el edificio del Hotel “Rey David” donde estaban ubicadas las oficinas administrativas británicas. En todo caso no cabe duda que vinculado a este problema está el de la legitimidad —al menos desde el punto de vista moral— de acudir a ciertas formas de lucha en el ámbito de, vamos a llamarlos así de forma genérica, “movimientos de liberación nacional”; cuestión esta que, como sabemos, es la que está ocasionando la mayor parte de los problemas a la hora de fijar, internacionalmente, un concepto jurídico de “terrorismo” (precisamente la oposición a asociar las acciones palestinas con el terrorismo han dado al traste en distintas ocasiones un acuerdo al respecto; por ejemplo en la Conferencia de los Ministros de Exteriores de la OIC en Kuala Lumpur en 2002 o en la V Conferencia Euro Mediterránea celebrada en Valencia, también en 2002).

68 Piloto judío que desde un caza bombardero F 16 dispara un misil contra una universidad o una escuela palestina o libanesa matando a una gran cantidad de alumnos o de refugiados, u oficial de la artillería terrestre israelí que en los inicios de la última Guerra del Líbano de 2006 hace un “blanco directo” sobre una escuela matando a más de cincuenta niños, o piloto de un helicóptero de combate del ejército israelí que dispara sobre la casa familiar de un dirigente de Hamas sin importarle matar, junto a dicho dirigente, a sus ocho hijos y su mujer... amen de a algunos vecinos. Una comparación que vaya más allá del dato de que tras el aterrizaje del avión los primeros se cenarán una langosta protestando por lo “duro que ha

oían música estival, como en la película de Costa Gavras sobre Argel). Pero la cuestión que ahora nos interesa es la situación de impunidad moral. Por eso vamos a dejar, también, fuera de la discusión el por qué no se ha articulado en lo concreto una respuesta internacional a los crímenes cometidos por el Estado de Israel⁶⁹ perpetuando así su impunidad, pues la razón es obvia: el apoyo incondicional de EE. UU. Nos centraremos, como decimos, en la impunidad moral de la que goza el Estado de Israel y, sobre todo, su reclamación (la de Israel) de estar actuando legítimamente; y también nos fijaremos en la insolencia de las instancias oficiales israelíes ante las reacciones de condena.

Refiriéndonos en primer lugar a esto último, sólo plasmar un par de ejemplos: ante la extensión de la brutalidad del ejército israelí en la reciente “guerra” contra Gaza (la de julio/agosto de 2014), el gobierno español ha decretado el embargo sobre las armas que exportaba a Israel.⁷⁰ ¿Reacción del Ejecutivo israelí?: poner en acción todo su aparato de propaganda para, siguiendo su costumbre, tildar de antisemita a todo aquél que censure o no apoye decididamente las políticas criminales de su Estado. Así, tras el aludido embargo de armas el presidente de la Asociación de Amigos de Israel en España, en una carta pública afirmaba: “Las traiciones siempre pasan factura y Mariano Rajoy debe estar preparado para asumir que ha estado tolerando que, a través de su ministro de Asuntos Exteriores, José Manuel García-Margallo, y su televisión pública, se alimentara el antisemitismo y el odio a Israel, y que si mañana todas esas inversiones israelíes, capaces de generar trabajo de alta calidad, se marchan, junto a quinientos mil turistas israelíes, él será el único culpable. Al final todas las traiciones se pagan”.⁷¹ La insolencia, la arrogancia, el demandar un cheque en blanco para todas las atrocidades que comete el Estado judío, es la condición de Israel para el mantenimiento de relaciones amistosas con la comunidad internacional. Ésta ha sido la forma de reaccionar frente a

sido el servicio durante esa jornada” —los pilotos, generalmente, siempre han pertenecido a una clase social medio/alta y los oficiales de artillería también—, en tanto que los segundos almorzarán con Ala; mientras sus familiares y vecinos esperaran a que las máquinas judías derriben el edificio donde vivían con el suicida. Todo ello, desde luego, al margen de que al primero se le condecorará como héroe de guerra, y que del segundo no se “devolverán” ni los pedazos (que quedarán en depósito en el correspondiente Instituto Anatómico Forense israelí “para futuras investigaciones”).

69 Sobre la situación de impunidad en la que actúa el Estado de Israel véase (referido a la “guerra” de 2009) el Informe de AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Israel/Gaza operación ‘plomo fundido’: 22 días de muerte y destrucción”, 2 de julio de 2009. <https://www.amnesty.org/download/Documents/48000/mdel50212009spa.pdf>

70 “El gobierno congela nuevas ventas de armas a Israel”, *Eldiario.es*, de 4 de agosto de 2014, http://www.eldiario.es/politica/Gobierno-congela-nuevas-ventas-Israel_0_288721790.html

71 CORDERO, NACHO, “La ‘traición’ de Rajoy al pueblo judío”, *El Confidencial*, 10 de agosto de 2014, http://blogs.elconfidencial.com/espana/caza-mayor/2014-08-10/la-traicion-de-rajoy-al-pueblo-judio_174223/

la crítica efectuada por cualquier Estado; así, al anuncio del ministro de Exteriores brasileño en el sentido de que Brasil congelaría las relaciones diplomáticas con Israel como consecuencia de los sucesos de Gaza, el gobierno israelí contestó que Brasil con esa actitud demuestra que a pesar de ser “un gigante económico y cultural, sigue siendo un enano diplomático”.⁷² De la misma manera el Estado israelí amenaza, insulta y denuncia a cualquier periodista que, simplemente, se limite a reflejar la realidad de lo que está ocurriendo en Gaza, pretendiendo de esta manera que se transmita por los medio de comunicación de todo el mundo una única “verdad”: la de Israel.⁷³

La impunidad moral se fundamenta en varios argumentos que procederemos a exponer sin preferencias, entre ellos:

1) Arrancamos con uno que ha sido el de mayor peso en la historia de la humanidad cuando se trata de fundamentar “hacia dentro” las masacres (matanzas, barbaridades, llámese como se quiera): los “otros” no son como “nosotros”, por lo tanto cuando les matamos no acabamos con “algo” apreciable (como “nosotros”) sino con seres inferiores, animales. Este argumento ha sido el utilizado a lo largo de la historia para convencer a los propios (y “armarles” en su ánimo) de que lo que hacen no es asesinato. Por ejemplo, durante la guerra ruso-japonesa y, posteriormente, durante la Primera Guerra Mundial, los nipones observaron en general las costumbres de la guerra y trataron a los vencidos con humanidad. Todo cambió en la Segunda Guerra (y aún antes, durante la de Manchuria, la guerra chino-japonesa), ahí los japoneses (lo más relevante ocurrió en Nanking, pero no fue éste el único lugar) masacraron a los vencidos, se los comieron, hicieron competiciones para discriminar qué oficial era capaz de cortar más cabezas en menos tiempo, etc. ¿Por qué ese cambio de actitud? Sencillo: los miembros del ejército nipón se “educaron” en entreguerras en el desprecio hacia el enemigo, fueron convencidos de que los “otros” eran seres inferiores, no humanos en el sentido que lo eran los japoneses, y por lo tanto que su muerte no significaba la de seres humanos “de verdad”. Este argumento ha sido manejado miles de veces en la historia con más o menos matices, pero en lo fundamental

72 “Brasil congelará las relaciones diplomáticas con Israel”, *Notimérica*, 12 de agosto de 2014. <http://www.notimerica.com/brasil/noticia-brasil-congelara-relaciones-diplomaticas-israel-20140725183723.html>

73 En este último sentido, la reportera de TVE, Yolanda Álvarez, ha sido amenazada por la portavoz de la embajada israelí en Madrid —Hamutal Rogel—, quien ha dicho que la primera es: “correa de transmisión de los mensajes, cifras, imágenes y datos de Hamás”, véase en: “La embajada de Israel en España acusa a la corresponsal de TVE de ‘ser correa de transmisión’ de Hamás”, *Europa Press*, 7 de julio de 2015, <http://www.europapress.es/nacional/noticia-embajada-israel-espana-acusa-corresponsal-tve-ser-correa-transmision-hamas-20140801182609.html>

de manera idéntica; y también a él se ha acudido en Israel para fortalecer el ánimo de los integrantes de las propias fuerzas y diseñar la política de guerra. En este sentido el propio Menahem Beguin, premio Nobel de la Paz, ha llegado a afirmar: “[Los palestinos] son bestias que caminan sobre dos patas”;⁷⁴ o el otrora jefe del Ejército israelí (lo que es especialmente relevante) aseveró en 2004: “cuando hayamos colonizado la tierra, todo lo que los árabes serán capaces de hacer será corretear de un lado para otro como cucarachas drogadas en una botella”. Esta es sólo una muestra de lo que piensan los israelíes de los palestinos; hay numerosísimos ejemplos y todos en el mismo sentido.⁷⁵

2) La legitimación de la víctima, la que concede el estatus de víctima. No hace falta insistir en un dato por suficientemente conocido: los judíos han sido perseguidos por todos los pueblos a través de la historia; la razón de ello ahora no importa; y también es notorio que el culmen de esa persecución se produjo durante el ejercicio del poder por Hitler en Alemania.⁷⁶ Ha sido esa cualidad de víctimas referenciales la que ha proporcionado dos instrumentos de legitimación a los israelíes para sus actos criminales con los palestinos: el primero, que siendo ellos (los judíos) las víctimas por antonomasia de los genocidios, no pueden ser autores de genocidio alguno, y ello a pesar de que la misma fundación del Estado de Israel comenzó con un acto de genocidio⁷⁷ (al que siguieron otros muchos);⁷⁸ segundo, que esa cualidad de “víctimas absolutas” les legitima moralmente para acusar de antisemitismo todas

74 Cita tomada de KAPELIOUK, Amnón, “Begin y las Bestias”, *New Statesman*, 25 de junio de 1982.

75 Véanse en este mismo sentido otras muchas citas de altas jerarquías israelíes en SENOUCI, Brahim, “Israël et les intermittents des droits de l’Homme”, en *Association France Palestine Solidarité*, de 24 de abril de 2009; también en HARNECKER, Martha, “Movimientos sociales y gobiernos progresistas construyendo una nueva relación”, *Rebelión*, 30 de octubre de 2015, www.rebelion.org/noticia.php?id84455

76 El problema es que a la tremenda realidad de los campos de exterminio se ha unido la apropiación sionista del hecho, de la totalidad del hecho, de la carnicería llevada adelante por los nazis, de modo que cuando se habla de genocidio aludiendo a una genérica “Segunda Guerra Mundial”, se ha logrado que el pensamiento vuele exclusivamente al holocausto judío; prescindiendo del hecho de que otros colectivos también perecieron (sólo recordar a este respecto que los esclavos perdieron casi treinta millones de personas, y que los hornos de Auschwitz se “probaron” con una unidad del Ejército Rojo).

77 Nos referimos a la Masacre de Deir Yassin en 1948, en la que participaron personas que habían estado presas en campos de concentración; véase a ese respecto el informe del delegado de la Cruz Roja Internacional en Palestina, RINIÖR, Jacques, *La Matanza del poblado palestino de Deir Yassin 9 de abril de 1948*, Comité de Solidaridad con la Causa Árabe, 2008, <http://www.nodo50.org/cscal/agenda08/palestinal/arti255.html>

78 Sirva también como un ejemplo más la masacre de Qibya que se llevó a cabo el 14 de octubre de 1953, y en la que participó como uno de los oficiales al mando Ariel Sharon “Qibya”, https://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Qibya_massacre.html, La citada masacre es la que motivó la aprobación de la Resolución 101 (1953) por el Consejo de Seguridad de la ONU, y como último acto (de momento) los crímenes perpetrados en la última guerra de Gaza (2014).

las manifestaciones de condena por sus crímenes de guerra.⁷⁹

3) El “negacionismo” y la prohibición del genocidio sólo se desea hacer circular en una dirección: de los “demás” hacia Israel. En efecto, esa figura delictiva que tanto debate ha ocasionado con su introducción en los códigos penales europeos (en el español figura en el artículo 607.2) por entenderse mayoritariamente que mientras no constituya una forma de provocación al delito (genocidio, lesa humanidad, etc.).⁸⁰ Su presencia en las leyes penales carece de razón de ser y a lo único que contribuye es a limitar la libertad de expresión y a cometer graves errores históricos,⁸¹ se quiere entender por el Estado de Israel en el sentido de que sólo debe aplicarse en referencia a la negación del genocidio judío durante la Segunda Guerra Mundial, no al que ellos cometen. Más aún: la incitación moderna al genocidio palestino formulada por diputados israelíes o incluso desde la universidad israelí, no se consideran en Israel hechos sancionables. En este sentido la afirmación realizada por Mordejai Keidar, catedrático de Historia de Medio Oriente de la Universidad de Bar Ilan, de que “La única cosa que podría disuadir a un atacante suicida es saber que si se le detecta, su hermana o su madre serían violadas”,⁸²

79 Es llamativo, por otra parte, que, según nos cuentan, cada vez que el Estado israelí comete una agresión contra Palestina, Líbano o cualquiera otro país árabe, inmediatamente la programación de las televisiones se llene de películas y documentales que recuerdan la época nacional socialista. Es la plasmación de la legitimación por víctima.

80 Véase la STC 235/2007, de 7 de noviembre, según la cual: “la especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que aunque sea de forma indirecta supongan una provocación al genocidio. Por ello, el legislador puede, dentro de su libertad de configuración, perseguir tales conductas, incluso haciéndolas merecedoras de reproche penal siempre que no se entienda incluida en ellas la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo, que resultaría plenamente amparada por el artículo 16 CE y, en conexión, por el artículo 20 CE. Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados en grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación”.

81 Juicio éste que no ha impedido que el Gobierno del Partido Popular en el Anteproyecto de CP de 2012 haya querido “profundizar más en el delito” [véase artículo 510.2 c) del Anteproyecto, y 510.1 c) del Proyecto de Reforma del CP de 2013]. Véase en este sentido, GARROCHO SALCEDO, A. y G. PORTILLA CONTRERAS, “Delitos de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia”, en ÁLVAREZ, F.J. (dir.) *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, libro electrónico, Valencia, 2012, p. 939 y ss.; véase también ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “La nueva reforma penal de 2013”, en *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Valencia, núm. 6, marzo-agosto de 2014, pp. 60 y ss.

82 A la hora de valorar esta afirmación han de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones: 1º) Que la violación en esas sociedades (tanto la judía como la árabe, ambas igualmente semitas) tiene un significado muy diferente al que posee en Europa occidental (especialmente por su reflejo de automática

no tiene sanción en Israel. Lo mismo ocurre con las declaraciones de la diputada israelí Ayelet Shaked, según las cuales: “Tienen que morir y sus casas tienen que ser demolidas. Son nuestros enemigos y nuestras manos deberían estar manchadas de su sangre. Esto se aplica igual a las madres de los terroristas fallecidos [...] Deberían desaparecer junto a sus hogares, donde han criado a estas serpientes. De lo contrario, criarán serpientes más pequeñas”⁸³ El matar, el cometer crímenes de guerra, el acudir al genocidio, todo le está permitido a los israelíes, porque ellos son el pueblo elegido, ellos no cometen delito porque “son la medida de todas las cosas”. Por eso sus acciones son impunes. Se trata de la aplicación de aprendidas teorías de derecho penal de autor (del Derecho Penal nacionalsocialista) en su sentido más genuino: ellos no reúnen las características criminológicas del autor de delitos, por lo que aunque abran fuego sobre población civil (la última guerra de Gaza —2014— es la “guerra contra los niños”, contra las “pequeñas serpientes”, de las que han matado a más de cuatrocientas de ellas) no cometerán crímenes de guerra. Serán siempre impunes.

10. A modo de conclusión

La ausencia de castigo constituye una manifestación del poder. En el ámbito internacional suele ser directamente consecuencia de la fuerza bruta, de la imposición de la mayor potencia de las armas, tal y como se ha mostrado hasta la saciedad en el siglo XX y en estos albores del XXI: ¿Quién habla de genocidio durante la guerra de Corea? (a pesar de que existen pruebas abrumadoras de que tal cosa sucedió de la mano de las tropas americanas), ¿cabe alguna duda de que las tropas rusas cometieron todo tipo de crímenes de guerra en Chechenia? Los ejemplos pueden multiplicarse, desgraciadamente, hasta el infinito en tan sólo un siglo, pero siempre la conclusión será la misma: sólo cometen crímenes quienes están sometidos al derecho y los más fuertes no lo están (en

exclusión social: la víctima pasa a ser culpable); 2º) El “catedrático” judío propugna el seguimiento de una de las prácticas más reprobables (que tienen continuidad desde la noche de los tiempos) con el enemigo vencido: la violación de “sus” mujeres, lo que implica, además de otras cosas, una consideración de la mujer como un objeto no equiparable, desde luego, al varón, y sobre el que se puede ejercer dominación; 3º) Se trata de uno de los instrumentos de limpieza étnica más odiosos (el “ocupar” el vientre de las mujeres por un feto que es producto de los genes del vencedor). 4º) Si la mujer queda embarazada puede suponer para ella la muerte a manos de sus propios familiares. 5º) Implica utilizar la violencia sexual como arma de guerra.

83 “Una diputada radical israelí pide que sean asesinadas todas las madres palestinas”, *Europa Press*, 8 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.europapress.es/internacional/noticia-diputada-radical-israeli-pi-de-sean-asesinadas-todas-madres-palestinas-20140718145953.html>, véase también: “Exposing militant leftist propaganda”, *The Jerusalem Post*, 16 de julio de 2014, <http://www.jpost.com/Opinion/Op-Ed-Contributors/Exposing-militant-leftist-propaganda-363062>

este sentido pareciera que las viejas tesis del Derecho Público alemán de finales del siglo XIX siguieran vigentes (el Derecho internacional como un supuesto de autolimitación del Estado). En el ámbito nacional, y fuera de hechos extraordinarios, como es el caso del genocidio guatemalteco, la impunidad viene de la mano de la lucha de clases (que impone una falta de normativa o la ausencia de control —o de castigo— aun en presencia de reglas jurídicas) o de la absoluta incapacidad del Estado para imponer “su” derecho (lo que a menudo está mezclado con niveles importantes de corrupción que hacen participar a estructuras del Estado en las actividades de los grupos criminales que lo desafían).

Pocas soluciones pueden ni siquiera plantearse en el ámbito internacional: cuando pareciera que se ha dado un paso de gigante (Tribunal Penal Internacional) no tardan mucho en aparecer “paliativos” (acuerdos particulares de los estados transgresores con Estados concretos), que no tienen mucho más remedio que aceptarlos, que consagran la inmunidad de sus funcionarios ante la comisión de posibles delitos que pudieran ser objeto de conocimiento del Tribunal Internacional. En lo que importa a la impunidad nacional, “más Estado”, mayor institucionalidad, pudiera ser una de las “soluciones” (seguramente así lo sería para la violencia en México y Centroamérica), combinado con un mayor ejercicio de la soberanía nacional frente a las organizaciones internacionales (caso de la UE) que están introduciendo menores niveles de democracia “real” y la reaparición de la “fuerza bruta” económica con consecuencias desastrosas para las clases menos favorecidas.

II. Bibliohemerografía

Bibliografía

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, “Violencia e impunidad: la debilidad del estado de derecho” en AZNAR, Federico y Marisa RAMOS (coords.), *Vulnerabilidad y democracia en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, La Haya, I.C.J. Reports 2004, 9 de julio de 2004.

GÖTZ, H., “Das Urteil gegen Daschner im Lichte der Werteordnung des Grundgesetzes”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, 2005.

DERSHOWITZ, Alan, *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2004.

DONOSO CORTÉS, Juan, “Discurso sobre la Dictadura”, en *Obras Completas de Juan Donoso Cortés*, t. 2, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1982.

FONSECA, Carlos, *Negociar con ETA, Del proceso de Argel de Felipe González a la paz dialogada de Rodríguez Zapatero*, Barcelona, Temas de Hoy, 2006.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Poder y derecho. Del Antiguo Régimen al Estado constitucional en España. Siglos XVIII a XIX. Conceptos, instituciones y estructuras administrativas en el nacimiento del Estado moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

GARROCHO SALCEDO, A. y G. PORTILLA CONTRERAS, “Delitos de incitación al odio, la hostilidad, la discriminación o la violencia” en ÁLVAREZ, F. J. (dir.) *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, <http://www.tirant.com/editorial/libro/estudio-critico-sobre-el-anteproyecto-de-reforma-penal-de-2012-francisco-javier-alvarez-garcia-9788490338759>. Web, 21 de noviembre de 2016.

KLEMPERER, Victor, *LTI, la lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Barcelona, Editorial Minúscula, 2007.

MOLINA FERNÁNDEZ, F. “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿es justificable la tortura?”, en ALCACER GUIRAO, R. y A. CUERDA RIEZU (coords.). *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos: IX jornadas de profesores y estudiantes de derecho penal de las universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2005.

PASTORAL SOCIAL CÁRITAS DE HONDURAS, *Estudio sobre la violencia en Honduras*, Pastoral Social Cáritas de Honduras, Tegucigalpa, 2013.

POZAS, A., *Conversaciones secretas Gobierno-ETA*, Ediciones B, Barcelona, 1992.

SALADO OSUNA, A. "Los tratos prohibidos en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos" en GARCÍA ROCA, J. y P. SANTOLAYA (coords.) *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

UGARTE, A. y MEDINA, F. *Las memorias del primer hombre que negoció con ETA. Espía en el País Vasco*, Barcelona, Plaza & Janés Editores, 2005.

Hemerografía

ALÍA PLANA, M., "De las Ordenanzas de Carlos III a la responsabilidad penal del superior", *Revista Jurídica Militar*, España, núm. 86, 2012.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. "La nueva reforma penal de 2013", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Valencia, núm. 6, marzo-agosto, 2014.

COBOS, M. y F. J. ÁLVAREZ GARCÍA, "La legislación antiterrorista: una huida hacia el Derecho Penal", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, núm. 68, 1983.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., "Los correos de la droga y el Tribunal Supremo: pobreza, estado de necesidad y prevención general: los correos de la cocaína y el Tribunal Supremo español", *Revista Internacional de Derecho penal Contemporáneo*, España, núm. 12, 2005.

VV. AA., "La concesión de indultos en España, 2000-2008", *Revista Española de Investigación Criminológica*, España, núm. 9, 2011.

Electrónicas

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Guatemala retrocede hacia la impunidad en el aniversario de la anulación del fallo condenatorio por genocidio*, 20 de mayo de 2014, <http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/guatemala-retroceso-impunidad-aniversario-anulacion-fallo-genocidio-2014-05-20>

_____, Israel/Gaza: *personal médico, pacientes y hospitales bajo ataque*, 28 de agosto de 2014, <https://www.es.amnesty.org/actual-acciones/israelto-crisis-ago14/>

_____, *EE. UU.: No más envíos de Combustible a Israel mientras se acumulan las pruebas de crímenes de guerra en gaza*, 4 de agosto

de 2014, <http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/eeuu-no-envios-combustible-israel-pruebas-crimenes-guerra-gaza-2014-08-04>

_____, *Israel y los territorios ocupados: atacados personal médico, pacientes y hospitales*, 4 de agosto de 2014, <http://www.amnesty.org/es/library/info/MDEI5/021/2014/es>

_____, *Israel/Gaza: ataque contra una escuela de la ONU en Gaza, posible crimen de guerra que debe ser investigado*, 30 julio 2014, <http://www.amnesty.org/es/for-media/press-releases/israel-gaza-ataque-escuela-onu-gaza-posible-crimen-guerra-2014-07-30>

_____, *Uso “claro e innegable” de fósforo blanco contra Gaza por parte de Israel*, 19 de enero de 2009. https://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/israels-use-of-white-phosphorus-against-gaza-civilians-clear-and-undeniable/?sword_list%5b%5d=f%c3%b3sforo&sword_list%5b%5d=blanco&no_cache=1

_____, Informes, https://www.es.amnesty.org/exposiciones-virtuales/menores-y-derechos-humanos/el-derecho-a-la-educacion/?sword_list%5b%5d=f%c3%b3sforo&sword_list%5b%5d=blanco&no_cache=1

_____, *Sedientos de justicia. Restricción del acceso de la población palestina al agua*, 27 de octubre de 2009, <https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI?CMD=VERLST&BASE=SIAI&DOCS=I-10&separador=&INAI=MDEI502809>

_____, *Torn Apart: Families split by discriminatory policies*, 13 de julio de 2004. <https://www.amnesty.org/download/Documents/I00000/mdeI50662004es.pdf>

_____, *Israel y los territorios ocupados palestinos, 2016*, <https://www.es.amnesty.org/paises/israel-y-territorios-ocupados/reportajes-especiales/la-expansion-de-los-asentamientos-israelies/>

_____, *“Israel/Gaza operación ‘plomo fundido’: 22 días de muerte y destrucción”*, 2 de julio de 2009. <https://www.amnesty.org/download/Documents/48000/mdeI50212009spa.pdf>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Caso Barrios Altos vs. Perú. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf

CONVECCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

CORDERO, NACHO, "La 'traición' de Rajoy al pueblo judío", *El Confidencial*, 10 de agosto de 2014, http://blogs.elconfidencial.com/espana/caza-mayor/2014-08-10/la-traicion-de-rajoy-al-pueblo-judio_174223/.

EL HERALDO, "Honduras: 66 abogados asesinados en administración Lobo", *El Herald*, 7 de abril de 2014, <http://www.elheraldo.hn/pais/582704-214/honduras-66-abogados-asesinados-en-administracion-lobo>

EL MUNDO, "Encuentros digitales. Ha estado con nosotros... Ángel Ugarte", *elmundo.es*, 25 de mayo de 2005, <http://www.elmundo.es/encuentros/invitados/2005/05/1569/>

EL PAÍS, Investigación de la 800ª brigada de la policía militar en virtud del artículo 15-6, *El País.com*, 12 de mayo de 2004. http://elpais.com/diario/2004/05/12/internacional/1084312806_850215.html, *Informe del General Antonio Taguba sobre malos tratos a prisioneros iraquíes, de abril de 2004.*

_____, "El Tribunal de La Haya declara ilegal el muro de Israel porque 'impide el autogobierno palestino'", *El País.com*, 9 de julio de 2004. http://internacional.elpais.com/internacional/2004/07/09/actualidad/1089324001_850215.html

EUROPA PRESS, "La embajada de Israel en España acusa a la corresponsal de TVE de 'ser correa de transmisión' de Hamás", *Europa Press*, 7 de julio de 2015, <http://www.europapress.es/nacional/noticia-embajada-israel-espana-acusa-corresponsal-tve-ser-correa-transmision-hamas-20140801182609.html>

_____, "Una diputada radical israelí pide que sean asesinadas todas las madres palestinas", *Europa Press*, 8 de julio de 2015, <http://www.europapress.es/internacional/noticia-diputada-radical-israeli-pide-sean-asesinadas-todas-madres-palestinas-20140718145953.html>

LA PÁGINA. "Director de PNC: Los pandilleros están perdiendo el temor a la Policía", *La página. Más rápido y veraz*, 28 de agosto de 2014, <http://www.lapagina.com.sv/nacionales/98715/2014/08/29/Director-de-PNC-Los-pandilleros-estan-perdiendo-el-temor-a-la-Policia>

LA NACIÓN, "Congreso de Guatemala niega genocidio en ese país", *La nación*, 14 de mayo de 2014, http://www.nacion.com/mundo/centroamerica/Congreso-Guatemala-niegagenocidiopais_0_1414458701.html

MARTÍNEZ, ÓSCAR, et al. "Gobierno negoció con pandillas reducción de homicidios", *El faro*, 14 de marzo de 2012, <http://www.elfaro.net/es/201203/noticias/7985/>.

ONU, "Observaciones finales del Comité contra la Tortura: Israel 25/09/2002", Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 25 de octubre de 2002, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8636.pdf?view=1>

_____, *Informe Final. Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala*, 15 de noviembre de 2004, <http://www.derechoshumanos.net/lesahumanidad/informes/guatemala/informeMINUGUA.htm>

PRENSA LIBRE, "CACIF pide anular fallo por genocidio contra Ríos Montt", *Prensa Libre*, 12 de mayo de 2013, http://www.prensalibre.com/noticias/CACIF-pide-anulacion-fallo-Rios_Mont_0_917908328.html

RINIOR, JACQUES, *La Matanza del poblado palestino de Deir Yasin 9 de abril de 1948*, Comité de Solidaridad con la Causa Árabe, 2008, <http://www.nodo50.org/csc/agenda08/palestina/arti255.html>

SANZ, JOSÉ LUIS, "El fin de la primavera de Claudia Paz", *El faro*, 10 de agosto de 2014, <http://www.salanegra.elfaro.net/es/201407/cronicas/15754/>

_____, "El regreso de los viejos dueños", *El faro*, 13 de agosto de 2014, <http://www.salanegra.elfaro.net/es/201408/cronicas/15755/>

THE JERUSALEM POST, "Exposing militant leftist propaganda", The Jerusalem Post, 16 de julio de 2014, <http://www.jpost.com/Opinion/Op-Ed-Contributors/Exposing-militant-leftist-propaganda-363062>

Legislación internacional

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, Convenios de Ginebra. Protocolo Adicional, Ginebra, 8 de junio de 1977.

NETHERLANDS INSTITUTE FOR WAR DOCUMENTATION, *Srebrenica report*, NIOD, Amsterdam, 10 abril de 2002.

ONU, "Informe presentado por el secretario general de Naciones Unidas de conformidad a la resolución 53/35 de la Asamblea General sobre la caída de Srebrenica", Nueva York, ONU, 15 de noviembre de 1999.

_____, Resolución 37/123, Nueva York, ONU, 16 de diciembre de 1982.

OFFICE OF LEGAL COUNSEL, *Memorandum for Alberto Gonzales. Counsel to the President. Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A*, Washington, U.S. Department of Justice, 1 de agosto de 2002.

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL EN TORNO AL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE MIGRANTES COMO INSTRUMENTO DE LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN ILEGAL EN LA UNIÓN EUROPEA*

REFORM OF SPANISH CRIMINAL CODE IN MIGRANTS ILLEGAL TRAFIC SUBJECT AS INSTRUMENT OF FIGHT AGAINST ILLEGAL IMMIGRATION IN EUROPEAN UNION

*Esther Pomares Cintas***

RESUMEN: La política criminal que ha desarrollado el Estado español, como miembro de la Unión Europea, para combatir la operación migratoria ilegal de ciudadanos extracomunitarios –entrada, circulación o permanencia-, se ha proyectado a través de sucesivas, al tiempo que incoherentes, reformas legislativas. Hoy nos encontramos ante la enésima reforma del Artículo 318 *bis* del Código penal, un precepto que se considera estratégico en la lucha contra la inmigración ilegal, pero que adolece de graves deficiencias desde la perspectiva de los principios básicos que deben informar la tarea de tipificación penal en un Estado democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE: tráfico ilegal de migrantes, acuerdo mutuo en el cruce de fronteras, control del flujo migratorio en la Unión Europea.

ABSTRACT: The criminal policy developed by spanish State, as member of European Union, to fight against illegal immigration by extra community citizens – entry, circulation or permanency -, it's being protect by successive, as well they are incoherent, legislative reforms. Nowadays it's seeing the umpteenth reform of article 318 bis of penal code, an institution seen as strategic in the fight against illegal immigration, but it have getting seek of deep disability since basic principles that should inform in conduct description of democratic State of law.

KEYWORDS: Illegal traffic of immigrants, mutual agreement of boarders crosses, migration flux control in European Union.

* Este artículo fue publicado en: *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, Franca, año 19, núm. 29, 2015, pp. 1-20.

** Doctora en Derecho penal por la Universidad de Granada, España. Profesora titular de Derecho Penal en la Universidad de Jaén, España. Coordinadora de la Red Iberoamericana de Investigación sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud y Derechos Humanos.

Recepción: 12/09/2016

Aceptado para su publicación: 15/05/2017

SUMARIO

1. La reforma penal de 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). 2. El delito de tráfico ilegal de migrantes a partir de la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo). 3. Conclusiones: el artículo 318 *bis* como modelo de tipificación penal actuarial que quebranta principios básicos del Estado democrático y social de derecho. 4. Bibliohemerografía.

1. La reforma penal de 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)¹

1.1. Consideraciones previas

La política criminal que ha desarrollado el Estado español, como miembro de la Unión Europea (UE, en adelante), para controlar la operación migratoria ilegal de ciudadanos extracomunitarios² —entrada, circulación o permanencia—, se ha proyectado a través de sucesivas, al tiempo que incoherentes, reformas legislativas.

En el Código Penal español (CPe, en adelante) han coexistido dos figuras delictivas que sancionan la colaboración de terceros en el traslado o desplazamiento transfronterizo ilegal de extranjeros-inmigrantes. El legislador las ha introducido en distintos momentos, en distintos Títulos del Código, y bajo un umbral penal diferente: son los delitos de colaboración en la inmigración clandestina de trabajadores (artículo 313.1 CPe)³ y el tráfico ilegal de migrantes (genérico), previsto en el artículo 318 *bis* CPe.⁴ Ambos preceptos han sido afectados por la reforma de 2010, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Particularmente, el artículo 318 *bis* había sido ya objeto de varias y sustanciales modificaciones que siempre han respondido a la finalidad de cumplir las directrices marcadas por los compromisos comunitarios derivados del Consejo Europeo de Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, celebrado en octubre de 1999: se subrayaba como objetivo establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la “trata de seres humanos”

1 Publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE, en adelante) núm. 152, de 23 de junio de 2010. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953.

2 Ciudadanos no pertenecientes a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo.

3 Ubicado dentro del Título dedicado a los “delitos contra los derechos de los trabajadores”.

4 Ubicado dentro del Título denominado “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”.

(*trafficking in human beings*) y a la lucha contra la ayuda a la inmigración clandestina o el “tráfico ilegal de personas migrantes” (*smuggling of migrants*).

Sólo mediante el análisis de la génesis de estos delitos, de sus posteriores modificaciones, y el contenido de esos compromisos regionales (UE), será posible comprender la necesidad de la reforma de 2010 y los defectos de la misma.

1.2. Regulación anterior a la reforma de 2010

Con ocasión de la aprobación del Código Penal de 1995,⁵ el denominado Código Penal de la democracia española, surge el artículo 313.1, dentro del Título dedicado a los “delitos contra los derechos de los trabajadores”. Castiga con la pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses, al que “promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España o a otro país de la Unión Europea”; esto es, inmigrantes-extranjeros-ilegales que se desplazan con la finalidad de realizar una actividad laboral, que puede ser por cuenta propia o ajena. La pena que figuraba inicialmente (prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses) fue elevada por la Disposición Final 1ª de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁶ (LOEx., en adelante). Finalmente, la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas,⁷ completó la frase “a España” con la expresión “o a otro país de la Unión europea”, ampliando aún más el ámbito punitivo de este delito.

Para colmar las posibles lagunas punitivas a que conducía un precepto como el 313.1, cuya aplicación se supeditaba a la acreditación de la finalidad de trabajar del inmigrante ilegal, la Disposición Final 2.ª de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, crea un nuevo delito, dedicado a perseguir la colaboración en la inmigración clandestina o ilegal de personas que no responde a una motivación específica (art. 318 *bis* CPe). Como no se encontraba en el Código penal una ubicación adecuada a la naturaleza de estas conductas, se introdujo el delito del 318 *bis* en un Título nuevo, bajo la rúbrica “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”.

5 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicada en BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

6 Publicada en BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>.

7 Publicada en BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-19879.

En un solo precepto se sanciona con las penas de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses, a “los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España”; tipo básico que se agrava en mayor o menor medida en función de diversos criterios: ánimo de lucro, empleo de medios comisivos que limitan o anulan la capacidad de autodeterminación o decisión de la persona inmigrante (violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de necesidad), minoría de edad, puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas, u otras circunstancias relativas al autor (abuso de su condición pública o pertenencia a una organización).

Sin embargo, el artículo 318 *bis* no tardó en ser reformado para ser ampliado y agravado. La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros,⁸ plantea “una tarea de consolidación y perfeccionamiento” de las medidas relativas a la lucha contra el “tráfico de seres humanos y la inmigración clandestina”. Este objetivo se traduce en el aumento del marco penal para los que colaboren en la entrada, circulación y estancia irregulares de extranjeros “sean o no trabajadores”. No sólo se eleva la pena, también se reestructura el precepto. La reforma de 2003 amplía ilimitadamente el tipo básico, abarcando conductas de colaboración “directa o indirecta” en el tráfico ilegal o la “inmigración clandestina” de personas. Termina así por distorsionar su relación concursal con el 313.1 CP, anunciando la derogación “tácita” de este precepto.

Pues bien, desde la reforma de 2003, el tipo básico del artículo 318 *bis* sanciona con la pena de 4 a 8 años de prisión al “que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España”. Pero no se limita a las conductas de tráfico ilegal de migrantes. Incorpora también un tipo agravado en función de la finalidad de explotación sexual; y confiere una protección específica al incapaz. El resto de las modalidades agravadas se mantienen (véase más adelante el texto del precepto). Por último, se crea un tipo atenuado en función de peculiares características del hecho y del autor del delito.

Finalmente, la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, al igual que hizo con la redacción del artículo 313.1 CPe, completó el inciso del tipo básico del artículo 318 *bis* “desde, en tránsito o con destino a España” con

⁸ Publicada BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088>.

la expresión “o con destino a otro país de la Unión europea”, es decir, se vuelve a ampliar el ámbito punitivo para castigar también dicha conducta cuando el destino del inmigrante ilegal sea cualquier otro país de la Unión Europea.

Art. 318 bis desde la reforma de 2003 hasta 2010

El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de 4 a 8 años de prisión.

Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de 5 a 10 años de prisión.

Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.

En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar; además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

Los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

A partir de la reforma de 2003, las normas penales relativas a la colaboración en la inmigración clandestina, el artículo 313.1 y el 318 bis, conviven con dificultad. Pero no sólo eso. Falta comprobar si los comportamientos sancionados en el artículo 318 bis responden a los compromisos internacionales (ONU) y regionales (UE) que reivindican marcos penales distintos para problemas distintos: el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas migrantes, de un lado, y la trata de seres humanos, de otro.

Antes de valorar este extremo significativo e indicativo de la necesidad de una nueva reforma, es de vital importancia aludir al contenido de esos instrumentos comunitarios e internacionales en orden a establecer una separación de realidades:

1.3. Marco normativo y conceptual del tráfico ilegal de migrantes en la Unión Europea

En primer lugar, tráfico ilegal de migrantes y ayuda a la inmigración clandestina son términos equivalentes (*smuggling of migrants*) que giran en torno a la colaboración de terceros en el desplazamiento transfronterizo de personas en condiciones de ilegalidad/irregularidad administrativa o migratoria que pretenden establecerse en el territorio de la Unión Europea. Sobre esta base conceptual, la Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a las estancias irregulares,⁹ sanciona dos modalidades de conductas relativas al tráfico ilegal de personas:

- La ayuda a entrar en el territorio de un Estado miembro, o a transitar

⁹ Publicada en Diario Oficial de la Unión Europea, DO L 328, de 05/12/2002. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0044>

a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros (art. 1.1 a). No se exige que estas conductas estén presididas por una finalidad lucrativa. Respecto de estos comportamientos colaboradores, la Directiva permite, como elemento de tregua, no sancionar la ayuda al desplazamiento del inmigrante ilegal “en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate” (art. 1.2).

- La ayuda a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros, siempre que esté guiada por ánimo de lucro (art. 1.1 b).

A su vez, la Directiva obliga a sancionar diversas modalidades de participación —inducción y complicidad—, además de la tentativa, en relación con las conductas señaladas (art. 2).

Sobre la base de esos comportamientos punibles, la Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, circulación, y estancia irregulares,¹⁰ establece las directrices punitivas que deben regir su tipificación penal. En el artículo 1.3 vincula la pena más grave, la de prisión —cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años—, a las conductas de ayuda a la entrada y tránsito ilegal, siempre que hayan sido cometidas con ánimo de lucro y concurra alguna de las circunstancias siguientes: pertenencia a una organización delictiva, o puesta en peligro de la vida de las personas desplazadas.

Se observa, por tanto, que el concepto de tráfico ilegal de migrantes que manejan los instrumentos normativos comunitarios se corresponde con la ayuda a la inmigración ilegal de ciudadanos extracomunitarios en cualquiera de sus vertientes (entrada, circulación o permanencia en territorio de la UE). No es consustancial a los comportamientos colaboradores en la inmigración ilegal la utilización de medios o procedimientos que limitan o anulan la libertad de decisión de la persona migrante. Antes bien, el tráfico ilegal de personas se basa en el consentimiento del extranjero en la operación migratoria ilegal, en el acuerdo mutuo sobre el cruce ilegal de fronteras. Ni la concurrencia de finalidad lucrativa, ni la intervención de una organización dedicada a tales actividades, invalidan el consentimiento del extranjero en el desplazamiento.¹¹

¹⁰ DO L 328 de 05/12/02. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Aji0045>

¹¹ Cfr. POMARES CINTAS, Esther y Esteban PÉREZ ALONSO, “Inmigración clandestina”, en ÁLVAREZ

En otras palabras: la persecución penal de la ayuda a la inmigración ilegal, la figura del tráfico ilegal de migrantes, se dirige esencialmente a evitar la contravención de la legislación administrativa sobre entrada, tránsito o permanencia de extranjeros en el territorio de los Estados miembros de la UE. Tutela, pues, el interés estatal en el control del flujo migratorio, y, a su vez, el interés supraestatal de control de las fronteras exteriores de la UE. Es un delito contra el Estado, no contra las personas.

En cambio, la trata de seres humanos (trafficking in human beings) hace recaer su gravedad en su propia definición: es la instrumentalización de las personas, a través de procedimientos que quebrantan su consentimiento o libertad de decisión, con la finalidad de someterlas a situaciones de explotación asimiladas a la esclavitud. Aquí es irrelevante la nacionalidad de la víctima o su condición migratoria, tampoco es inherente el carácter transfronterizo de los comportamientos que abarca; es decir, este delito no gravita en torno de la vulneración de la normativa migratoria sobre entrada, circulación o permanencia de extranjeros. Es otra cosa. En este sentido se pronuncia la Decisión Marco 2002/629, del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, sustituida y actualizada por la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011;¹² de igual modo, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000.

En consecuencia, mientras que el delito de trata de seres humanos protege la dignidad y la libertad de las víctimas, implica prácticas violentas, intimidatorias, engañosas o abusivas, y se vincula a finalidades de explotación personal, el castigo de la colaboración de terceros en la inmigración ilegal forma parte de un amplio conjunto de medidas dirigidas a la lucha contra la presencia del extranjero inmigrante ilegal o clandestino en territorio de la UE, esto es, tutela exclusivamente los intereses que subyacen al control de los flujos migratorios, los encarnados en la custodia del modelo de entrada, circulación y permanencia de extranjeros.

Hasta tal punto es ambiciosa la Directiva 2002/90/CE, que ha sobrepasado los objetivos del Protocolo de Naciones Unidas, de 15 de noviembre

GARCÍA, Francisco (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 871-880.

¹² DO L 101/2011, de 15/4/2011. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:Es:PDF>.

de 2000, contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional. El Protocolo de 2000 conecta esta colaboración con el fenómeno organizativo y la finalidad lucrativa inherente a él; en cambio, en el ámbito de la Unión Europea se sanciona cualquier ayuda a la operación migratoria ilegal, también la individual, esporádica o no, sin requerir finalidad lucrativa (salvo para la ayuda a la permanencia ilegal), incluso se permite hacerlo frente a la ayuda humanitaria (art. 1 Directiva 2002/90/CE).

En España, son numerosas las sentencias que han aplicado el delito de colaboración en la inmigración clandestina sin mediar ánimo de lucro ni red organizativa y siendo conductas esporádicas o aisladas. Véanse, por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo español de 4-5- 2004, de 10-7- 2006; Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga de 12-6-2002, 31-1-2003, 12-2-2003, 31-12-2003, 13-7-2004; de la Audiencia Provincial de Cádiz de 14-3-2001; de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 19-7-2004, de 25-4-2005, etc.

1.4. Alcance de la reforma de 2010

Desde la reforma de 2003, la regulación del delito de tráfico ilegal de personas del artículo 318 bis se contradice manifiestamente con los términos de los mandatos comunitarios (e internacionales). No sólo se solapan normas penales que atienden al mismo fenómeno (arts. 313.1 y 318 bis) sino que se confunden inexplicablemente realidades distintas: sin criterios coherentes, el legislador ha englobado conductas de tráfico y de trata en un mismo artículo, el 318 bis, hasta el punto de confundirlas y distorsionarlas¹³ (véase más arriba el texto del precepto).

Conviene recordar que, en 1999, existía en el Código Penal español una modalidad concreta de trata de personas vinculada a la finalidad de explotación sexual. La Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril,¹⁴ incorporó, dentro de los delitos relativos a la prostitución, un precepto (art. 188.2) que sancionaba con las penas de prisión de 2 a 4 años y multa de 12 a 24 meses al “que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su

13 PÉREZ ALONSO, Esteban, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

14 Publicada en BOE núm. 104, 1 de mayo 1999. <https://www.boe.es/boe/dias/1999/05/01/pdfs/A16099-16102.pdf>

explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima”. Sin embargo, esta figura de trata sexual quedó conceptualmente desvirtuada desde que la mencionada Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la suprime y traslada parcialmente al artículo 318 bis. 2 CP, pero sin las exigencias típicas características de la trata, convirtiéndola, por tanto, en una modalidad agravada de tráfico ilegal de personas destinado a la prestación de servicios sexuales: “Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de 5 a 10 años de prisión”. La inclusión de este apartado en el artículo 318 bis ilustra ese intento infructuoso de cumplir los mandatos comunitarios sobre tráfico y trata, y de convertir de modo manipulador a los inmigrantes ilegales en víctimas de trata.¹⁵

En efecto, el artículo 318 bis, que abarca conductas de tráfico y de trata, desvirtúa este último concepto porque los comportamientos que aluden al empleo de medios que constriñen la capacidad o libertad de decisión de las personas (apartado 3), o a la finalidad de explotación sexual (apartado 2), se hacen depender de la contravención de las normas sobre entrada, traslado o permanencia de extranjeros, y, por tanto, sólo afectan al inmigrante-extranjero-ilegal. En otras palabras, el artículo 318 bis regula comportamientos de “trata de personas” como modalidad distorsionadora de tráfico ilegal o ayuda a la inmigración clandestina (así, ante la concurrencia simultánea de los apartados 2 y 3 del art. 318 bis), y viceversa, castiga comportamientos de tráfico como si fueran trata de personas (así, la sola concurrencia de la finalidad de explotación sexual —apartado 2 del 318 bis—, contando, pues, con el consentimiento válido del inmigrante ilegal desplazado).¹⁶

Esta situación de confusión y desconcierto planteó la necesidad de revisar de nuevo el texto del artículo 318 bis. La Ley Orgánica 5/2010 pretendió establecer un tratamiento penal separado de comportamientos. De un lado, creó el delito de trata de seres humanos, en el artículo 177 bis,

15 MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s”, en CARBONELL MATEU, J. C.; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC; E. ORTS BERENGUER (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1245 y ss.; SOLANA RUIZ, José Luis, “La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: análisis conceptual e histórico”, en GARCÍA CASTAÑO, F. J. y N. KRESSOVA, *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, Instituto de Migraciones, 2011, pp. 915 ss.

16 Ver nota anterior. No puede presumirse la existencia de un consentimiento viciado por el simple hecho de la condición de inmigrante del sujeto pasivo, DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, “Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas”, *InDret. Revista de Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 1, enero de 2010, p. 36.

basado en la ausencia de consentimiento de la víctima y preordenado al objetivo de someterla a una grave situación de explotación personal. En este sentido, los medios comisivos que implican forzar la voluntad de la víctima —engaño, violencia, intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, necesidad o superioridad—, o la falta de consentimiento cuando es menor de edad o discapacitada, han quedado integrados como elementos estructurales de la noción de trata de personas (art. 177 bis. 1, 2).

De otro lado, la reforma de 2010 derogó el delito específico de ayuda a la inmigración clandestina de trabajadores (art. 313.1), porque queda englobado en el amplio tipo básico del artículo 318 bis. 1, al tiempo que se reconoció la naturaleza transnacional de la colaboración en la inmigración clandestina, un delito predominantemente orientado a “la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios” (Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010).

Este planteamiento legislativo debería haber implicado necesariamente una transformación del artículo 318 bis, de modo tal que se dirigiera a regular exclusivamente comportamientos de colaboración en la inmigración clandestina o ilegal de personas con los elementos suministrados por los compromisos comunitarios contenidos en la Directiva 2002/90/CE y Decisión Marco 2002/946/JAI. Sin embargo, este objetivo no tuvo lugar tampoco con la reforma de 2010, a pesar de lo expresado en la Exposición de Motivos de la misma y las presiones doctrinales en este contexto.

Artículo 318 bis. Delito de colaboración en la inmigración ilegal o clandestina según la reforma de 2010.	Artículo 177 bis. Delito de trata de seres humanos. Precepto creado por la reforma de 2010.
1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con	1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando

la pena de cuatro a ocho años de prisión. 2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior. 3. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. 4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 3 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.	de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la captare, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes: La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad. La explotación sexual, incluida la pornografía. La extracción de sus órganos corporales. 2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. 3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo. 4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:
---	---

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior; que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. 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. 5. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.	Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima; La víctima sea menor de edad; La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior: 5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior: 6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en
---	---

	el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo. 7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. 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. 8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.
--	---

	9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. 10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español. 11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.
--	--

Las razones de coherencia sistemática que han movido al legislador de 2010 para presentar una alternativa de separación de comportamientos quedaron desvirtuadas al mantener, en el delito de tráfico ilegal de migrantes (art. 318 bis), los medios comisivos característicos de la trata

de personas —violencia, intimidación, engaño, o abuso de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima—, que, además, equipara al ánimo de lucro (véase el resultante apartado 2 del 318 bis), a pesar de que esta finalidad no interfiere en la validez del consentimiento del inmigrante en la operación migratoria ilegal. En consecuencia, el legislador de 2010 ha empeorado la confusión terminológica de la que inicialmente adolecía el 318 bis.

Por otra parte, vulnera el principio de proporcionalidad de las penas. Frente a los criterios expresados por la Directiva 2002/90/ CE, los amplios términos del tipo básico del artículo 318 bis sigue equiparando la tentativa con la consumación y la autoría con las formas de participación. Asimismo, las penas previstas exceden de los límites impuestos —también desproporcionados— por la Decisión Marco 2002/946/JAI (no estamos hablando de trata de seres humanos, sino de ayuda a la inmigración clandestina o ilegal con el consentimiento del desplazado). Recordemos que la pena más grave, prisión de hasta 8 años, está indicada para los comportamientos colaboradores en la entrada y traslado ilegal de extranjeros (no para la permanencia), siendo necesario el ánimo de lucro junto a la pertenencia a una organización dedicada a tales actividades.

2. El delito de tráfico ilegal de migrantes a partir de la reforma de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo)¹⁷

Como se ha señalado, hasta la reforma actual, la de 2015, se castigaban en el artículo 318 bis CPe comportamientos de trata de personas como si fueran una modalidad de colaboración en la operación migratoria ilegal, y viceversa, comportamientos de tráfico ilegal de migrantes como si fueran trata de personas. La combinación de elementos definitorios de la trata de personas y de la ayuda a la inmigración ilegal fue nuevamente denunciada por la doctrina penal. Por razones de coherencia conceptual y trascendencia valorativa, junto al principio de proporcionalidad de las penas, había que distinguir definitivamente conductas que no tienen materialmente nada en común, como así evidencian las directrices internacionales y comunitarias plasmadas en instrumentos normativos aprobados separadamente en el año 2000 y 2002, respectivamente.

Cinco años después, nos encontramos ante la enésima reforma del artículo 318 bis del Código penal español.

¹⁷ Publicada en BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

2.1. Objetivos de la reforma de 2015

Para entrar a valorar una tipificación penal promovida por compromisos internacionales o regionales, hay que partir del significado de la tarea de transponerlos al derecho interno. No es trasladar literalmente la formulación de los preceptos contenidos en instrumentos supranacionales, sino que requiere su adaptación al ordenamiento interno para guardar la necesaria coherencia, atendiendo siempre, como compromiso superior, a las reglas o garantías básicas que informan la tipificación penal en un Estado democrático de derecho. Ésta no es una cuestión baladí, como ha reconocido el Parlamento Europeo en la Resolución, de 22 de mayo de 2012, sobre un enfoque de la UE acerca del derecho penal,¹⁸ preocupado por el cariz que ha estado tomando la armonización penal en la UE; lamenta que: “hasta el momento la UE ha desarrollado con frecuencia disposiciones de derecho penal ad hoc y ha creado, por tanto, la necesidad de mayor coherencia”. Se advierte, en definitiva, que la armonización no puede vulnerar los “aspectos fundamentales del derecho penal”, de modo que la tarea de transposición de las directivas “ha de satisfacer principios básicos, como el de ‘ultima ratio’ de la intervención penal [...], el mandato de taxatividad, o el principio de proporcionalidad de las penas”, atendiendo también a la coherencia interna de la legislación del Estado miembro.

En consecuencia, como señala la citada Resolución, los Estados miembros “conservan un determinado margen discrecional sobre el modo de transponer las disposiciones (Directivas) a su legislación nacional”, con la finalidad de que esa adaptación satisfaga los principios básicos aludidos.

Pues bien, en el contexto de la persecución de la colaboración de terceros en la inmigración ilegal, cobra especial protagonismo el amplio ámbito sancionador administrativo previsto en la legislación de extranjería, que, dirigido también a la tutela del interés estatal (y supraestatal) del control del flujo migratorio, se ajusta sobremanera al artículo 1 Directiva 2002/90/CE.

El artículo 2 bis g) LOEx reconoce como “principio” de la política migratoria (Ley Orgánica núm. 2/2009, de 11 de diciembre) la lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas.

¹⁸ PARLAMENTO EUROPEO, 2010/2310 (INI). <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0208+0+DOC+XML+V0//ES>

En efecto, que el legislador penal haya manifestado, desde 2010, su voluntad de transponer las disposiciones comunitarias que reprimen la ayuda a la inmigración irregular no significa que en España no se hubiera hecho mucho antes, pues se llevó a cabo plenamente en el contexto administrativo, en la LOEx. El Estado español ha utilizado, paralelamente, el recurso sancionador administrativo como instrumento para combatir la inmigración ilegal, para proteger la política de control de los flujos migratorios. La legislación de extranjería cuenta con un importante y prolífico régimen sancionador relacionado con la ayuda a la inmigración ilegal o clandestina, que precisamente ha sido fruto de la adaptación a las disposiciones comunitarias referidas y a las directrices derivadas del Consejo Europeo de Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (1999).¹⁹

Así, desde el año 2000, al igual que el Protocolo de Naciones Unidas de 2000 sobre el tráfico ilegal de migrantes, se castigaba expresamente (y únicamente), como infracción muy grave, el comportamiento colaborador en la inmigración ilegal en el seno de redes organizadas, siempre que esté presidido por una finalidad lucrativa [art. 54.1 b) LOEx]. Pero en 2003 se desvirtúa la pretensión original de regular lo que parecía la preocupación esencial, esto es, la intervención de las organizaciones dedicadas a tales actividades. Los comportamientos prohibidos por la LOEx. En esta materia, inspirados en el propósito de ajustarse a las directrices comunitarias, de mayor calado, se han ido extendiendo a las conductas individuales,²⁰ de tal modo que hoy se castiga administrativamente todo comportamiento colaborador de terceros en la operación migratoria ilegal, incluida la ayuda a la permanencia: con o sin ánimo de lucro, con intermediación o no de red organizada dedicada a ello, individual y esporádica.

Basta observar las siguientes infracciones administrativas relativas a la ayuda a la inmigración ilegal o clandestina que contiene la LOEx (entre otras):

Artículo 54.1 b. (infracción muy grave): "Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con

¹⁹ Véase la Exposición de Motivos respectiva de las Leyes Orgánicas 14/2003, de 20 de noviembre, y 2/2009, de 11 de diciembre.

²⁰ Resultado de la reforma de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en cuya Exposición de Motivos, sin embargo, se reconoce que el fenómeno migratorio ilegal está "cada vez más organizado". Publicada en BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=-BOE-A-2003-21187>

destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito”.

Artículo 53.2 b. (infracción grave): “Contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor; cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia”.

Artículo 53.2 c. (infracción grave): “Promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el periodo de tiempo permitido por su visado o autorización”.

La nueva redacción y estructura del artículo 318 bis CPe culmina la iniciativa de la reforma de 2010 de establecer, de acuerdo con las directrices comunitarias, una distancia cualitativa, material y punitiva entre el delito de trata de seres humanos y la colaboración en la inmigración ilegal; como se ha advertido, el texto del artículo 318 bis resultante de la mencionada reforma no había convencido porque había dejado pendientes cuestiones esenciales²¹ que ahora se pretenden resolver (véase el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015).

Al mismo tiempo, respetar la coherencia del ordenamiento jurídico español a la hora de transponer la Directiva 2002/90/CE al ámbito penal tendría que obligar al Legislador, en virtud del principio de “ultima ratio” de la intervención penal, a delimitar con claridad las respectivas esferas sancionadoras en esta materia: hay que evitar la equiparación de las conductas colaboradoras punibles, con la finalidad de reservar un espacio propio de aplicación a la legislación administrativa, encargada de tutelar específicamente la política de control de los flujos migratorios.

Veamos cuál ha sido, esta vez, el alcance y significado de esta última (o, tal vez, penúltima) reforma del artículo 318 bis CPe:

21 Cfr. POMARES CINTAS, Esther y Esteban PÉREZ ALONSO, *op. cit.*, pp. 871-880.

1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de 3 a 12 meses o prisión de 3 meses a 1 año.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de 3 a 12 meses o prisión de 3 meses a 1 año.

3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de 4 a 8 años cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.

4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de 6 a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de 2 a 5 años, o la del triple al quíntuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.

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.

6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

2.2. La nueva estructura y formulación del artículo 318 bis como delito de tráfico ilegal de migrantes

La reforma de 2015 ha revisado sustancialmente la tipificación del artículo 318 bis CPe atendiendo a dos objetivos principales: por un lado, delimitar con claridad, y conforme a las disposiciones comunitarias (Directiva 2002/90/CE, Decisión marco 2002/946/JAI), las conductas punibles relativas a la ayuda a la inmigración ilegal, y, por otro, corregir un marco punitivo —crasamente desproporcionado— que se equiparaba al previsto para el delito de trata de seres humanos (art. 177 bis CPe).

Para lograr el primero de los objetivos, se toma la decisión de suprimir definitivamente del ámbito del artículo 318 bis todo elemento que implique forzar la voluntad, comprometer la libertad de decisión, o viciar el consentimiento del extranjero, en la medida en que son característicos del concepto de trata de seres humanos —“engaño, violencia, intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, necesidad o superioridad”—,²² al tiempo que se elimina la referencia a la “víctima menor de edad o incapaz”. Asimismo, se reduce significativamente el marco punitivo vinculado a los

²² En este sentido, véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_05.pdf?idFile=f899b5a5-3799-4389-a0c7-9530996f9829. Asimismo revisar Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de reforma de 11 de octubre de 2012, publicado el 8 de enero de 2013. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_ANTEPROYECTO_CP_2012_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623

tipos básicos de ayuda a la inmigración ilegal (núms. 1 y 2 art. 318 bis): se contempla, en primera instancia, una pena de multa (de 3 a 12 meses) alternativa a la pena de prisión (de 3 meses a 1 año).

Pues bien, partiendo de estas premisas, la reforma de 2015 redefine y estructura los comportamientos colaboradores relativos a la inmigración ilegal, según giren en torno a la vulneración de la legislación administrativa sobre entrada o tránsito de extranjeros (art. 318 bis. 1), o sobre su permanencia en el territorio español (art. 318 bis. 2):

a) Tipo básico relativo a la ayuda a un no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar o circular ilegalmente en territorio español (art. 318 bis. 1). No se exige que el comportamiento colaborador responda a una finalidad lucrativa. Ésta es su estructura:

- Introducción de una excusa absolutoria de la pena: se excluye la aplicación de la pena prevista cuando el objetivo perseguido por quien colabora en la entrada o circulación ilegales fuera “únicamente” prestar “ayuda humanitaria” a la persona de que se trate (art. 318 bis. 1, párr. 2º).
- Tipo agravado: se aplica la pena prevista en su mitad superior cuando el comportamiento colaborador se haya cometido con “ánimo de lucro” (art. 318 bis. 1, párr. 3º).
- Tipos hiperagravados (art. 318 bis. 3). Se aplica la pena de prisión de 4 a 8 años cuando concorra cualquiera de estas circunstancias:
Cuando el comportamiento colaborador se haya cometido en el seno de una “organización” dedicada a tales actividades. Esta agravación no alcanza al tipo penal relativo a la ayuda a la permanencia ilegal.
Cuando el comportamiento colaborador en la entrada o circulación ilegales haya puesto en peligro la vida o entrañe riesgo de producir lesiones graves a “las personas objeto de la infracción”.

b) Tipo básico relativo a la ayuda a un no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer ilegalmente en territorio español (art. 318 bis 2). Se añade, de modo separado e independiente, un tipo básico (alternativo) que castiga específicamente la colaboración en la permanencia ilegal en España. La relevancia penal de este comportamiento colaborador se condiciona a la concurrencia de ánimo de lucro en el autor. La pena a aplicar es similar a la prevista en el tipo básico de ayuda a la entrada o circulación ilegales.

c) Elementos de la regulación anterior del artículo 318 bis que se mantienen:

- Tipo agravado por razón del prevalimiento del carácter público del autor; es decir, de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público (art. 318 bis. 4). En virtud de la penalidad prevista, parece sólo aplicable a los tipos hiperagravados mencionados (art. 318 bis. 3).
- Declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su tratamiento punitivo (se regula ahora, por razones sistemáticas, en un apartado separado, el número 5 del art. 318 bis).
- Se persevera en el tipo atenuado que atiende a las circunstancias del hecho, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste (art. 318 bis. 6).

2.3. Valoración crítica de la reforma de 2015

Sin perjuicio de realizar posteriormente una valoración global acerca de la legitimidad material del delito de tráfico ilegal de migrantes conforme a los compromisos comunitarios, cabe destacar los siguientes inconvenientes que plantean los elementos más novedosos incorporados en el artículo 318 bis CPe. por la Ley Orgánica 1/2015.

En primer lugar, el tipo básico alusivo a la intervención de terceros en la entrada o circulación ilegales en territorio español de ciudadanos extracomunitarios (art. 318 bis. 1) es una reproducción literal del artículo 1.1 a) Directiva 2002/90/CE. No es una transposición de la normativa comunitaria, que habría de atender, entre otras reglas básicas, a la coherencia del ordenamiento jurídico interno. El artículo 318 bis. 1 castiga a quien ayude intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. Pues bien, los inconvenientes que, a continuación, se señalarán derivan de ese trasunto terminológico. De un lado, no es adecuado definir a la persona objeto del delito como el “no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea”. Este concepto puede plantear problemas con los nacionales que pertenecen al Espacio Económico Europeo y con los apátridas. En efecto, los nacionales de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

disfrutan del estatuto del autóctono en la medida en que tienen reconocida libertad de circulación y residencia en el territorio de la UE. No forman parte, como los ciudadanos comunitarios (por ahora), de la política migratoria europea sobre autorizaciones de entrada y permanencia.²³ En lo que concierne a los apátridas, el artículo 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁴ los asimila “a los nacionales de terceros países” en el marco de la política común de inmigración, asilo y control de las fronteras exteriores.

Con la pretensión de delimitar el ámbito de las conductas punibles vinculadas a la ayuda a la inmigración ilegal, se abandona la anterior formulación del artículo 318 bis. I, más imprecisa y amplia (promover, favorecer o facilitar, directa o indirectamente, el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas), y se sustituye por los mismos términos del artículo I.1 a) Directiva 2002/90/CE: se castiga “ayudar”, es decir, prestar cooperación, al extranjero a entrar o circular en territorio español “de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros”. En consecuencia, ya no basta que la operación migratoria en la que se colabore, así, la entrada en territorio español, sea “clandestina” u oculta, no basta que el extranjero al que se ayuda no reúna los requisitos administrativos necesarios para entrar, sino que ahora se exige expresamente la idoneidad del comportamiento colaborador para posibilitar que el extranjero “vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros”,²⁵ es decir que éste cometa un ilícito administrativo relativo a la entrada o circulación según la legislación de extranjería vigente. Y en este sentido, debido a la falta de coherencia del ordenamiento interno español, existe un grave obstáculo: en España, la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre,²⁶ derogó la infracción consistente en “la entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstos”. Una infracción que hubiera sido esencial en la configuración de la conducta típica.

23 Véase el Real Decreto 240/2007, de 16 febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. La LOEx. sólo se les aplicará “en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables” (art. 1.3). Publicado en BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-4184>

24 Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. Entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

25 Ayudar tiene el significado de “prestar cooperación”, auxiliar, poner los medios para el logro de algo. Diccionario de la lengua española.

26 Publicada en BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2000-23660

La finalidad de la supresión de la mencionada infracción de entrada respondía a una razón coyuntural, la de dar paso a una figura asimilable ad hoc a la expulsión: la medida de devolución en la frontera. Es una ficción jurídica altamente actuarial, cuestionable y proclive al abuso de derechos, que se sitúa bajo un régimen distinto del de la expulsión.²⁷

Por otra parte, si la entidad de la pena debe estar ligada a un comportamiento colaborador cuyo injusto gravita esencialmente en torno a la vulneración de la normativa migratoria, la prisión de 4 a 8 años que se aplica si el autor forma parte de una organización sigue siendo desproporcionada porque se asimila al tratamiento punitivo del delito de trata de seres humanos (art. 177 bis). Téngase en cuenta que la intervención de una organización dedicada a facilitar la operación migratoria ilegal (juno a la trata de seres humanos, que se vincula a una finalidad grave de explotación asimilada a la esclavitud!) no invalida el consentimiento del extranjero desplazado.

En segundo lugar, cabe detenerse en la interpretación y alcance que se podría atribuir a otra novedad incorporada por la reforma de 2015: la “ayuda humanitaria” como excusa absolutoria de la pena. Se introduce en el artículo 318 bis. 1, párr. 2º, una cláusula controvertida que excluye la punibilidad de la colaboración de terceros en la entrada o circulación ilegal en territorio español cuando “el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”. Es, de nuevo, un fiel trasunto del artículo 1.2 Directiva 2002/90/CE, que permite a los Estados miembros “no imponer sanciones” a dicha conducta colaboradora cuando tenga el significado de prestar “ayuda humanitaria” al extranjero de que se trate.

El precepto penal no define el término “humanitaria”, ni evita la apertura del proceso penal contra la persona que presta esa ayuda.²⁸

27 POMARES CINTAS, Esther, “La Unión europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio”, *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Valencia, núm. 7, septiembre de 2014-febrero de 2015, pp. 135 y ss.

28 El Anteproyecto de octubre de 2012 preveía la inclusión de una cláusula que otorga al Ministerio Fiscal la potestad discrecional de no emprender acciones penales para perseguir las conductas colaboradoras que obedezcan únicamente a fines humanitarios (véase, en este sentido, los planteamientos críticos de los Informes del Consejo General del Poder Judicial de 17-I-2013 y del Consejo Fiscal de 8-I-2013). La excusa absolutoria fue propuesta por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto. Véase CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado el 16 de enero de 2013. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Power_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organi-

supone aceptar explícitamente que la ayuda altruista o la hospitalidad están prohibidas penalmente. Es inaceptable también mantener el citado criterio de exención de pena porque significa invertir la carga de la prueba: requerirá que el acusado acredite la concurrencia de un propósito “humanitario”, lo que contradice el principio de presunción de inocencia como derecho fundamental. En definitiva, si lo que se pretende es impedir castigar penalmente conductas colaboradoras que responden a motivaciones solidarias, hubiera bastado integrar, en el tipo básico, el ánimo de lucro, es decir, la finalidad de obtener un enriquecimiento o beneficio material indebido (téngase en cuenta que ni el desplazamiento transnacional ni los transportes son servicios gratuitos), como se requiere respecto de la ayuda a la permanencia ilegal (art. 318 bis. 2.).

Siendo el Legislador penal español consciente de esta situación y del acervo represivo de la Directiva 2002/90/CE en aras de la supremacía del interés del control de los flujos migratorios y de las fronteras exteriores de la UE, esta cláusula absolutoria, en realidad, es de corto y definido alcance. En efecto, no se puede entender excepcional una colaboración que atienda a la necesidad humana de migrar, a la situación que atraviesan los inmigrantes que no pueden cumplir las difíciles condiciones de entrada en territorio UE. El concepto de “ayuda humanitaria”, vinculada al momento de la entrada o tránsito del extranjero de que se trate, responde, sin embargo, a un perfil distinto.

Teniendo presente la inherente naturaleza transnacional del tráfico ilegal de personas migrantes, el mencionado término discurre paralelo a la noción internacional de ayuda humanitaria, que reviste características propias: es una forma de auxilio o colaboración solidaria enfocada exclusivamente a proteger a aquellas personas desplazadas cuya vida o salud se encuentra amenazada por un desastre, catástrofe natural o conflicto armado, es decir, una situación que requiere una intervención inmediata, o un posterior acompañamiento del afectado.

Así, recuérdese las numerosas víctimas que se cobró la “gestión” del naufragio en la costa de Lampedusa, el 3 de octubre de 2013:²⁹ el temor de las personas a ser castigadas si prestaban ayuda a los inmigrantes (la mayoría eran solicitantes de asilo) planteó en Italia propuestas de

ca_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codigo_Penal

29 DE LUCAS, Javier; “Un problema jurídico y político, no de caridad (Sobre las políticas Europeas de inmigración y asilo, tras los naufragios de octubre en Lampedusa)”, *Jueces para la democracia*, núm. 78, noviembre de 2013, pp. 5 y ss.; del mismo autor, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

modificación del delito de tráfico ilegal de personas.

Cualquiera que sea la situación en que se encuentre el extranjero afectado, trazar un paralelismo conceptual con la ayuda humanitaria internacional requerirá, en el contexto de esta cláusula absolutoria, que la colaboración solidaria esté presidida por los principios de imparcialidad e independencia.³⁰

La política de la UE contra la inmigración ilegal ha llegado a un extremo punitivo tal que las instituciones comunitarias se han visto obligadas a reconocer algunos “elementos de tregua” en su legislación de combate: así, como se ha mencionado, la Directiva 2002/90/CE permite a los Estados miembros “no imponer sanciones” a una conducta colaboradora cuando tenga el significado de “ayuda humanitaria”. Asimismo, la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; permite a los Estados miembros no sancionar la prestación de asistencia (para la presentación de denuncias) a inmigrantes ilegales que han sido presuntamente víctimas de un delito de explotación laboral (“no se considerará facilitación de la estancia irregular”, artículo 13.3 de la Directiva). Con todo, lo verdaderamente preocupante es que las instituciones comunitarias no impidan sancionar tales comportamientos.

Es éste, pues, el concepto de solidaridad —ayuda humanitaria— no punible, que habrá que distinguir entonces de la ayuda generosa que tiene por finalidad proteger a los propios familiares o personas cercanas al entorno del colaborador con las que guarda un vínculo afectivo: será punible porque no es un comportamiento que revista las características de imparcialidad e independencia, es decir, no es una ayuda desinteresada por tales componentes emotivos. Me temo que, de nuevo, esas otras finalidades generosas sólo servirán para fundamentar la aplicación del tipo atenuado (art. 318 bis. 6), pensada de antemano para estos casos (no merecedores de pena alguna), pero que no evita la condena ni el estigma de delincuente. Por ello, no puede satisfacer el mencionado tipo atenuado, que brinda la posibilidad de imponer, a criterio del Juez o Tribunal, “la pena

30 PARLAMENTO EUROPEO, Reglamento n° 375/2014, de 3 de abril de 2014, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1497390326019&uri=CELEX:32014R0375>. Así como DOUE L 122; Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo. Disponible en BOE, núm. 162, de 8 de julio de 1998. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-16303>. El Estado español olvidó esa inspiración humanitaria cuando retiró la asistencia sanitaria a los inmigrantes ilegales a partir del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril de 2012. Para este último véase <https://www.boe.es/boe/dias/2012/04/24/pdfs/BOE-A-2012-5403.pdf>

inferior en un grado a la respectivamente señalada". La supremacía del control de los flujos migratorios, de las fronteras exteriores de la Europa-fortaleza, es lo que ha justificado maximizar la persecución penal de la colaboración en la entrada o circulación ilegales de extranjeros, aunque respondan a motivaciones de esa clase.

Es paradigmática la Sentencia del Tribunal Supremo español núm. I 146/2009, de 18 noviembre, en la que se reconoce que el comportamiento de la acusada, familiar de la inmigrante ilegal, respondió a un "acto generoso a fin de mejorar la vida" de la persona desplazada, "no origina un mayor peligro para la integridad de sus derechos". Fue condenada por el delito de tráfico ilegal de migrantes del artículo 318 bis. Véanse, en este sentido, entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Supremo 526/2007, I 109/2007, de 4 de mayo 2004, Sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, 45/2004, de 13 de julio, de 12 de febrero 2003.

Finalmente, cabe realizar las siguientes observaciones críticas en torno a la incriminación específica e independiente de la colaboración en la permanencia ilegal del extranjero. El Legislador de 2015 ha decidido castigar de forma expresa a quien ayude intencionadamente, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros (art. 318 bis. 2). De nuevo, se ha trasladado textualmente la redacción del artículo 1.1 b) Directiva 2002/90/CE. Esta modalidad delictiva se castiga con la misma pena del tipo básico de la ayuda a la entrada o circulación ilegales, a pesar de que en éste no se requiere la concurrencia de ánimo de lucro. Pero las objeciones a este tipo penal específico trascienden incluso esas consideraciones.

En efecto, el objetivo de delimitar las conductas punibles ha sido superado por otro que no se reconoce en el Preámbulo de la reforma de 2015: extender aún más el ámbito de aplicación del delito del artículo 318 bis. Se regula separadamente la ayuda a la permanencia ilegal del extranjero, desligada, por tanto, de la colaboración en su entrada o circulación ilegal. Este criterio de política criminal en torno a la lucha contra la inmigración ilegal desnaturaliza la base conceptual del tráfico ilegal de migrantes: el esencial carácter transfronterizo de la operación migratoria en la que se interviene; una connotación que ha sido subrayada en la Exposición de motivos de la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI, el artículo 4 Protocolo de Naciones Unidas de 2000 y en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010. En consecuencia, la incriminación independiente

de la ayuda o favorecimiento de la situación de permanencia ilegal del extranjero equivaldrá al castigo del mero favorecimiento del inmigrante, y no de la inmigración ilegal, con lo que se estaría coartando la libertad de obrar de los ciudadanos hasta límites insoportables para un Estado social y democrático de Derecho.³¹

Es un paso cualitativo significativo, inmerso en el acervo represivo de la lucha contra la inmigración ilegal (véanse, en sentido crítico, Sentencias del Tribunal Supremo núm. 1397/2003, de 16 de octubre, núm. 284/2006, de 6 de marzo).

3. Conclusiones: el artículo 318 bis como modelo de tipificación penal actuarial que quebranta principios básicos del Estado democrático de derecho

El delito del artículo 318 bis ha experimentado recientemente una modificación de significativo alcance. La nueva tipificación del tráfico ilegal de migrantes no sólo está mal formulada por las razones que se han esgrimido.

El texto resultante del artículo 318 bis asume definitivamente la nuda realidad de un delito que se dirige a perseguir comportamientos colaboradores con la inmigración ilegal, cuya relevancia penal gravita fundamentalmente sobre la vulneración de la legislación administrativa de extranjería, es decir, sobre la condición del extranjero-inmigrante-ilegal. Se consagra así su finalidad de tutelar exclusivamente el bien jurídico que ya había reconocido, en un arrebató de sinceridad, el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010: “la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios”, un bien jurídico específicamente protegido por el régimen sancionador de la legislación de extranjería: la ayuda a la entrada, tránsito o permanencia ilegal del extranjero ya está sancionada por la LOEx, a través de sus variadas infracciones (arts. 54. 1., letras b, f, 53.2., letras b, c)), fruto de su adaptación a la Directiva 2002/90/CE y otras posteriores.

Como fiel trasunto de la Directiva 2002/90/CE, sin un previo ejercicio de transposición y reflexión, el legislador de 2015 redefine y estructura los comportamientos colaboradores punibles, sin tener en cuenta la coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto, concretamente,

³¹ Cfr. POMARES CINTAS, Esther y Esteban PÉREZ ALONSO, *op. cit.*

lo actuado en el marco sancionador de la legislación de extranjería. Se incurre, por tanto, en una manifiesta transgresión de las reglas derivadas del principio de intervención mínima (criterios de fragmentariedad y subsidiariedad en la protección de bienes jurídicos), como garante de la tipificación penal en un Estado democrático de derecho. Las conductas contempladas en los tipos básicos del artículo 318 bis CPe —asimismo, en algunos tipos agravados— no representan mayor gravedad de injusto respecto de las infracciones administrativas mencionadas en la legislación de extranjería.

Incluso se genera una situación paradójica: al dirigirse la infracción del artículo 54.1 b) LOEx, contra quienes promueven o favorecen la inmigración clandestina con ánimo de lucro, se está afirmando la posibilidad de que, a través del delito del artículo 318 bis. 1, que no requiere ánimo de lucro, se sancione penalmente conductas que administrativamente no están prohibidas.

Tras la reforma de 2015, la regulación del artículo 318 bis evidencia la equiparación entre las conductas punibles relativas a la ayuda a la entrada, circulación o permanencia ilegales y las previstas en el ámbito administrativo, que también persigue la intermediación de redes organizadas dedicadas a tales actividades (véase el art. 54.1 b) LOEx). Hasta el punto de acercar también la respuesta sancionadora. Ya no se contemplan para los tipos penales básicos (núm. 1 y 2 art. 318 bis) penas graves, y es llamativo prever, en primer lugar, la aplicación de una pena de multa de 3 a 12 meses, como alternativa a la prisión de 3 meses a 1 año. Téngase en cuenta que las infracciones administrativas muy graves, como la del artículo 54.1 b) LOEx, están sancionadas con multa desde 10,001 hasta 100,000 euros (art. 55), posiblemente de mayor alcance que la que cabría imponer como pena pecuniaria.

Por imperativo de los compromisos internacionales y comunitarios, que obligan a mantener una figura delictiva dedicada al tráfico ilegal de migrantes, cabría realizar una propuesta de tipificación caracterizada por el carácter subsidiario y fragmentario que debe presidir la intervención en materia penal. Se podría condicionar la relevancia penal del tráfico ilícito de personas a la concurrencia de tres elementos: formar parte de una red organizada dedicada a la intermediación en la inmigración ilegal, su carácter transnacional y la concurrencia de una finalidad lucrativa o enriquecimiento indebido. Con esta alternativa de tipificación se retoma lo que, desde los inicios del fenómeno migratorio ilegal, ha sido la verdadera

preocupación: combatir la actuación de las organizaciones dedicadas a las actividades mencionadas, que hacen de ello un lucrativo negocio, afectando a la política migratoria estatal. Así quedaría redactado el tipo básico: “1. El que, formando parte de una organización o asociación, y con la finalidad de obtener un aprovechamiento económico, trafique ilegalmente con migrantes para la entrada o permanencia en territorio español, o para el tránsito con destino a otro país de la UE, vulnerando la legislación sobre entrada, permanencia o tránsito de extranjeros, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 3 a 12 meses. Se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena”.³² En consecuencia, las actividades de tráfico que favorecen la permanencia ilegal del inmigrante serán punibles cuando reúnan las características exigidas, es decir, tiene que concurrir el elemento organizativo, el fin lucrativo y el componente transnacional. De este modo, la ayuda a la permanencia ilegal, con ánimo de lucro, sin haber intervenido en modo alguno —como integrante de la red organizada— en la entrada ilegal del extranjero, o en su traslado ilegal, debe reconducirse al ámbito administrativo sancionador.³³

Esta situación confirma, por un lado, que la nueva redacción y estructura del artículo 318 bis CPe sustenta un modelo de tipificación penal actuarial que quebranta principios básicos del Estado democrático de derecho: el recurso al derecho penal como ultima ratio, en la medida en que se imposibilita reservar un campo de aplicación propio para el derecho administrativo sancionador de la LOEx,³⁴ el principio de proporcionalidad de las penas aplicables cuando el que colabora en la operación migratoria ilegal forma parte de una organización, y, por último (y no por ello menos importante), la ausencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal, porque el solo interés estatal en el control del flujo migratorio no alcanza entidad suficiente para justificar la intervención penal en esta materia.³⁵

El reconocimiento del control del flujo migratorio como bien jurídico tutelado por el delito del 318 bis (Preámbulo Ley Orgánica 5/2010) se

32 Cfr. *Ibidem.*, pp. 871 y ss.

33 *Idem.*

34 Véase, en esta dirección, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *op. cit.* Cfr. POMARES CINTAS, Esther y Esteban PÉREZ ALONSO, *op. cit.*

35 PORTILLA CONTRERAS, Guillermo y Esther POMARES CINTAS, “Los delitos relativos al tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (arts. 313 y 318 bis)” en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco; José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 355 y ss.; POMARES CINTAS Esther y Esteban PÉREZ ALONSO, *op. cit.*; LAURENZO COPELLO, Patricia, “Inmigración clandestina” en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 865 y ss.

contradice con la rúbrica del Título en el que se ubica el citado precepto —“Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”—, que atendía originariamente a una redacción muy distinta.³⁶ Piénsese que el delito de tráfico ilegal de migrantes se basa en el consentimiento del desplazado, en el acuerdo mutuo en el cruce de fronteras, y ello no lo invalida la finalidad lucrativa de quien colabora en la operación migratoria ilegal (el precio del desplazamiento se encarece debido a la clandestinidad del inmigrante y al etiquetamiento delictivo del comportamiento colaborador; lo que hace más precaria la operación).

Por ello, la referida rúbrica es inexacta y perturbadora, además de un eufemismo, siquiera sea porque el objeto material de este delito es únicamente el extranjero —inmigrante— ilegal. No se puede entender que quien priva a los extranjeros-inmigrantes-ilegales de derechos sea quien colabora en la operación migratoria, sino el Estado español, como miembro de la UE, que *prima facie* les reduce su dignidad reservándoles un estatus de inferioridad legal, también en derechos y libertades fundamentales: un estigma denegatorio, a modo de Apartheid, consolidado por los instrumentos comunitarios,³⁷ un arma básica contra la inmigración ilegal en territorio UE. Téngase en cuenta que el extranjero bajo la condición de ilegalidad migratoria sólo es el objeto de este delito, el objeto que se pretende combatir y el que “fundamenta” la intervención penal. Por ello, criminalizar la sola colaboración de terceros en la inmigración ilegal, ahora de forma más amplia, sólo atiende a intereses de estrategia política comunitaria. Materialmente, el delito de tráfico ilegal de migrantes se dirige a tutelar aquellos valores que subyacen al control del flujo migratorio, es decir, el núcleo de la política europea común antimigratoria diseñada a través del acervo Schengen: el estatus de exclusión e inoquización del inmigrante ilegal, un estigma que ya ha sido puesto en tela de juicio por el Comité Económico y Social Europeo por alejarse del reconocimiento de derechos y libertades fundamentales y de los principios democráticos del Estado social de Derecho. Porque no deja de ser un ejercicio de cinismo legislativo interponer los derechos de los extranjeros

36 Véanse las objeciones señaladas en la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011, y en las Sentencias Tribunal Supremo 1378/2011, de 14 de diciembre, 212/2012, de 9 de marzo, 479/2006. Véase CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=6249894&links=%221378%2F2011%22&optimize=20120130&publicinterface=true> y <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=6328777&links=%2212%2F2012%22&optimize=20120410&publicinterface=true>, respectivamente.

37 Se otorga carta de naturaleza a la instauración de un régimen de Apartheid consolidado por la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008. Sobre ello, POMARES CINTAS, Esther, *op. cit.*, pp. 130 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 106-107, 124 y ss., 134 y ss.

(inmigrantes ilegales) como “escudo protector” de la indemnidad de las fronteras exteriores de la Europa-fortaleza³⁸ Porque no deja de ser un ejercicio de cinismo legislativo interponer los derechos de los extranjeros (inmigrantes ilegales) como “escudo protector” de la indemnidad de las fronteras exteriores de la Europa-fortaleza³⁹ y, asimismo, utilizar el derecho penal para legitimar una legislación que excluye los derechos fundamentales de este colectivo de seres humanos al amparo del propio derecho. Alegar el cumplimiento de compromisos comunitarios (o internacionales) en esta materia no puede servir de pretexto para vaciar de contenido las bases del Estado democrático de derecho. Ahora, más que nunca, sobran razones para preguntarse si la persecución de los comportamientos colaboradores en la inmigración ilegal, con el consentimiento del desplazado, es una cuestión penal.⁴⁰

4. Bibliohemerografía

Bibliografía

DE LUCAS, Javier, *Mediterráneo: el naufragio de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

LAURENZO COPELLO, Patricia, “Inmigración clandestina” en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

MAQUEDA ABREU, M^a Luisa, “A propósito de la trata y de las razones que llevan a confundir a l@s inmigrantes con esclav@s”, en CARBONELL MATEU, J. C.; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC; E. ORTS BERENGUER (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

PÉREZ ALONSO, Esteban, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

POMARES CINTAS, Esther y Esteban PÉREZ ALONSO, “Inmigración clandestina” en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco (coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

38 Dictamen de 4 de noviembre de 2009, sobre “El respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración” (SOC/335 - CESE 1710/2009). Diario Oficial de la Unión Europea. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52009IE1710>

39 Cfr. POMARES CINTAS, Esther y Esteban PÉREZ ALONSO, *op. cit.*

40 Estas reflexiones han sido respaldadas por la mayoría de los Grupos Parlamentarios que presentaron Enmiendas en el Senado a propósito del proyecto de reforma penal en esta materia.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

_____ y Esther POMARES CINTAS, "Los delitos relativos al tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (arts. 313 y 318 bis)" en ÁLVAREZ GARCÍA; Francisco, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

SOLANA RUIZ, José Luis, "La trata de seres humanos con fines de explotación sexual: análisis conceptual e histórico" en GARCÍA CASTAÑO, F. J. y N. KRESSOVA, *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía*, Granada, Instituto de Migraciones, 2011.

Hemerografía

DAUNIS RODRÍGUEZ, Alberto, "Sobre la urgente necesidad de una tipificación autónoma e independiente de la trata de personas", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, Barcelona, enero de 2010, pp. 2-44.

DE LUCAS, Javier, "Un problema jurídico y político, no de caridad (Sobre las políticas Europeas de inmigración y asilo, tras los naufragios de octubre en Lampedusa)", *Jueces para la democracia*, núm. 78, noviembre de 2013, pp. 5-12.

POMARES CINTAS, Esther, "La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Valencia, núm. 7, septiembre de 2014-febrero de 2015, pp. 143-174.

Legislación

Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>

_____, núm. 162, de 8 de julio de 1998. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-16303>

_____, núm. 104, 1 de mayo 1999. <https://www.boe.es/boe/dias/1999/05/01/pdfs/A16099-16102.pdf>

_____, núm. 10, de 12 de enero de 2000. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>

_____, núm. 307, de 23 de diciembre de 2000. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2000-23660

_____, núm. 234, de 30 de septiembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-18088>

_____, núm. 279, de 21 de noviembre de 2003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21187>

_____, núm. 51, de 28 de febrero de 2007. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-4184>

_____, núm. 278, de 20 de noviembre de 2007. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-19879

_____, núm. 152, de 23 de junio de 2010. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-9953

_____, núm. 98, de 24 de abril de 2012. <https://www.boe.es/boe/dias/2012/04/24/pdfs/BOE-A-2012-5403.pdf>

_____, núm. 77, de 31 de marzo de 2015. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Sentencia 1378/2011, de 14 de diciembre de 2011. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6249894&links=%221378%2F2011%22&optimize=20120130&publicinterface=true>

_____, Sentencia 212/2012, de 9 de marzo de 2012. <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6328777&links=%22212%2F2012%22&optimize=20120410&publicinterface=true>

_____, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado el 16 de enero de 2013. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codigo_Penal

Diario Oficial de la Unión Europea, DO L 328, de 05/12/2002. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0044>

_____, DO L 328, de 05/12/2002. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0045>

_____, Dictamen de 4 de noviembre de 2009, sobre "El respeto de los derechos fundamentales en las políticas y la legislación europeas en materia de inmigración" (SOC/335 - CESE 1710/2009). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52009IE1710>

_____, DO L 101/2011, de 15/4/2011. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=Oj:L:2011:101:0001:0011:Es:PDF>

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 5/2011 sobre Criterios para la Unidad de Actuación Especializada del Ministerio Fiscal en Materia de Extranjería e Inmigración. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_05.pdf?idFile=f899b5a5-3799-4389-a0c7-9530996f9829

Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de reforma de 11 de octubre de 2012, publicado el 8 de enero de 2013. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_ANTEPROYECTO_CP_2012_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623

PARLAMENTO EUROPEO, 2010/2310 (INI). <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0208+0+DOC+XML+V0//ES>

_____, Reglamento n° 375/2014, de 3 de abril de 2014, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1497390326019&uri=CELEX:32014R0375>

_____, Tratado de Lisboa. http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_1.1.5.pdf

DOGMÁTICA PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL EN LA HISTORIA MODERNA DEL DERECHO PENAL Y EN LA ACTUALIDAD PENAL*

DOGMATIC CRIMINAL AND POLITICAL CRIMINAL IN MODERN HISTORY OF CRIMINAL LAW TODAY

Francisco Muñoz Conde^{**}

RESUMEN: La dogmática penal debe estar presente en las consideraciones previas a emprender reformas en materia penal en todas las legislaciones, no obstante hay que tener en cuenta cuál es su capacidad para adaptarse a las necesidades actuales, si es capaz de ello o se debe defender la tradición planteada por la escuela alemana. El autor revisa la compatibilidad entre el derecho penal, el derecho penal del enemigo, los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Finalmente, se plantea la tarea fundamental de la dogmática penal que es convertirse en el límite para el poder punitivo del Estado.

PALABRAS CLAVE: delito, cuerpo del delito, hecho delictuoso, auto de vinculación a proceso.

ABSTRACT: The criminal dogmatic has to being taken into account of the reforms in criminal matters in all the legislations. However, it is important to know of its ability to adapt to current needs. The compatibility between criminal law, the law of the enemy, the principles of rule of law and fundamental rights are also reviewed. The dogmatic's fundamental role on criminal matters is limiting the punitive power of the state.

KEYWORDS: criminal dogma, criminal law, criminal policy, theory of crime, enemy criminal law.

* Traducción de Claudia Cárdenas Arevana (Nota del autor: Este trabajo fue publicado originariamente en lengua alemana en el *Festschrift für Bernd Schünemann, Streitbare Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 2014, con el título: "Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in der modernen Strafrechtsgeschichte und dem strafrechtlichen Zeitgeschehen", pp. 787 y ss. Posteriormente el texto en español, excelentemente traducido por Claudia Cárdenas, ha sido revisado y actualizado por el autor, añadiendo algunas referencias aparecidas posteriormente y las versiones en español de las obras citadas en el texto en alemán).

** Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Doctor honoris causa por las Universidades Autónoma de Asunción (Paraguay), Lusiada de Lisboa (Portugal) y Universidad Católica de Porto Alegre (Brasil). Fue condecorado con la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort. En la actualidad es Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Pablo Olavide de Sevilla, España.

Recepción 30/09/2016

Aceptado para su publicación: 15/05/2017

SUMARIO

1. La dogmática penal: entre la tradición y la modernidad. 2. La dogmática penal alemana después de la Segunda Guerra Mundial. 3. Nuevas tendencias en la dogmática penal alemana. 4. Actualidad: los nexos entre la dogmática penal y la política criminal. 5. Bibliohemerografía.

1. La dogmática penal: entre la tradición y la modernidad

Al inicio de los años cuarenta, el compositor alemán Paul Hindemith, que entonces vivía en el exilio, dijo: “la teoría de la armonía, que una vez fuera considerada y alabada como método de enseñanza imprescindible e insuperable, ha debido bajar del pedestal en el que ha sido puesta por la veneración”.¹

¿Podremos decir lo mismo en relación con la dogmática penal tradicional alemana?

Es evidente que en la actualidad la legislación penal y la jurisprudencia han seguido caminos que no han podido ser seguidos por la dogmática penal. Conceptos como el de acción o de bien jurídico; diferencias como aquellas entre acción y omisión, dolo directo y dolo eventual, delitos de peligro abstracto y concreto, error de tipo y error de prohibición, o el apego estricto al principio de legalidad, se han reemplazado, en el terreno de la dogmática penal del llamado derecho penal “moderno” por bienes jurídicos universales, responsabilidad objetiva sin determinación de la causalidad, imputación de omisiones mediante cláusulas indeterminadas, conceptos técnicos y leyes penales en blanco. Estos son, entre otros, las causas de que la dogmática penal tradicional se quedara atrás en la carrera entre teoría y práctica. “Si estuviésemos convencidos de que la dogmática penal de cuño alemán todavía es la gramática más profunda y más ampliamente desarrollada de la imputación penal”, como ha dicho Silva Sánchez recientemente,² entonces hay que probar que también puede reaccionar adecuadamente, con sus instrumentos, a los desafíos y exigencias de esta época.

¹ HINDEMITH, Paul, *Aufgaben für Harmonieschüler*; Deutschland, Schott, 1949, p. 5. Hay traducción española con el título: *Armonía tradicional*, Libro 1º., traducida de la versión inglesa por Emilio Argel, Buenos Aires, s.f.).

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Beiträge zur spanisch-deutschen Strafrechtswissenschaft (Zur Dogmatik des Allgemeinen Teils- Vorwort)”, *GA*, Deutschland, núm. 11, 2013, p. 609.

En los últimos años, las reformas en materia penal se han caracterizado sobre todo porque el legislador ha utilizado también instrumentos penales para la lucha contra los grandes riesgos modernos: la economía, el medio ambiente, el tratamiento de datos, el sistema público de salud, la responsabilidad por el producto, los impuestos, la corrupción, la criminalidad organizada. El Código penal español de 1995 y sus sucesivas reformas hasta hoy nos ofrecen un buen ejemplo de esta tendencia.³

También la jurisprudencia se ha visto expuesta a los nuevos problemas que plantean los desarrollos técnicos y sociales, como se vio en Alemania por ejemplo en los casos del “producto protector de la madera” (Holzschutzmittel), o del “producto protector para cueros” (Lederspray); y en España con la intoxicación masiva por consumo de aceite de colza adulterado.⁴

Es claro por qué la dogmática penal clásica no responde a estas exigencias correctamente o de un modo suficiente. En ella se requiere una imputación del hecho delictivo a una sola persona humana, no a personas jurídicas o a grupos de personas; se exige una investigación precisa y determinada de las relaciones causales entre acciones y daños; y en ella son fundamentales las diferencias entre acción y omisión, entre dolo e imprudencia, entre autoría y participación. Por eso Winfried Hassemer se preguntó, desde que comenzó lo que él llamó “modernización” del derecho penal, si éste, con sus garantías e instrumentos tradicionales, tenía que adecuarse a los desarrollos técnicos modernos, o si más bien se debían buscar otros instrumentos jurídicos que permitan reaccionar a esos desarrollos de mejor forma que con el derecho penal (lo que Hassemer llamó “derecho de la intervención” (Interventionsrecht)).⁵

Esta alternativa conduce a los fundamentos de la dogmática penal, y se presenta siempre en relación con las necesidades concretas político

3 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Das Strafgesetzbuch Spaniens und seine Reformen (1995/2010): Zwischen modernen und Feindstrafrecht”, en *FS Imme Roxin*, München, C.H. Beck, 2012, p. 789. (N del A: Estas tendencias hacia un derecho penal cada vez más autoritario se reflejan aún con mayor claridad en la reforma que se ha hecho del Código Penal español en el 2015).

4 Vid. por ejemplo la sentencia del Tribunal Federal alemán (BGH 1990, 2560, 2562) en el caso “Lederspray”. Sobre el particular HASSEMER, Winfried, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 1994, p. 32 y ss.; o en España la sentencia del Tribunal Supremo en el caso del aceite de colza adulterado (STS 24.06.1992). Sobre ello, MUÑOZ CONDE, Francisco en HASSEMER, Winfried y Francisco MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995; el mismo, “Causation and Evidence”, en NIJBOER, J.F./J. M. REINTJES (eds.), *Proceedings of the first World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence*, The Netherlands, The Hague, 1997.

5 Cfr. HASSEMER, Winfried, *Produktverantwortung im... cit.*, pp. I y ss.

criminales que la han desencadenado. En el centro de la discusión están conceptos centrales de la dogmática penal como bien jurídico, principio de culpabilidad, responsabilidad individual, causalidad, error, responsabilidad de diversas personas. En realidad no existe una categoría básica de la dogmática penal que no sea actividad por esta nueva realidad. La opción que se adopte en este contexto tiene múltiples consecuencias también para la dogmática penal. Se trata, por una parte, de un sistema penal que respete las garantías tradicionales, medurado, y, por otra, de un derecho penal que pueda reaccionar a las exigencias modernas de manera efectiva.

¿Qué puede hacer en este punto la dogmática penal? ¿Saludar la expansión del derecho penal y estar dispuesta a cambiar los conceptos tradicionales y adoptar los nuevos (a saber, bienes jurídicos universales, delitos de peligro abstracto, etc.) para poder adaptarse así a la “modernización” del derecho penal? ¿O criticar esas tendencias y, encerrada en sí misma, alzar los conceptos centrales de causalidad, delitos de daño, culpabilidad, etc., como obstáculos insalvables contra esas tendencias? La discusión está en curso, y en todo caso cabe esperar aquí que lleve a una reformulación de los límites y consecuencias de la dogmática penal. Esto solamente puede suceder si la dogmática penal incluye a la política criminal, es decir, las nuevas tendencias político-criminales, desarrollando sobre esa base nuevos conceptos e instrumentos, para estar en situación de colaborar en la solución de los problemas de la sociedad moderna de manera productiva. En este punto no puede olvidarse que la relación entre dogmática penal y política criminal en la historia moderna del Derecho penal no ha sido idílica, sino que ha estado llena de conflictos e, incluso en la actualidad, sigue estando llena de dudas, frágil e igualmente rica en conflictos.⁶

2. La dogmática penal alemana después de la Segunda Guerra Mundial

Si se mira la situación de la dogmática penal alemana tras la Segunda Guerra Mundial, puede decirse que no tenía aparentemente ninguna relación con la Política criminal. La estructuración escalonada del concepto de delito en los elementos básicos acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que desde Beling se consideran como partes constitutivas

⁶ Sobre las diferencias entre la historia moderna del derecho penal y la actualidad penal, Vid. VORM-BAUM, Thomas, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2a. ed., Deutschland, Springer, 2010, p. 22 y s. (N el A.: De esta obra existe traducción al inglés y al español, y se preparan actualmente traducciones al español y al chino).

de la dogmática penal, seguían estando fuera de discusión después de la Segunda Guerra Mundial. También la clasificación de las eximentes de la responsabilidad penal en causas de justificación y de exculpación, una idea básica de la dogmática penal alemana, continuaron siendo aceptadas.⁷

Como ya expresé en mi monografía sobre Edmund Mezger,⁸ el principal tema de la dogmática penal alemana de la posguerra fue la discusión sobre el concepto ontológico de acción y la clasificación sistemática del dolo en la teoría del delito. Si se recuerda la apasionada polémica entre los partidarios de la teoría de la acción causal y los de la teoría de la acción final en los años cincuenta y sesenta del siglo XX en la República Federal Alemana, se tiene inmediatamente la impresión de que el principal exponente de la teoría de la acción causal, Edmund Mezger, también quería, con ello, echar tierra sobre su “pasado problemático” durante el nacionalsocialismo. Después de tantos pecados se impuso un castigo severo y duro. El medio elegido para ello fue una dogmática penal a la que Mezger había contribuido de manera ejemplar durante la República de Weimar — es decir, antes de que Hitler asumiera el poder— con su Tratado de derecho penal (Strafrecht, 1.ª edición 1931, 2.ª edición 1933, N del A: traducido al español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid 1935). Ya en los años cincuenta volvió a acordarse súbitamente de esa dogmática penal y la convirtió en el tema central de una monografía que debía servir de actualización de su Tratado (3.ª edición 1949, con texto idéntico al de la 2.ª edición). Esta monografía se llama *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik* (1950). En la primera página tras una cita del Fausto de Goethe En el principio era el sentido, se encuentra el siguiente texto:

Por largo tiempo, la Dogmática penal ha estado apartada del interés jurídicopenal. Su hermana más joven y mundana, la Política criminal, la había desplazado a las sombras. En el último tiempo ha habido un cambio en esta situación, y ahora vuelven a tener más relevancia las cuestiones dogmáticas.⁹

7 Sobre eso, SCHÜNEMANN, Bernd, “Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld”, en: *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, Köln, Carl Heymans, 1995, p. 161; MUÑOZ CONDE, Francisco, “Universalizing Criminal Law”, *Tulsa Law Review*, Tulsa, núm. 39, 2005; él mismo, “Is it possible an Universal System of Criminal Law?” en BINGSONG, He (editor), *Reflection and reconstruction of the theoretical System of Criminal Law in the Age of Globalisation*, Pekin, 2008.

8 MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger. *Beiträge zu einem Juristenleben*, Berlin, Berliner Wissenschafts Verlag, 2007. (En español: *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, 4.ª ed., Valencia, 2003).

9 MEZGER, Edmund, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin, Duncker & Humblot, 1950, p. 1 (Hay traducción al español de Muñoz Conde, *Modernas orientaciones en la ciencia del derecho penal*, Valencia, 2000).

Evidentemente ya no quería hablar del “exterminio (Ausmerzung) de los social o racialmente dañinos” como tarea política-criminal del derecho penal, que había propuesto durante el nacionalsocialismo;¹⁰ el terreno no era ya el del Estado nazi racista. En su lugar, tomó parte, con real entusiasmo, en el debate sobre el concepto ontológico de acción y la ubicación sistemática del dolo en la teoría del delito, que en cierto modo inició con esa monografía escrita el año 1950, aunque con mucho menos ahínco que el que había empleado en colaborar con el régimen nazi en los años treinta y cuarenta.¹¹

Veinte años después, Hans Welzel, el representante de la teoría de la acción final que en los años anteriores discutió con Mezger sobre el concepto ontológico de acción, llegó a decir que la dogmática penal solamente había podido resistir el nacionalsocialismo por haber creado “un espacio neutral”. Literalmente decía al respecto:

Pero en los destinos que la dogmática vivió y superó en el Tercer Reich, se muestra otro aspecto fundamental. El hecho de que haya sobrevivido a la tormenta política, que la ciencia haya podido volver a relacionarse con ella prácticamente intacta, y haya podido seguirla desarrollando luego del colapso del Tercer Reich, tiene su razón de ser en que había creado un lugar ideológicamente neutral. La dogmática puede neutralizar en una medida óptima al derecho, ámbito muy vulnerable a la ideología, especialmente el derecho penal.¹²

Si la dogmática puede neutralizar de manera óptima el área altamente vulnerable a la ideología que es el derecho, en especial el derecho penal, puede dejarse sin discutir aquí. Una cosa es, sin embargo, segura: con la subjetivación del Derecho penal, la teoría de la acción final de Welzel se

10 Cfr. por ejemplo el prólogo a *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage* (1934). Sobre el particular MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger..., *cit.*, pp. 3 y ss., 15 y ss.

11 En su obra *Moderne Wege* (1950) y en su libro de estudio (desde 1950, varias ediciones) puede verse que Mezger no prescindió completamente de algunas teorías que había defendido durante el nacionalsocialismo, en armonía con la política criminal nacionalsocialista. Así, por ejemplo, defiende, respecto del tratamiento del error de derecho la llamada teoría limitada del dolo (ceguera jurídica, “Rechtsblindheit”), que ya había propuesto en el libro en homenaje a Kohlrausch (MEZGER, Edmund, “Rechtsirrtum und Rechtsblindheit”, in *Festschrift für Kohlrausch*, Berlin, De Gruyter, 1944, p. 180 y ss.), para castigar “criminosidad odiosa” (crímenes de odio), como la “profanación racial” (Rassenschande), aborto o prácticas homosexuales con la pena del delito doloso. También su participación como vicepresidente de la “Grosse Strafrechtskommission” en los años cincuenta probó que, igualmente después de la guerra, seguía interesado en la política criminal y quería introducir intereses político-criminales en la dogmática jurídica penal. Sobre el particular, THULFAUT, Gerit, *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962)*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 291 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger..., *cit.*, p. 5, nota 18.

12 WELZEL, Hans, “Zur Dogmatik im Strafrecht” en: *FS Maurach*, Deutschland, 1972, p. 5.

situaba muy cerca de un “derecho penal del ánimo” y tal vez también en las aguas de navegación del derecho penal nacionalsocialista, provocando una expansión del derecho penal con la teoría subjetiva de la tentativa y con el hecho de que la consecuencia de que la atenuación de la pena sea solo facultativa, el reconocimiento de elementos justificativos subjetivos y la consecuencia de que la comprobación de los requisitos objetivos de una justificación no sean suficientes, y la separación entre el error de tipo y el error de prohibición con un tratamiento del error de prohibición que resulta desventajoso para el ciudadano.¹³

Estas son consecuencias político criminales de la teoría de la acción final, de las que ya bien podría haber sido consciente Welzel y son una buena prueba que la teoría de la dogmática penal sólo en apariencia es pura y que también tiene consecuencias político-criminales y persigue, por tanto, finalidades político-criminales.

Es hoy, sin embargo, claro que la discusión dogmática penal de entonces también fue utilizada por quienes directa o indirectamente habían seguido las directrices político-criminales del nacionalsocialismo, como una especie de “refugium peccatorum”. La vuelta a la dogmática y la discusión sobre la estructura ontológica de la acción también podía servir como pretexto y como forma de correr un velo sobre el pasado. Con gran claridad lo puso de relieve Winfried Hassemer:

Quien en la postguerra echaba mano del debate sobre el Derecho natural y fundaba el Derecho penal sobre seguridades apriorísticas y estructuras lógico-materiales, dirigía el foco de la ciencia a un aspecto atemporal y podía estar seguro frente a las preguntas incómodas por el pasado reciente.¹⁴

13 Cfr. VORMBAUM, Thomas, *Einführung in...*, cit., pp. 247-248, quien sin embargo niega que esa subjetivación forzosamente entre en las cercanías de un “derecho penal del ánimo”. (N del A.: Sobre las vinculaciones de Welzel con el nacionalsocialismo, véase FROMMEL, Monika, “Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel”, trad. de Muñoz Conde, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 42, núm. 2, 1989; y más recientemente el trabajo de MATUS ACUÑA, Jean Pierre “Nacionalsocialismo y derecho penal: apuntes sobre el caso de H. Welzel. Un homenaje tardío a Joachim Vogel”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Deutschland, 12/2014, pp. 622-628, quien no sólo demuestra, con documentos irrefutables, las vinculaciones que tuvo Welzel con las autoridades y asociaciones académicas de profesores nacionalsocialistas en su etapa de profesor en Colonia y en Gotinga, sino también la afinidad de su concepción originaria del derecho penal con la de la ideología nacionalsocialista. Sobre la repercusión de la polémica entre causalismo y finalismo en el derecho penal español, véase MUÑOZ CONDE, Francisco, “La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista”, *Revista Penal*, España, núm. 35, 2015, pp. 129 ss.

14 Cfr. HASSEMER, Winfried, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber der Herausforderungen ihrer Zeit” en ESER, A./W. HASSEMER /B. BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, C.H. Beck, 2000, pp. 21 ss. (N. del A.: Hay traducción española

Y la misma idea expresa Thomas Vormbaum,¹⁵ cuando dice:

Después de 1945 [...] una parte importante de la ciencia penal y de la práctica entraron en la aguas de navegación del Derecho natural conservador de la era de Adenauer. En Derecho penal, eso significó un renacimiento de una teoría dura de la expiación. Una Dogmática penal altamente artificial se entendió como reacción al 'método de comprensión global e intuitivo' de la época nazi.

En la postguerra los representantes entonces más influyentes de la dogmática penal, Edmund Mezger y Hans Welzel, tomaron parte de la reforma del derecho penal como miembros de la "Gran Comisión de Derecho Penal" ("große Strafrechtskommission"), y en esta sede discutieron con argumentos políticos (criminales) y tomaron posición sobre cuestiones político criminales que aparentemente sólo eran dogmáticas, como, por ejemplo, el tratamiento del error de prohibición.¹⁶ Sobre todo se ve esto en algunos ámbitos de la parte especial del proyecto que emanó de la "grosse Strafrechtsreformkommission" en 1959, donde las cuestiones político-criminales jugaron un rol relevante; así, por ejemplo, como consecuencia de la Guerra Fría, tuvo una gran expansión el derecho penal para la protección del Estado, en el que se decretaron la prohibición de ejercer profesiones (Berufsverbot) y la condena de miles de comunistas; y en el ámbito del derecho penal sexual, el mantenimiento del adulterio, de las prácticas homosexuales entre adultos y la sodomía o la introducción de la inseminación heteróloga como delitos. Estos ejemplos prueban cuán fuerte era el espíritu conservador que dominaba todavía la política criminal de entonces.¹⁷

Pero es que además en aquel tiempo también se quisieron resolver algunos problemas políticos (criminales) con ayuda de la dogmática penal. Esto puede verse claramente cuando se observa el tratamiento que se dio entonces a los homicidios y asesinatos cometidos por los partidarios del régimen nacionalsocialista. Así, por ejemplo, la jurisprudencia siguió sosteniendo férreamente una teoría subjetiva de la autoría y la participación,

de esta obra colectiva, dirigida por Muñoz Conde, La ciencia del derecho penal en el cambio de milenio, Valencia, 2000).

15 VORMBAUM, Thomas, *Einführung in...*, cit., p. 245.

16 Vid. THULFAUT, Gerit, *op. cit.*, p. 309 y ss., quien describe la discusión entre Welzel y Mezger dentro de la "grossen Strafrechtskommission" en relación a tratamiento del error, en la que Welzel criticaba a la teoría limitada del dolo, defendida por Mezger, que habría una relación directa entre las test defendidas por Mezger y la dictadura nacionalsocialista.

17 Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, 1957.

según la cual se considera que hay complicidad cuando la persona que ha ejecutado los elementos típicos ha seguido las órdenes de otro (Hitler, Himmler) y no actúa movido por intereses propios, de modo que aun en casos de los delitos más graves era posible aplicar penas privativas de libertad de corta duración y, aún más, suspenderlas condicionalmente.¹⁸ A eso se agregó posteriormente una amnistía encubierta de las personas acusadas de estos delitos, con la entrada en vigor el 1 de octubre de 1968 de la ley introductoria de la ley sobre infracciones administrativas (Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz) de 1968, que mediante una reforma, §50 pfo. 2 (en la actualidad §28, I) del Código Penal alemán (StGB),¹⁹ permitió aplicar la prescripción, calificando las ejecuciones masivas y el exterminio de miles de personas llevadas a cabo en los campos de exterminio como simples homicidios y no como asesinatos, considerando que no concurrían en los ejecutores el móvil racista, sino que simplemente llevaban a cabo las órdenes de exterminio impartidas por los jefes superiores del aparato de poder nazi, Hitler, Himmler y Heydrich, en los que sí concurrían el móvil bajo racista, que, si hubieran vivido, hubiera determinado su condena como autores de asesinato.²⁰

Tuvieron que pasar todavía muchos años, para que, con otra mentalidad acerca del tratamiento penal del pasado de los regímenes dictatoriales y, en este caso, el del régimen comunista de la República Democrática Alemana antes de la caída del Muro de Berlín, el Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH) aceptara la teoría de Claus Roxin de tratar constelaciones como esas como casos de autoría mediata por control de un aparato organizado de poder,²¹ que fue la teoría que se aplicó en los respectivos procesos penales que se llevaron a cabo, tras la caída del Muro de Berlín, contra algunos miembros del gobierno de la ex República Democrática Alemana, condenándolos como autores (mediatos) por los homicidios cometidos por los guardias de la frontera, de la personas que intentaron

18 Cfr. JUST-DAHLMAN, Barbara/ Helmut JUST, *Die Gehilfen*, Deutschland, 1988, p. 174.

19 Este precepto decía así: "Si faltan en el partícipe las específicas cualidades, relaciones o circunstancias personales (elementos personales especiales), que fundamentan la penalidad del autor, la pena correspondiente debe ser atenuada conforme a la pena de la tentativa" (N. del A.).

20 Vid. GREVE, Michael, "Amnestierung von NS-Gehilfen—eine Panne?", *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, Deutschland, núm. 4 (2002/2003), p. 295 y ss. Sobre el particular VORMBAUM, Thomas, *Einführung in...*, cit., pp. 229 y ss., quien describe las distintas estrategias que había entonces para el tratamiento teórico penal y dogmático penal de los delitos del nacionalsocialismo. (N. del A.: Más recientemente me he ocupado extensamente de este tema en: "La atenuación facultativa de la pena del partícipe en los delitos especiales como instrumento para la elaboración jurídica del pasado", *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, vol. 8, núm. 15, julio-diciembre de 2016, pp. 83-118).

21 ROXIN, Claus, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", *GA*, Deutschland, 1963, pp. 193 y ss.

huir a la República Federal de Alemania, cruzando el Muro de Berlín.²²

En general, teorías como ésta de Roxin o como la del *dolus eventualis* en el delito de prevaricación judicial había sido desechada anteriormente por la jurisprudencia y por la doctrina cuando se trató de juzgar los crímenes nacionalsocialistas y las sentencias injustas dictadas por el poder judicial durante el periodo nazi. Sin embargo, fueron aplicadas cuando se juzgaron los delitos cometidos por los dirigentes y autoridades judiciales de la República Democrática Alemana.²³

Estos son solamente ejemplos que comprueban cuan fuerte fue la influencia de la Política criminal en algunas construcciones de la dogmática penal de aquella época, aunque Welzel insistiera luego en su tratado de derecho penal que ésta sólo se ocupaba de estudiar e investigar cuestiones puramente sistemáticas, para elevar “la aplicación del derecho por encima de la casualidad y la arbitrariedad”.²⁴

3. Nuevas tendencias en la dogmática penal alemana

Sin embargo, en los años sesenta la ciencia penal alemana sufrió un profundo cambio, en cuanto la política criminal ganó cada vez más interés. Una razón para ello fue la reforma del Código Penal alemán, que había comenzado ya a fines de los años cincuenta y que tras varios proyectos (1959/1960) decantó en el proyecto de 1962. Este proyecto —de fuerte impronta conservadora, como no podía ser de otro modo por ser ésta la impronta que tenían muchos de sus redactores— fue prontamente criticado por un grupo de penalistas más jóvenes, que no tenían implicaciones con el régimen nazi. Como consecuencia de esta crítica, publicaron ya en 1966 un Proyecto Alternativo de Código penal (*Alternativ Entwurf*). Además, desde 1969 se dictaron una serie de leyes para la reforma del derecho penal, no sólo de la parte general del StGB (delitos de omisión impropios, error de tipo y de prohibición, la tentativa, autoría y participación, el

22 BGHSt 40, 26 de julio de 1994, p. 268. Disponible en: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs040218.html>. Sobre el particular MUÑOZ CONDE, Francisco, “Die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate als Instrument der juristischen Aufarbeitung der Vergangenheit” en F.S. Wolter, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, p. 1427. (N. del A. Hay también una versión en español de este trabajo: “La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento de la elaboración jurídica del pasado”, *Revista Penal*, España, 2013, pp. 171-189 (también en Homenaje Nodier Agudelo, Bogotá, 2013).

23 Cfr. VORMBAUM, Thomas, *Einführung in...*, cit., p. 234. Sobre la responsabilidad penal de los jueces de la RDA por prevaricación, Vid. asimismo VORMBAUM, Thomas, *Anmerkungen zum Urteil des LG*, Berlin, vom 17. August, 1992 y Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik, Münster, LIT Verlag, 2011, pp. 157 y ss.; SPENDEL, Günther, *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, Berlin, De Gruyter, 1984, pp. 55 y ss.

24 WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11a. ed., Berlin, De Gruyter, 1969, p. I.

sistema de sanciones), sino también de la parte especial (derogación de disposiciones que no se correspondían ya con los tiempos, como el adulterio, regulaciones sobre el duelo, sodomía o modificaciones en los delitos relacionados con la religión, regulando ahora los delitos sexuales bajo el título “delitos contra la autodeterminación sexual”, dando una nueva regulación a los delitos de protesta [Demonstrationsstraftaten], aborto, etc.)²⁵.

Evidentemente, cuando se trata de reformar la legislación penal, no son los problemas de dogmática penal, sino los de la política criminal los que tienen prioridad. La importancia de la dogmática penal, en cuanto se la entiende como una dogmática puramente sistemática y esotérica es muy limitada para una reforma penal. A inicios de los años setenta Claus Roxin, uno de los coautores de proyecto alternativo, propuso integrar en el análisis dogmático de la teoría del delito también a la finalidad político-criminal.²⁶ Roxin ya había criticado duramente las consecuencias limitadas a la sistemática interna de la teoría de la acción final en 1962,²⁷ y en su monografía de 1970 confrontó el sistema penal tradicional con la política criminal con las siguientes palabras:

¿En qué ayuda, empero, la solución de un problema jurídico, si con bella univocidad y regularidad yerra en lo político criminal? ¿Debiera realmente preferirse a una solución satisfactoria, aunque imposible de integrar, del caso concreto?²⁸

Con el lema de que, la coherencia jurídica y la conveniencia político-criminal no se pueden contradecir entre sí, sino que deben ser llevadas a una síntesis.²⁹ “Roxin quería integrar las consecuencias externas al sistema (para él la Política criminal) y proponer, como tarea de la Dogmática penal, “mirar, desarrollar y sistematizar a las categorías individuales del delito, desde el inicio, teniendo a la vista su función

25 Acerca de las diversas leyes para la reforma del derecho penal desde 1969 hasta 1975, Vid. VORMBAUM, Thomas, *Einführung in...*, cit., p. 242 y s. Sobre los proyectos de reforma desde 1959 hasta 1966, incluyendo el proyecto alternativo, Vid. VORMBAUM, Thomas/Kathrin RENTROP, *Reform des Strafrechtsetzungsbuches*, Berlin, Berliner Wissenschafts Verlag, 2008, t. 3, I y ss., 367 y ss.

26 ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1a. ed., Berlin, De Gruyter, 1970 (En español traducción de Muñoz Conde, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona 1972).

27 Cfr. ROXIN, Claus, “Zur Kritik der finalen Handlungslehre”, *ZStW*, Deutschland, núm. 64, 1962, pp. 515 y ss. (N. del A. Hay traducción española realizada por Diego Luzón Peña y publicada junto con otros artículos de Roxin, igualmente traducidos por Luzón Peña, bajo el título *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, 1976).

28 ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und...*, cit., p. 4.

29 *Ibidem*, p. 10.

político-criminal".³⁰

Desde entonces ya no se puede decir que la dogmática penal alemana no tenga relación con la política criminal.³¹

Del otro lado, la llamada Escuela de Frankfurt, con Hassemer, Naucke y Lüderssen como sus representantes principales, había llamado la atención, desde inicios de los años ochenta, acerca de los peligros que conlleva una política criminal demasiado pragmática para las garantías y derechos de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado, para el carácter de "ultima ratio" y para el principio de intervención penal mínima si, a cualquier costo, se quiere solucionar problemas con la ayuda del derecho penal, que no son propios del derecho penal o que podrían ser solucionados de manera menos radical y satisfactoriamente mediante otras ramas del derecho o mediante la aplicación de medidas puramente técnicas, como sucede, por ejemplo con muchas de las graves contaminaciones del medio ambiente o con la responsabilidad por productos defectuosos.³²

Sea como sea, los problemas político criminales han pasado en la actualidad a ser problemas fundamentales del derecho penal no solamente para los políticos que se ocupan de la elaboración de normas penales y deben dar cuenta ante los votantes y la opinión pública acerca de la eficacia de su forma de operar, sino también para los teóricos, catedráticos y consultores políticos en este ámbito. Si la dogmática penal sigue aferrada a los principios clásicos de la punibilidad echando mano de una interpretación estricta de los tipos que se encuentran en las leyes penales, determinando con precisión los requisitos objetivos y subjetivos de la responsabilidad penal, pero se muestra indiferente a los intereses político-criminales que deben ser alcanzados con el derecho penal, o incluso se muestra bastante alejada de esos intereses, entonces se convertirá en una dogmática contraproducente desde el punto de vista político criminal; es decir, en un obstáculo para una política criminal que quiera utilizar el derecho penal como un instrumento relevante para la configuración de la vida social y para la solución de problemas

30 *Ibidem*, p. 15.

31 Sobre el particular SCHÜNEMANN, Bernd (editor), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, De Gruyter, 1991; él mismo, "Claus Roxin in seiner Epoche", en Claus Roxin, *Person-Werk-Epoche*, Deutschland, Springer, 2003.

32 Para todos. Cfr. solo HASSEMER, Winfried, *Produktverantwortung im... cit.*, pp. 1 y ss. Crítico al respecto SCHÜNEMANN, Bernd, "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", *GA*, Deutschland, 1995, pp. 203 y ss.; él mismo, "Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts" en *FS Otto Trittmeyer*, Wien-New York, Springer, 1996, pp. 437 y ss.

que el progreso tecnológico y el desarrollo económico han creado en las sociedades modernas.

Pero frente a esta orientación puramente dogmática del derecho penal, que se refleja en la conocida frase de Franz von Liszt, según la cual el derecho penal debía ser “la barrera infranqueable de la política criminal”,³³ pronto se formó una corriente, de acuerdo con los signos de los tiempos, que quiere adecuar la dogmática penal, sus conceptos y sus construcciones sistemáticas a las nuevas necesidades político criminales. Así, se comenzó primero a complementar y después reemplazar al concepto de causalidad por el de imputación objetiva; las diferencias entre acción y omisión se volvieron cada vez más deslavadas, cuando no se suprimieron del todo en beneficio de una construcción normativa que no basa tanto la imputación objetiva de lo que la persona de que se trata hace o no hace, sino que se basa en los deberes especiales que caen dentro del ámbito de sus atribuciones; el concepto de dolo se redujo al puro conocimiento de la peligrosidad de la conducta, en cuanto de prescinde de relaciones entre la voluntad y el resultado, y de esa manera se expandió enormemente su ámbito de aplicación en detrimento de la imprudencia. El concepto tradicional de bien jurídico, que en primera línea se refería al desarrollo y la realización personal de individuos y que tenía un contenido material (vida, libertad, patrimonio), se reemplazó por el de la unidad funcional social o por conceptos vagos de carácter social o universal sin una relación determinable con lo material, como por ejemplo el medio ambiente, el equilibrio del sistema financiero, el orden socioeconómico o la ordenación territorial. Igualmente en lugar del delito de daño o del delito de peligro concreto, se desarrolló la figura del delito de peligro abstracto que fue tomando en la legislación penal y no sólo en la teoría cada vez más espacios. Lo mismo vale decir cuando se convierte la mera desobediencia de la norma en el contenido material de la antijuridicidad; y cuando el principio de legalidad como reserva de ley queda agujereado, como si se tratara de un queso suizo, por las llamadas “normas penales en blanco”, que se remiten permanentemente a regulaciones administrativas de rango inferior al de la ley, como sucede frecuentemente en los sectores más modernos del derecho penal como el económico, el medioambiental, las relaciones laborales, la ordenación territorial, la salud pública y la seguridad de los alimentos y productos farmacéuticos. Quien conoce las reformas penales de los últimos 20 o 30 años en la

33 Que von Liszt no fue siempre consecuente con esta función limitada del derecho penal en la política criminal, sobre todo en relación al tratamiento de reincidentes y de delinquentes consuetudinarios, ya se ha dicho reiteradamente, por todos Cfr. solo MUÑOZ CONDE, Francisco, *Das Erbe von Franz von Liszt*, en FS Hassemer, München, C.H. Beck, 2010, p. 535 y ss. (En español: “La herencia de Franz von Liszt”, en *Revista Penal*, España, núm. 27, 2011, pp. 159-174).

mayoría de los países desarrollados técnica y económicamente compartirá que estas nuevas técnicas se encuentran en la mayoría de las normas penales desarrolladas en este periodo. El que un sector de la dogmática penal haya adaptado sus conceptos básicos a las nuevas necesidades político-criminales es también consecuencia inevitable de un enfoque funcionalista del derecho penal, para la que el derecho penal no es más que un subsistema de imputación dentro de la unidad del sistema social global, a cuyo equilibrio debe colaborar restableciendo y sancionando penalmente a quienes han violado una norma penal, consiguiendo así fortalecer la confianza de los ciudadanos fieles al derecho.³⁴

Cualquiera que sea la opinión que se tenga acerca de estas nuevas tendencias, no cabe duda de que han enriquecido el debate siempre apasionado de las relaciones entre la dogmática penal, entendida como un sistema que parte de las normas penales vigentes para la imputación de la responsabilidad penal, y la política criminal, entendida como forma de obtención de efectos sociales determinados mediante el derecho penal. Hoy en día nadie, o casi nadie, cuestiona la necesaria relación entre una y otra forma de entender el poder punitivo del Estado, aunque todos son conscientes de que se trata de una relación tormentosa, que sólo difícilmente se puede reconducir a un concepto más genérico de una "ciencia global del derecho penal" ("Gesamte Strafrechtswissenschaft") como la que propuso a finales del siglo XIX, aunque de forma bastante contradictoria, el catedrático de la Universidad de Berlín, Franz von Liszt.³⁵

Mientras en los últimos años esta discusión se ha mantenido en el marco de los principios constitucionales propios de un Estado de derecho y sin poner en duda derechos humanos reconocidos nacional e internacionalmente, la discusión acerca de la labor de la dogmática en relación con las nuevas tendencias del así llamado derecho penal "moderno" —una feliz expresión forjada por Winfried Hassemer para caracterizar a este nuevo fenómeno—³⁶ no deja de ser una discusión académica o teórica que no altera profundamente las bases del derecho penal de un Estado de derecho. Pues luego sucedió que el más convencido y más relevante representante de la dirección funcionalista de la dogmática penal, el profesor de la Universidad de Bonn, Günter Jakobs, expuso, en una conferencia en un Congreso que tuvo lugar en Berlín a comienzos

34 Al respecto JAKOBS, Günter, *Schuld und Prävention*, Heidelberg, Tübingen, Mohr, 1976; él mismo, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, De Gruyter, 1983.

35 Al respecto MUÑOZ CONDE, Francisco, "Das erbe..." cit.

36 Cfr. HASSEMER, Winfried, *Produktverantwortung im...* cit., pp. I y ss.

de octubre de 1999, sobre el tema “La ciencia penal alemana antes del cambio de milenio”,³⁷ de manera clara y enfática, también quizá con algo de provocación, que se debía reconocer y admitir que en las sociedades actuales, aparte de un derecho penal —vinculado a los conceptos más o menos flexibles, pero respetuoso con las garantías del Estado de derecho, y cuya única labor sería restablecer, mediante la sanción penal, la validez de la norma violada por el delincuente y la confianza del ciudadano en el derecho (seguridad normativa)—, existiría también otro derecho penal, que él llama “derecho penal del enemigo” (Feindstrafrecht), con el que el Estado debe reaccionar de manera mucho más fuerte contra algunos sujetos que se vuelven contra normas básicas de la sociedad, de manera grave y repetida, y son una amenaza para ella; y esto no sólo para mantener la seguridad normativa, sino también la cognitiva. En el ámbito de ese “derecho penal del enemigo”, según Jakobs el Estado interviene para luchar eficazmente contra el enemigo, con penas desproporcionadas y draconianas, declara punibles conductas que en sí no son dañinas, u otras que están lejos de ser una amenaza o un peligro, y —lo que pesaría más— prescindiría de considerar o reduciría a un mínimo determinadas garantías y derechos del imputado en el proceso penal.

No creo que se pueda permanecer indiferente a esta tesis³⁸ o limitarse a constatar su existencia como algo inevitable, a lo que habría que acostumbrarse, sino que se debe tomar claramente postura a favor o en contra de la misma, mostrando, en todo caso, al mismo, que este “derecho penal del enemigo” no es compatible con los principios y derechos fundamentales que conforman los fundamentos para una vida en comunidad, según las normas jurídicas de más alto rango a nivel nacional e internacional. Esto es, en mi opinión, también para un sistema de aproximación puramente funcionalista y sistemática, una cuestión que afecta a la relación interna del subsistema del derecho penal con el sistema jurídico más general, que se conforma con derechos y principios fundamentalmente reconocidos en la Constitución y en declaraciones universales de derechos humanos. Si se permiten excepciones a este sistema, se debiera admitir

37 JAKOBS, Günther, “Kommentar zum Hauptreferat von Hassemer” en ESER, A./W. HASSEMER/ B. BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, C.H. Beck, 2000, pp. 47 y ss.

38 Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Über das Feindstrafrecht*, traducción al alemán de Moritz Vormbaum, Münster, LIT Verlag, 2007, p. 15 y ss., nota 20; él mismo, *Der Kampf gegen den Terrorismus und das Feindstrafrecht*, en HASSEMER, W. /E. KEMPF/ S. MOCCIA/F. DÖRR (editores) *In dubio pro libertate*. FS Volk, C.H. Beck, 2009; él mismo, “Politische Straftat und Feindstrafrecht”, en: VORMBAUM, Thomas, *Kritik des Feindstrafrechts*, Münster, LIT Verlag, 2009 (N. del A.: Todos estos trabajos y artículos sobre el derecho penal del enemigo, se encuentran recogidos, en *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, 2.ª ed., Buenos Aires, 2008).

consecuentemente el fracaso de ese sistema general, con todas las consecuencias que se derivan de ello. Nadie niega la existencia del “derecho penal del enemigo”, pero lo que queda por discutir es si es compatible con los principios del Estado de derecho y con el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales. Lo que es evidente no requiere ser explicado de manera exhaustiva —existe y continuará existiendo—; lo que todavía se debe aclarar de manera satisfactoria es cómo los más representativos y poderosos de la comunidad internacional se relacionan ambivalentemente con los derechos fundamentales y a los principios del Estado de derecho, sobre todo cuando esa relación ambivalente resulta de una violación reiterada de estos últimos por parte de algunos Estados.

4. Actualidad: los nexos entre la dogmática penal y la política criminal

Con esto hemos llegado a la actualidad penal. Después de lo ya dicho, no se puede negar que la dogmática penal, en cuanto se remite a su entorno y tematiza expectativas que se dirigen a ella desde ese entorno, tiene estrechas relaciones con la política criminal, y debe dar respuesta a las demandas de su tiempo.³⁹ El problema no es sólo que la dogmática penal deba tener en consideración y acomodarse a finalidades político criminal, sino de qué política criminal estamos hablando.

Si la política criminal de la que hablamos tiende a una expansión, funcionalización y a una mayor intensidad del derecho penal, a una relajación del principio de legalidad y una reducción de las garantías procesal-penales del acusado⁴⁰ —como lo proponen algunas teorías como las del derecho penal del enemigo o la tolerancia cero—, entonces la dogmática penal corre el peligro de convertirse en una dogmática de la persecución penal (*Strafverfolgungsdogmatik*), es decir, en un mero auxilio técnico para hacer más efectiva la persecución penal.⁴¹

Pero si la política criminal, en consonancia con los principios constitucionales de la justicia y la seguridad jurídica, sigue fines racionales y democráticos, entonces ya no es el propio derecho penal, como proponía Von Liszt, sino como decía Voguel, la Constitución misma, “su

39 Cfr. HASSEMER, Winfried, “Das Selbstverständnis...”, *cit.*

40 Sobre el particular VORMBAUM, Thomas, *Einführung in...*, *cit.*, p. 281.

41 Advierte en este sentido *Ibidem*, p. 282.

barrera infranqueable".⁴² A partir de este límite constitucional, basado en el Estado de derecho y en los derechos fundamentales, la dogmática penal puede jugar el rol liberal de ser una ciencia de la limitación penal,⁴³ limitando al rudo poder punitivo del Estado, y con ello la política criminal.

Naturalmente los dos conceptos, dogmática penal y política criminal, son solamente parte de la ciencia penal cuyo alcance y poder definitorio en la realidad no pueden identificarse siempre de manera limpia; y, como ya prevenía Hassemer, hace cuarenta años,⁴⁴ tampoco pueden descartarse intrusiones entre una y otra, pero lo que en todo caso lo que he pretendido poner de relieve con breve exposición histórica que aquí he desarrollado es que hoy en la ciencia penal actual ya no es posible una separación abstracta entre dogmática penal y política criminal.

5. Bibliohemerografía

Bibliografía

HASSEMER, Winfried, "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber der Herausforderungen ihrer Zeit" en ESER, A./ W. HASSEMER /B. BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Münster, C.H. Beck, 2000.

_____, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, C.F. Müller, 1994.

_____, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Deutschland, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1974.

_____ y Francisco MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995.

HINDEMITH, Paul, *Aufgaben für Harmonieschüler*, Deutschland, Schott, 1949.

⁴² VOGEL, Joachim, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, Berlin, Berliner Wissenschafts Verlag, 2004, p. 100: "Grenze der Kriminalpolitik ist im Verfassungsstaat nicht das Strafrecht, sondern die Verfassung".

⁴³ VORMBAUM, Thomas, *Einführung in...*, cit., p. 281.

⁴⁴ Vid. HASSEMER, Winfried, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Deutschland, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 1974, pp. 195 y ss.

JAKOBS, Günter, "Kommentar zum Hauptreferat von Hassemer" en ESER, A./W. HASSEMER /B. BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, C.H. Beck, 2000.

_____, *Schuld und Prävention*, Tübingen, Mohr, 1976.

_____, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, De Gruyter, 1983.

JESCHECK, Hans-Heinrich, *Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform*, Tübingen, 1957.

JUST-DAHLMAN, Barbara/ Helmut JUST, *Die Gehilfen*, Deutschland, 1988.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre, "Nacionalsocialismo y derecho penal": apuntes sobre el caso de H. Welzel. Un homenaje tardío a Joachim Vogel", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Deutschland, 12/2014.

MEZGER, Edmund, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin, Duncker & Humblot 1950.

_____, "Rechtsirrtum und Rechtsblindheit", in *Festschrift für Kohlrausch*, Berlin, De Gruyter, 1944.

MUÑOZ CONDE, Francisco, "Causation and Evidence", en NIJBOER, J.F./J.M. REINTJES (eds.), *Proceedings of the first World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence*, The Netherlands, The Hague, 1997.

_____, "Das Erbe von Franz von Liszt", en *FS Hassemer*, München, C.H. Beck, 2010.

_____, "Das Strafgesetzbuch Spaniens und seine Reformen (1995/2010): Zwischen modernen und Feindstrafrecht", en *FS Imme Roxin*, Münche, C.h. Beck, 2012.

_____, "Der Kampf gegen den Terrorismus und das Feindstrafrecht", en HASSEMER, W./E. KEMPF/ S. MOCCIA/F. DÖRR (editores). *In dubio pro libertate*, FS Volk, München, C.H. Beck, 2009.

_____, "Die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate als Instrument der juristischen Aufarbeitung der Vergangenheit" en *F.S. Wolter*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013.

_____, Edmund Mezger: *Beiträge zu einem Juristenleben*, Berlin, Berliner Wissenschafts Verlag, 2007.

_____, "Is it possible an Universal System of Criminal Law?", en BINGSONG, He (editor), *Reflection and reconstruction of the theoretical System of Criminal Law in the Age of Globalisation*, Pekin, 2008.

_____, "Politische Straftat und Feindstrafrecht", en VORMBAUM, Thomas, *Kritik des Feindstrafrechts*, Münster, LIT Verlag, 2009.

_____, *Über das Feindstrafrecht*, traducción al alemán de Moritz Vormbaum, Münster, LIT Verlag, 2007.

ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1a. ed., Berlin, De Gruyter, 1970.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Claus Roxin in seiner Epoche", en Claus Roxin. *Person-Werk-Epoche*, Deutschland, Springer, 2003.

_____, "Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld", en *Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln, Carl Heymans, 1995.

_____ (editor), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, De Gruyter, 1991.

_____, "Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts" en *FS Otto Trittmeyer*, Wien-New York, Springer, 1996.

SPENDEL, Günther, *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, Berlin, De Gruyter, 1984.

THULFAUT, Gerit, *Kriminalpolitik und Strafrechtslehre bei Edmund Mezger (1883-1962)*, Baden-Baden, Nomos, 1999.

VOGEL, Joachim, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, Berlin, Berliner Wissenschafts Verlag, 2004.

VORMBAUM, Thomas, *Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik*, Münster, LIT Verlag, 2011.

_____, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2a. ed., Deutschland, Springer, 2010.

_____ y Kathrin RENTROP, *Reform des Strafgesetzbuches*, Berlin, Berliner Wissenschafts Verlag, 2008.

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11a. ed., Berlin, De Gruyter, 1969.

_____, "Zur Dogmatik im Strafrecht", en *FS Maurach*, Deutschland, 1972.

Hemerografía

FROMMEL, Monika, "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel", trad. de Francisco Muñoz Conde, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. 42, núm. 2, 1989.

GREVE, Michael, "Amnestierung von NS-Gehilfen—eine Panne?", en *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, Deutschland, núm. 4, (2002/2003).

MUÑOZ CONDE, Francisco, "La atenuación facultativa de la pena del partícipe en los delitos especiales como instrumento para la elaboración jurídica del pasado", *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, vol. 8, núm. 15, julio-diciembre de 2016.

_____, "La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento de la elaboración jurídica del pasado", *Revista Penal*, España, núm. 31, 2013.

_____, "La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista", *Revista Penal*, España, núm. 35, 2015.

_____, "Universalizing Criminal Law", *Tulsa Law Review*, Tulsa, núm. 39, 2005.

ROXIN, Claus, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", GA, Deutschland, 1963.

_____, "Zur Kritik der finalen Handlungslehre", *ZStW*, Deutschland, núm. 64, 1962.

SCHÜNEMANN, Bernd, "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", *GA*, Deutschland, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Beiträge zur spanisch-deutschen Strafrechtswissenschaft (Zur Dogmatik des Allgemeinen Teils- Vorwort)", *GA*, Deutschland, núm. 11, 2013.

VORMBAUM, Thomas, *Anmerkungen zum Urteil des LG*, Berlín, vom 17. August, 1992.

Legislación

Sentencia. BGHSt, 40. 26 de julio de 1994.

Disponible en: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bs040218.html>



COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES



AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERESTATALES

*Leonel Pereznieto Castro**

Época: Décima Época. Registro: 2014692. Instancia: Primera Sala
Tipo de tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación.
Publicación 07 junio 2017 10:14 hrs. Materia (s): Constitucional.
Tesis 1ª. LXXVII/2017(10ª)

TESIS AISLADA: NULIDAD DE CONTRATO. CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE EL PACTO DE SUMISIÓN A CIERTA LEY CONDUZCA A SU INVALIDEZ POR VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 121 CONSTITUCIONAL.

Las bases contenidas en las cinco fracciones del artículo 121 constitucional constituyen reglas o criterios de solución de conflictos normativos entre leyes de diferentes Estados de la República y, por tanto, sirven para determinar la ley aplicable a los actos públicos, registros y procedimientos de cada una de tales Entidades; de manera equivalente a las reglas del Derecho Internacional Privado en lo relacionado con el llamado “conflicto de leyes”. En dichas reglas se ha admitido la posibilidad de que por la autonomía de la voluntad, las partes elijan o determinen la ley que ha de regirlos cuando por alguna razón exista alguna conexión o concurrencia entre diversas leyes, por lo cual debe considerarse admisible la sumisión de las partes a cierta ley en casos de conflictos normativos entre leyes de distintas Entidades Federativas, siempre y cuando no se traspasen los límites de la libertad contractual, es decir, no se prive de derechos o se libere de obligaciones irrenunciables por su carácter de orden público, como sucede con el derecho de alimentos, las normas de protección a los menores de edad, entre otros, o que lleven a desconocer la capacidad o el estado civil de las personas. Asimismo, tampoco

* Doctor en Derecho por la Universidad de París. Profesor de Carrera de Tiempo Completo, Titular “C” en la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador Nacional Nivel III (CONACyt). Actualmente es el Director del Centro de Investigaciones Judiciales.

debe conducir a perjudicar los derechos de un tercero o a incurrir en un fraude a la ley, es decir, a que al seguir las disposiciones de cierta ley, se burle o evada el derecho que tenga un tercero al amparo de la ley renunciada, o bien, se dé la apariencia de legalidad a un acto ilícito o no permitido por el Derecho que originalmente obliga a la persona. En esa medida, el pacto de sumisión a la ley de cierta Entidad Federativa constituye una violación al artículo 121 constitucional que conduce a su invalidez cuando concurren las siguientes condiciones: a) que haya un conflicto normativo; b) que se elija una de las normas en pugna; c) que la aplicación de la ley elegida tuviera como resultado la renuncia de derechos que no deben serlo por su carácter de orden público, o que llevara al fraude a la ley o a perjudicar derechos de tercero.

Amparo directo en revisión 3883/2014. Joel Castillo Reyes. 10 de junio de 2015. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

Esta tesis se publicó el viernes 07 de julio de 2017 a las 10:14 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Pocas veces la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se pronuncia sobre el artículo 121 Constitucional, una disposición escasamente analizada por nuestros tribunales y de gran importancia para la normatividad que deben seguir los tribunales, sobre todo en el fuero común, en materia de Conflictos de Leyes. Quizá eso se deba a que las partes en los contratos no toman en cuenta esta disposición en sus transacciones interestatales y hay pocos casos que juzgar.

La causa es también, que en las legislaciones estatales, principalmente en los diferentes códigos civiles, existe una gran similitud entre ellos por haberse desprendido del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1932.

En el caso que nos ocupa la SCJN lleva a cabo un análisis del artículo 121 y fija parámetros dentro de los cuales debe entenderse su aplicación y

específicamente en el caso de la nulidad en la elección de la ley aplicable cuando sus efectos tienen consecuencias negativas, la SCJN nos dice en la primera parte:

“En dichas reglas [las establecidas por el artículo 121] se ha admitido la posibilidad de que por autonomía de la voluntad, las partes elijan o determinen la ley que hay que regirlos cuando exista alguna conexión o concurrencia de diversas leyes, por lo cual debe considerarse admisible la sumisión de las partes a cierta ley en casos de conflictos normativos entre leyes de distintas Entidades Federativas, siempre y cuando no se traspasen los límites de la libertad contractual, es decir, no se prive de derechos o se libere de obligaciones irrenunciables por su carácter de orden público, como sucede con el derecho alimentos, las normas de protección de menores de edad, entre otros, o que lleven a desconocer la capacidad o el Estado Civil de las personas.”

De aquí podemos derivar tres conceptos: la autonomía de la voluntad; la conexión o concurrencia de diversas leyes y los límites de la capacidad contractual, veámoslos en ese orden.

La autonomía de la voluntad, o sea, la capacidad de las partes en un contrato para elegir la ley aplicable que estimen conveniente para sus intereses. Esta capacidad; sin embargo, no está explícita en el artículo 121. Evidentemente la SCJN debió interpretar que, con objeto de poner en funcionamiento la ecuación que nos ofrece el mencionado artículo, resulta necesario que en ese contexto interestatal exista la Autonomía de la Voluntad, a fin de que un fabricante domiciliado en Jalisco pueda celebrar un contrato de distribución con el distribuidor establecido en Durango, acordando ambos que la ley aplicable a su contrato sea la de Durango, por ser el lugar donde se desarrollarán los derechos y las obligaciones del distribuidor; sin embargo, esa Autonomía de la Voluntad será invalidada cuando, según nos explica la SCJN:

“El pacto de sumisión a la Ley de cierta Entidad Federativa constituye una violación al artículo 121 constitucional que conduce a su invalidez cuando concurren las siguientes condiciones: a) que haya conflicto normativo; b) que se elija una de las normas en pugna; c) que la aplicación de la ley elegida tuviera como resultado la renuncia de derechos que no deben serlo por su carácter de orden público o que llevara al fraude a la ley o a perjudicar derechos de tercero”.

La primera condición: que haya un conflicto de leyes, puesta tal cual, esta condición, es errónea porque va contra el sentido de los conflictos de leyes que precisamente llevan a resolver ese "Conflicto normativo". Segunda condición: "Que se elija una de las normas en pugna", condición también errónea porque la elección de la norma aplicable, la preferencia siempre se da ante normas en pugna y de ahí se deriva la norma aplicable. La tercera condición, es la única correcta y se refiere: "Que la aplicación de la ley elegida tuviera como resultado la renuncia de derechos que no deben serlo por su carácter de orden público o que llevara al fraude a la ley o a perjudicar derechos de terceros", lo que constituye el vínculo de nulidad que existe en este caso, la ley aplicable por las cuestiones que la propia resolución señala.

Como se puede apreciar, se trata de una resolución con varias cuestiones y que define, al menos, tres figuras del Derecho Internacional Privado: el libre juego de la Norma de Conflicto y como límite a la libertad de contratación, el Orden Público, el Fraude a la Ley y el perjuicio a derechos de terceros.

PLAZO DE NOTIFICACIÓN DE LA DEMANDA DE PRETENSIONES EN EL DIVORCIO INCAUSADO

*María Virginia Aguilar**

RUBRO: DIVORCIO INCAUSADO. DEMANDA DE PRETENSIONES. INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 2.377, PÁRRAFO CUARTO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MEXICO. SEGUNDA ÉPOCA. SALAS COLEGIADAS. CLAVE: III.I SCF.015A.2

TEXTO.- El artículo 2.377, párrafo cuarto del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, prevé dar vista a las partes con el escrito que presenten éstas sobre pretensiones, hechos y ofrecimiento de medios de prueba; sin embargo, omite la forma de realizar la notificación respectiva. Mediante una interpretación conforme en sentido amplio de este precepto, se evidencia que el escrito de pretensiones, tiene la misma naturaleza que una demanda y los excónyuges deben cumplir con sus requisitos, entre ellos, el nombre y domicilio del demandado y al admitirse ésta, se debe correr traslado y emplazar a la parte demandada para que dé contestación en el plazo que le fue concedido en el auto que la admitió; diligencia que debe realizarse en el domicilio donde vive el demandado, según las controversias del orden familiar. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en los artículos 1.175, 2.108, 2.111 y 5.40 del código citado; a fin de cumplir con los derechos de acceso a la justicia, seguridad jurídica y debido proceso, consagrados en los numerales 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Instancia: Primera Sala Colegiada Familiar de Texcoco.- Toca: 237/2017.-Recurrente: Alejandro Cárdenas García.- Votación: Unanimidad de votos.- Quince de junio de 2017.- Ponente: Raúl Aarón Romero Ortega.

* Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en desplazamiento internacional de menores y Derechos Humanos. Miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A. C. Fundadora de AB Abogados International Litigation.

La jurisprudencia se refiere al momento posterior a la decisión del Divorcio Incausado, una vez que las partes no pudieron conciliar sus intereses y éstos se convierten en partes contendientes de controversias sobre el Estado Civil de las Personas y el Derecho Familiar y, también, describe la forma de comunicar la continuidad del procedimiento una vez que se presentaron los escritos de demanda.

El documento en comento no aclara los problemas inmersos en el párrafo del artículo que pretende complementar, ya que si bien esgrime que el acto posterior tiene la naturaleza de una demanda y reitera los preceptos relacionados al emplazamiento, sin embargo repite los conceptos erróneos en cuanto a la naturaleza del acto que se inicia y como se debe informar a la contraparte. Como se puede observar en el artículo 2.377 en el párrafo cuarto que se comenta expresa: "con los escritos que presenten las partes, **se les dará vista** en un plazo común de cinco días para iniciar su controversia en calidad de demanda..." (El subrayado es nuestro).

Asimismo, produce confusión cuando expresa: "...se evidencia que el escrito de pretensiones, tiene la misma naturaleza de una demanda y los ex cónyuges deben cumplir con sus requisitos, entre ellos, el nombre y domicilio del demandado y al admitirse ésta, se debe correr traslado y emplazar a la parte demandada **para que dé contestación en el plazo que le fue concedido en el auto que la admitió**" (El subrayado es nuestro).

El punto toral de los problemas es, desde luego, precisar la manera de informar a la contraparte el acto inicial ya que existen diversas formas procesales, como: **dar vista** que significa únicamente informar a las partes de un acto interno del propio juzgado, **notificar** que es un acto que consiste en dar a conocer a otro un contexto eminentemente judicial, en el que el juez informa al justiciable que se encuentra ligado con una relación procesal y que éste a su vez de respuesta de defensa y no se le pare perjuicio, este es un formato genérico que incluye citaciones para comparecer, que puede ser incluso, una primera citación que debe ser personal, pero pueden hacerse ulteriores notificaciones de la forma en que lo dispone la ley, ya que una vez conocida y establecida la relación procesal cada parte debe velar por sus propios intereses. Sin embargo, **emplazar** es el acto jurídico procesal más importante de un procedimiento, cuya inobservancia produce la nulidad absoluta del acto, porque establece el conocimiento de la demanda que le puede parar

perjuicio al demandado y la oportunidad de defenderse, excepcionarse y probar su inocencia es decir, genera un debido proceso.

En cambio, solo repite el precepto que pretende aclarar y menciona diferentes artículos como el 1.175 que trata sobre el emplazamiento, el artículo 2.108 que indica los requisitos de la presentación de una demanda **en el proceso ordinario**, el 2.111 que indica el término para que admitida la demanda se corra traslado de ésta a la contraparte **emplazándola para conteste en un plazo de nueve días** y el artículo 5.50 en el que se establece que en la demanda, reconvención y su contestación se deben ofrecer pruebas **y que no se requieren formalidades especiales para acudir ante el juez** (El subrayado es nuestro).

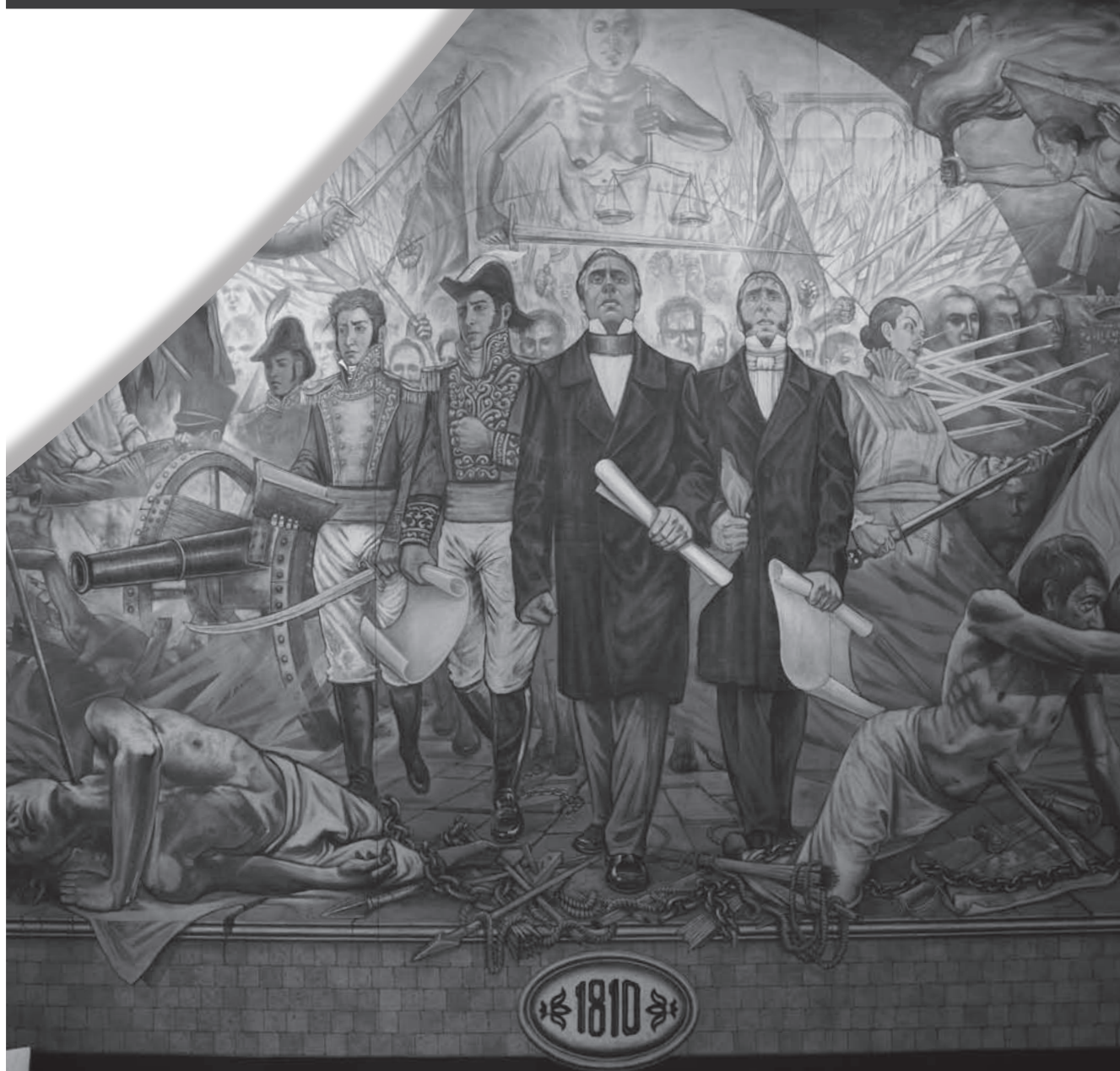
Estos artículos así como se mencionan están lejos de provocar “el acceso a la justicia, seguridad jurídica y debido proceso, consagrados en los numerales 14,16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” como lo pretenden. Su sola mención produce inseguridad jurídica porque nuevamente se trata de un criterio del juzgador y puede conducir a error y a la nulidad del emplazamiento.

Mi opinión es que por ser éste un procedimiento de oralidad, es claro que tienen cinco (5) días para iniciar su controversia. El auto que la admita debe establecer con claridad con cuántos días cuenta la contraparte para contestar; se debe precisar también, que el acto posterior de los ex cónyuges para dirimir las controversias que no fueron resueltas en el convenio de divorcio incausado, es mediante una demanda por cada uno de ellos, y emplazar a su contraparte para que de contestación en un término exacto, ya sea de 5 días, o de 9 días o “en el plazo que le fue concedido en el auto que la admitió” como indica el precepto que se comenta, no es aconsejable.

Es obvio que aún sin precisar las formas, los formatos de demanda, de emplazamiento y de términos deben seguir los conceptos que para estos actos jurídicos establece el Código de Procedimientos Civiles.



HISTORIA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO



GÉNESIS DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO*

Atanasio Serrano López**

El Estado de México es la entidad más poblada del país, con 15,175,862 de habitantes, el 13.5% a nivel nacional, en una superficie que representa el 1.4% del total del país¹ y por ende podemos entender que el grado de complejidad para su organización es alto. En la actualidad el Poder Judicial estatal atiende 263,000 asuntos al año, cuenta con 364 jueces y 56 magistrados,² es uno de los poderes judiciales con más personal del país, sólo por debajo de la Ciudad de México, pero recibe más asuntos que esta última; está a la vanguardia en el sistema de justicia nacional y su Escuela Judicial es la más importante del país, pero esto no siempre fue así.

Este artículo está dividido en dos partes: la primera pretende dar luz sobre la conformación institucional del Poder Judicial, reconstruye de forma somera sus primeros años de historia y la segunda enuncia algunos de los presidentes que desde la óptica personal son emblemáticos de esta institución.

1. Bases para la formación del Poder Judicial del Estado de México

A menudo, se ha considerado que el Poder Judicial, históricamente proviene de tres ordenamientos legales creados en 1824: a) el Acta Constitutiva de la Federación, del 31 de enero, que configuró la nación mexicana; b) el Decreto número 2, del 2 de marzo, que fundó legalmente al Estado de México como entidad soberana de la Federación Mexicana; y c) la Ley Orgánica Provisional para el Arreglo del Gobierno Interior del Estado, del 6 de agosto.

* La primera parte de este trabajo apareció como un artículo preliminar en la *Revista Epiqueya*, Toluca, año 6, núm. 2, octubre-diciembre, 2015, pp. 52-53.

** Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Impartió clases de Filosofía del Derecho, Derecho Político y Derecho Agrario en la Universidad Autónoma del Estado de México. Es cronista del Poder Judicial del Estado de México.

¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Datos del Censo de Población de 2010, <http://www.beta.inegi.org.mx/app/areasgeograficas/?ag=15>.

² Poder Judicial del Estado de México, *1er Informe Desarrollo Estratégico Sergio Javier Medina Peñaloza 2015*, Toluca, Poder Judicial del Estado de México, 2015, p. 29, 44-83.

¿Por qué se han considerado esas normas?

Sin el propósito de generar polémica, con este trabajo pretendo, desde la óptica personal, demostrar que no es así. Que la génesis del Poder Judicial que, teóricamente como el Legislativo, es contrapeso del Ejecutivo, tiene como origen una ley de rango supremo.

La naturaleza del Decreto núm. 2 del 2 de marzo y la Ley Orgánica Provisional para el Arreglo del Gobierno Interior del Estado de México, por su transitoriedad y su carencia de potestad constitucional, no se podría reconocerles la categoría de norma suprema. Teniendo en cuenta esas deficiencias, son sólo semillas de las que germinaría en nuestra entidad una Constitución.

Hay que tener presente que la Constitución en la llamada pirámide de Kelsen, atendiendo a su preponderancia, se sitúa en la cima (lugar que ocupa por ser fontana que derrama leyes de rango menor). De ella, asienta la doctrina, derivan todas las leyes que en conjunto constituyen un sistema normativo. En ese sentido, tanto el Decreto como la Ley Orgánica provienen de un Congreso Constituyente.

Por su parte, el Acta Constitutiva de la Federación, por ser generadora del federalismo, es predecesora del constitucionalismo mexicano. El legislador primario, además de depositar esencialmente la soberanía en la nación, le concede el derecho de adoptar por medio de sus representantes la forma de gobierno. Admite consecuentemente, en ejercicio de ese derecho, la figura de una república representativa, popular, federal.³

Con esa categoría, invocando el principio de división de poderes, establece que el supremo poder de la federación se divide para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.⁴ La justicia quedó depositada en una Suprema Corte de Justicia y en los tribunales que se establecieran en cada estado, “para que todo hombre que habite en el territorio de la federación tenga derecho a que se le administre una justicia pronta, completa e imparcial”.⁵

3 Acta Constitutiva de la Federación Mexicana. Decreto del Congreso Constituyente Mexicano del 31 de enero de 1824:

Artículo 5 La nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal.

4 Acta Constitutiva de la Federación Mexicana. Decreto del Congreso Constituyente Mexicano del 31 de enero de 1824:

Artículo 9 El Poder Supremo de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial: y jamás podrán reunirse dos o más de estos en una corporación o persona, ni depositarse el Legislativo en un individuo.

5 ROBLES MARTÍNEZ, Reynaldo. *Las Constituciones del Estado de México y sus Reformas: 1824-2008*,

La Ley Orgánica Provisional para el Arreglo del Gobierno Interior del Estado es para el doctor Reynaldo Robles Martínez “inicio del camino para una notable cultura legislativa”.⁶ Aún con esta valoración, constituye en estricto sentido el último precedente del Poder Judicial.⁷

Esa última ley, consecuencia del Decreto del 2 de marzo, fue expedida por el mismo Congreso Constituyente, que promulgó ese Decreto-Ley. Uno y otra fueron signadas por los CC. José Francisco Guerra, diputado presidente y Joaquín Villa, diputado secretario en la fecha que ordenó su publicación el 2 marzo y el 6 de agosto de 1824, respectivamente.

Acorde con el Acta Constitutiva, la Ley Provisional señaló que el gobierno del estado, para su ejercicio, se divide en tres poderes. Como en aquella, el Poder Judicial se ejercería por los tribunales de justicia establecidos, o que en adelante se establecieran. Hasta aquí, nada innovador se observa sobre el génesis del Poder Judicial. Prácticamente, el Constituyente pasa de una a otra la misma disposición legislativa.⁸

En ella se señaló como órganos propios para la aplicación de la justicia a los tribunales. Estos no son otros que los de la Audiencia, instrumento judicial peninsular instaurado por los conquistadores en la Nueva España. Dejando abierta la posibilidad de fundar otros, con peculiaridades propias de una entidad federativa, con una extensión territorial de aproximadamente 120,800 kilómetros cuadrados.

México, Instituto de Estudios Legislativos de la LVI Legislatura del Estado de México, 2008, p. 18.

⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁷ Ley Orgánica Provisional para el Arreglo del Gobierno Interior del Estado Libre, Independiente y Soberano de México. Decreto 18 del Congreso Constituyente del 7 de agosto de 1824:

Artículo 27. La Audiencia del Estado constará de seis magistrados y un fiscal.

Artículo 29. Habrá en la Capital del Estado un Tribunal Supremo llamado de Justicia, compuesto por seis ministros y un fiscal.

Artículo 30. Sus facultades son:

I. Dirimir las competencias que se susciten entre la Audiencia y los tribunales especiales del Estado, o entre estos y los jueces subalternos de la Audiencia.

II. Procesar al Gobernador y consejeros, cuando el Congreso declare haber lugar a la formación de cauda.

III. Conocer en todas las causas de separación y suspensión de los consejeros del Estado y magistrados de la Audiencia.

IV. En las causas criminales del Gobernador, consejeros del Estado y ministros de la Audiencia.

V. En todas las causas criminales que se promoviesen contra los individuos de este Supremo Tribunal.

VI. En la residencia de todo empleado público que esté sujeto a ella según las leyes.

VII. En los recursos de nulidad contra la sentencia dada en última instancia, solamente para el efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad en que incurran los magistrados por la falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y criminal.

⁸ Acta Constitutiva de la Federación Mexicana. Decreto del Congreso Constituyente Mexicano del 31 de enero de 1824:

Artículo 23. El Poder Judicial de cada estado se ejercerá por los tribunales que establezca su Constitución.

El 4 de octubre de 1824, fecha en que el Congreso General Constituyente en la Ciudad de México, decretó y sancionó la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos. La primera ley de rango supremo en la que se sustentó el Poder Judicial.

El legislador del México independiente, al dividir el poder público en poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial,⁹ se inspiró en El espíritu de las leyes de Montesquieu, el Ensayo sobre el gobierno civil de John Locke y la Constitución de Cádiz de 1812. El Poder Judicial de cada estado se ejercerá por los tribunales que establezca su Constitución.

Por lo tanto, es a partir de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 cuando apareció como tal el Poder Judicial. Con antelación las normas referidas, previas a esta ley fundamental, señalaban al tribunal como órgano a través del cual se ejercerá la impartición de justicia.

Esa primera Carta Magna estableció que en cada cabecera de partido habría un juez letrado, con facultades para conocer en primera instancia las causas que ocurrieran dentro de su jurisdicción. Además habría un juez letrado en cada cabecera de distrito, que conocería en segunda instancia las causas que ocurran dentro de su perímetro. Y, por último, mandaba que en el lugar existiera un juez letrado que atendería en tercera instancia las causas que se suscitasen en todo el estado. En el mismo lugar, residiría un tribunal superior de justicia.¹⁰

El Estado de México, en su periodo de gestación, tenía como elementos previos: población y territorio, de hecho uno de los más extensos, comprendiendo lo que hoy en día son los estados de Guerrero, Hidalgo, Morelos y parte de Tlaxcala, los cuales fue perdiendo durante los siguientes años hasta llegar al año de 1869, donde ya se puede hablar de las fronteras definitivas de esta entidad.¹¹ Su población, para esos años, estaba calculada en 1.3 millones de personas, el 21% del total nacional.¹² El Poder Público, como elemento formal, lo daría una Constitución, norma que regularía al Estado, entidad política que preside los destinos colectivos de una sociedad y que ejerce, por esa razón, el poder legal.

9 Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824

Artículo 6 Se divide al supremo poder de la federación para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial.

10 Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824: artículos 143 y 161.

11 HUITRÓN HUITRÓN, Antonio, *El Poder Judicial del Estado de México*, t. I, Toluca, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 1991, pp. 197 y 236.

12 MACUNE JR, Charles W., "El federalismo" en *Historia General Ilustrada del Estado de México*, vol. 4, Zinacantepec, El Colegio Mexiquense-Gobierno del Estado de México-Poder Judicial del Estado de México-LVII Legislatura del Estado de México, 2011, p. 93.

El 4 de enero de 1827, se decretó el traslado de los Supremos Poderes del Estado a Texcoco, que se convirtió en la segunda capital del Estado de México, después de la Ciudad de México. En esta sede permanecieron escasamente setenta y cinco días.

El 14 de febrero de 1827, el Congreso Constituyente, integrado por diecinueve diputados, se instaló en Texcoco. Estuvo presidido por el doctor José María Luis Mora. Atendiendo el mandato de la Ley Orgánica Provisional para el Arreglo del Gobierno Interior de Estado, formó su Constitución particular.¹³ En esa data, el primer Constituyente de la nueva entidad federativa expidió la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México; Melchor Múzquiz, coronel del Ejército y gobernador del Estado Libre y Soberano de México, fue el encargado de promulgarla. Y con ello, la segunda ley de rango supremo sobre la cual descansa el Poder Judicial.¹⁴ Con ello se fijaron los límites y se definieron las relaciones entre los poderes establecidos, cuestiones que no señalaba el Decreto no. 2, ni la Ley Orgánica Provisional para el Arreglo Interior del Estado, lo denotó esta Constitución.

En las Bases Generales para la Administración de Justicia se otorgó, como facultad exclusiva del Poder Judicial, la aplicación de las leyes en las causas civiles y criminales. En esta prerrogativa se notó la influencia de la Constitución gaditana de 1812. En la Nueva España, su vigencia de dos años, del 30 de septiembre de 1812 al mes de agosto de 1814, fue frágil y limitada.

Por todo lo dicho hasta estas líneas, no se desdeñan los cánones anteriormente señalados, tanto el Acta Constitutiva, que unificó las

¹³ ROBLES MARTÍNEZ, Reynaldo, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴ Constitución Política del Estado Libre de México de 1827. Constitución del Congreso Constituyente del 14 de febrero de 1827. Además de dicho artículo en la Constitución se señalaron puntos para enfatizar la labor del Poder Judicial:

Artículo 171. La facultad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales, pertenecen exclusivamente el Poder Judicial.

Artículo 176. Ningún Tribunal podrá suspender la ejecución de las leyes, ni hacer reglamentos para la administración de justicia.

Artículo 178. Todo tribunal civil, criminal o eclesiástico, que haya de juzgar a los súbditos del Estado, deberá residir dentro del mismo, para que sus sentencias tengan efecto en él.

Artículo 213. En el mismo lugar residirá un Supremo Tribunal de Justicia, compuesto de seis ministros letrados y de un fiscal, dividido en dos salas.

Artículo 217. Para ser magistrado del Supremo Tribunal de Justicia se requiere: ser ciudadano en el ejercicio de sus derechos, letrado mayor de treinta y cinco años, haber sido juez a lo menos por cuatro años, Consejero del Estado por el tiempo que designa la Constitución o diputados en los congresos del Estado o de la Federación.

provincias de la Nueva España en una nueva nación,¹⁵ como el Decreto no. 2 del 2 de marzo de 1824, que erigió a nuestro estado, son dos antecedentes históricos del Poder Judicial.¹⁶

El dominicano Jacobo Villaurrutia fue el primer presidente del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de México, entre los años de 1824 a 1827. El ilustre literato y doctor en leyes había ocupado puestos en la administración virreinal como alcalde del crimen, regente de la Audiencia de México y oidor de la Audiencia de Guatemala.¹⁷ Fue sucedido por el Lic. José Domingo Rus, quien también había desempeñado puestos en la administración virreinal, contaba con amplia experiencia en cuestiones forenses, era un destacado jurista, había sido diputado en las Cortes de Cádiz y oidor en la Audiencia de Venezuela.¹⁸

2. El Poder Judicial del Estado de México

El 30 de abril de 1827, el mismo Constituyente local ordenó el traslado de los poderes estatales al pueblo de San Agustín de las Cuevas (hoy Tlalpan). Empezaba el periodo de trashumancia de los poderes. Eventualmente la ciudad de Toluca sería capital del estado a partir del 12 julio de 1830. Lerma, Sultepec y Metepec fueron transitoriamente capital del Estado de México. A partir del 22 de febrero de 1848, los poderes volvieron a Toluca. Desde ese año es la capital definitiva del Estado de México.

En contraste con lo expuesto hasta líneas arriba, se había considerado que el génesis del Poder Judicial del Estado se encontraba en las normas predecesoras o emanadas a las de carácter supremo, Antonio Huitrón es ejemplo de lo anterior; pero es una de las fuentes de rigurosa consulta para conocer la historia del Poder Judicial, misma que se usará para sintetizar los años siguientes al establecimiento del Poder Judicial del Estado de México. Él sostiene que: “el Congreso Constituyente del Estado Libre, Independiente y Soberano de México, comenzó a sesionar en la sala

15 En el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana se menciona en su primer artículo que la nación mexicana se compone de las provincias en el territorio del Virreinato, antes llamado Nueva España, en el que se decía Capitanía General de Yucatán y en el de las Comandancias Generales de Provincias Internas de Oriente y Occidente.

16 Decreto sobre la Organización Provisional del Gobierno Interior del Estado de México. Decreto 2 del Congreso Constituyente del 2 de marzo de 1824. En él se menciona:

Artículo 8. El Poder Judicial del Estado reside, por ahora, en las autoridades que actualmente lo ejercen. Artículo 9. El Tribunal de la Audiencia, en las causas civiles y criminales del territorio del Estado, continuará también por ahora en el uso de las facultades que hoy tiene.

17 HUITRÓN HUITRÓN, Antonio, *op. cit.*, p. 112.

18 *Ibidem*, p. 183.

capitular del Ayuntamiento de la Ciudad de México el 2 de marzo de 1824, pero días después se trasladaron al Tribunal de la Inquisición y ahí se asentaron los tres poderes del Estado, de 1824 a 1827".¹⁹

Además, en la Ley Orgánica Provisional para el Arreglo Interior del Estado de México (publicada en 1824) se dispuso que la forma de gobierno para la naciente entidad sería republicana representativa y popular; dividiéndolo en tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.²⁰ En materia judicial, ordenaba que el Poder Judicial se ejerciera por los tribunales establecidos, o que se establecieran.

La ciudad de Toluca fue declarada capital del Estado de México, el 24 de julio de 1830,²¹ por el Congreso Constituyente de Tlalpan. Después de la presidencia de Domingo Rus, tocó el turno al Licenciado Leocadio Leguizamón (1836)²² y el doctor Agustín Pomposo Fernández de San Salvador (1837), en la presidencia del TSJ.²³

En los primeros días de Toluca como capital del Estado de México se carecía de inmuebles propios para oficinas públicas; el gobernador dispuso que se rentaran algunos para la instalación de los poderes estatales, lamentablemente ningún cronista toluqueño da cuenta en donde se estableció el TSJ.

De la relación de presidentes del TSJ, registradas en la obra de Antonio Huitrón en 1827, se señala que desde el presidente Villaurrutia todos sus sucesores en el periodo que comprende de 1838 a 1860 fueron: el licenciado Pedro Díez de Bonilla y sus congéneres Francisco de Borja Olmedo, Mariano Villela, Juan Fernández Renedo y Agustín Gómez Eriarte;²⁴ ellos dirigieron el TSJ en términos de la Constitución estatal de 1827.

¹⁹ *Ibidem*, p. 103.

²⁰ Ley Orgánica Provisional para el Arreglo del Gobierno Interior del Estado Libre, Independiente y Soberano de México, *op. cit.*

Artículo 7º. El Gobierno del Estado para su ejercicio se divide en los tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y jamás podrán reunirse dos o más de estos en una corporación o persona, ni depositarse el Legislativo en un individuo.

²¹ Decreto núm. 30, del 24 de julio de 1830.

²² Se presume que se hizo cargo de la presidencia en 1836, cuando aún era fiscal, la referencia que más aporta datos para dicho periodo es HUITRÓN HUITRÓN, Antonio, *op. cit.*, pp. 590-591.

²³ A partir de aquí se utilizará la sigla TSJ para referirse a Tribunal Superior de Justicia.

²⁴ El autor escribe Eriarte y Eguiarte indistintamente, visto en HUITRÓN HUITRÓN, Antonio, *op. cit.*, pp. 591-592.

En el Estatuto Provisional para el Gobierno Interior del Estado de México de 1855, promulgado por el gobernador y comandante del Estado de México, C. Plutarco González, dicho documento se hizo de acuerdo con el artículo 4° del Plan de Ayutla. La entidad se sujetó hasta 1860, estando como presidente del TSJ el licenciado Gómez Eguiarte. El Estatuto retomó lo expresado en los ordenamientos normativos que precedieron al Poder Judicial: el Acta Constitutiva de la Federación, el Decreto número 2, del 2 de marzo y la Ley Orgánica Provisional para el Arreglo del Gobierno Interior del Estado que en la capital del estado habría un TSJ, sólo modificando su composición, de nueve magistrados y dos fiscales.

En plena guerra de intervención francesa gobernó el Estado de México el general Felipe Berriozábal, quien promulgó el 17 de octubre de 1861 la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México. En el artículo 118, conservó la estructura del TSJ enunciadas en el mandato del Estatuto Provisional de 1855, sin embargo la reforma del 6 de febrero de 1869 modificó de nuevo su composición regresando a tres magistrados y un fiscal.

Ya con la Constitución de 1861 en vigor, los licenciados Sabás Iturbide y Simón Guzmán se alternaron en el cargo de presidente del TSJ; el segundo lo hizo en dos ocasiones, quizá de manera eventual; además, Antonio Huitrón situó en ese mismo lapso al licenciado Antonio Zimbrón.²⁵

A causa de la guerra de intervención, en 1862, el Gral. Felipe Berriozábal dejó la gubernatura del estado y el presidente del TSJ, el Lic. Pascual González Fuentes por ministerio de la ley se hizo cargo del Poder Ejecutivo.²⁶

En 1867, el fin del Segundo Imperio Mexicano, con la entrada de las tropas republicanas y el presidente Benito Juárez a la capital de la República Mexicana, comienza la reorganización del país.

En el Estado de México, para 1868, la composición del TSJ dejó al Lic. Simón Guzmán como presidente y una serie de liberales toluqueños, algunos de ellos de clase media, comenzaron a democratizar esta institución, pues más allá de influencia política, profesionistas de origen humilde tuvieron la posibilidad de convertirse en magistrados.²⁷

25 *Ibidem*, pp. 593-594.

26 *Ibidem*, p. 262.

27 *Ibidem*, p. 271.

El 18 de octubre del año de 1870, una nueva Constitución fue promulgada en el Estado de México por el gobernador Mariano Riva Palacio. El TSJ fue presidido desde 1870 y hasta 1883, por: Valentín Gómez Tagle, Carlos Alcántara, José Zubieta y Camilo Zamora; cabe señalar que Zubieta se separó de sus cargo como presidente del TSJ debido a la muerte del gobernador Juan N. Mirafuentes, y por ministerio de la ley se hizo cargo del Ejecutivo Estatal; este personaje fue el operador político del porfirismo en el estado, por ello Camilo Zamora cubrió el trienio de 1883 a 1889. También se menciona al licenciado J. Trinidad Dávalos durante la gestión de Zamora, a ellos les sucedió en el cargo el licenciado Eduardo Villada, quien fue presidente en los años 1889-1894,²⁸ hermano del gobernador Gral. José Vicente Villada, gobernador del Estado de México durante la segunda mitad del Porfiriato.

El último presidente del Tribunal del siglo XIX fue el licenciado Camilo Zamora, su gestión fue de cinco años concluyendo su periodo en el año de 1900.

El periodo de 1870 a 1895, todos los presidentes, despacharon desde las oficinas del Palacio de Justicia, sito en la antigua calle de la Ley en Toluca,²⁹ fue inaugurado el 16 de septiembre del año de 1874, por el gobernador Licenciado Alberto García.

Con la Constitución estatal de 1870, fueron presidentes en el primer quinquenio del siglo XX los señores licenciados Eduardo Villada y Camilo Zamora.

Después, de 1905 a 1910, el Tribunal Superior de Justicia fue presidido por el C. Celso Villavicencio, maestro del Instituto Literario de Toluca, y Felipe N. Villarello; en ese periodo también ocupó dicho cargo el licenciado Carlos Castillo, quien prolongó su gestión hasta 1914. Después, el licenciado Crescencio Carreño y el licenciado Gustavo A. Vicencio estuvieron un año cada uno respectivamente.

Durante la Revolución mexicana, el Poder Judicial estatal se vio forzado a suspender labores por semanas e incluso meses. El gobernador Manuel

28 *Ibidem*, p. 319. Cabe señalar que José Zubieta gobernó el Estado de México de 1879 a 1889, durante este periodo su mandato fue interrumpido por breves interinatos de Juan Chávez Ganancia y Mariano Zúñiga y un año en que el gobernador fue, Jesús Lalanne. Finalmente, en 1889 el Gral. José Vicente Villada asumió el gobierno del estado y no lo dejaría hasta su muerte en 1894.

29 En la actualidad es la Avenida José Vicente Villada.

Medina Garduño³⁰ manifestó en sus informes de gobierno que: “en lo que tocaba a la administración de justicia había muchos obstáculos para su desempeño tales como: la irregularidad en las comunicaciones, falta de personal y renuncia de jueces”.³¹ En 1914 la ciudad de Toluca fue tomada por el Ejército Zapatista y fue designado como gobernador al coronel Gustavo Baz Prada.

Con la nueva Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, promulgada por el general Agustín Millán, gobernador constitucional del Estado de México, el 8 de noviembre de 1917 fueron designados, para cubrir el Tribunal Superior de Justicia en el periodo 1917-1920, los licenciados Arcadio Villavicencio y Joaquín García Luna, quien durante la ausencia del gobernador Millán ocuparía la gubernatura interina.³²

En los años siguientes, de 1921 a 1923, el licenciado Salvador Trueba y el también licenciado y exdirector del Instituto Literario de Toluca, Agustín González Plata, despacharon como presidentes en el Palacio de Justicia de la ciudad de Toluca.

El licenciado Rafael García atendió los asuntos de la presidencia del TSJ en el tercio formado por los años 1924 a 1927. En ese mismo lapso, aparece el nombre del licenciado Francisco Carbajal Bahena, como presidente interino o provisional. Posteriormente, sería electo por sus compañeros para cubrir un trienio como presidente del Tribunal. Eso sería en los años 1932 a 1935.³³

El licenciado Donaciano S. García Ordóñez presidió el TSJ a partir del año 1930. El licenciado Alfonso Flores Mirafuentes ocupó el despacho de la presidencia del TSJ, en el trienio de 1936 a 1939.

3. Semblanzas

Las semblanzas que se reconstruyen a continuación fueron elaboradas con la información proporcionada por los familiares de los presidentes.

30 Luego de la caída de Porfirio Díaz, el gobernador del estado Fernando González lo acompañó a su exilio en Francia, lo sucedió Manuel Medina Garduño como gobernador, quien ocupó el puesto de octubre de 1911 a marzo de 1913. Posteriormente José Refugio Nepomuceno Velasco sería el gobernador hasta que el “Ejército Libertador del Sur” tomara la capital y designara a su propio mandatario.

31 HUITRÓN HUITRÓN, Antonio, *op. cit.*, p. 357.

32 *Ibidem*, p. 391. El coronel Agustín Millán dejó la gubernatura para apoyar al presidente Venustiano Carranza luego de la Rebelión de Agua Prieta y moriría a su lado en Tlaxcalaltongo, Puebla.

33 *Ibidem*, p. 599.

3.1. Donaciano S. García Ordóñez

Nació en el poblado de San Miguel Ameyalco, Estado de México, el 24 de mayo del año de 1888; falleció en la Ciudad de México en el mes de agosto de 1952, a la edad de 64 años.

Una mañana del año 1900, a los doce años de edad, abandonó su pueblo natal, en compañía de su padre, para dirigirse a la Villa de Lerma. En la estación de esa población, abordó el tren en el que llegaría a la capital del Estado de México, donde quedaría inscrito, al día siguiente, en el Instituto Literario.

Desde niño, durante su educación elemental, mostró excepcionales atributos intelectuales, desenvolviéndose como un estudiante destacado. Esa cualidad le acompañaría, durante sus estudios de educación media y superior; en el claustro del antiguo Instituto Literario del Estado de México ubicado en la ciudad de Toluca.

Al transcurrir un año de su estancia en el Instituto, en corros ocasionales, sus condiscípulos y él escucharían de alumnos que les antecedieron la historia que, de tanto contarse, terminó convirtiéndose en leyenda, la de Ignacio Manuel Altamirano.

En más de una ocasión el nobel institutense comparó su origen sencillo con el del estudiante nativo de Tixtla, Guerrero. Fue su ejemplo a imitar; a seguir. Su consagración en el conocimiento de las disciplinas científicas, exactas y humanistas le conllevaría a adquirir, como se lo propuso, una formación más que profesional, intelectual, que le dio cualidades de un hombre dotado de una cultura universal.

Quienes le conocieron destacaron que por su precoz inteligencia y su inclinación por el estudio sería uno de los alumnos más sobresalientes de su generación. Su calidad profesional, tanto en el ejercicio del derecho, la aplicación de justicia y en el servicio público, como eventual titular del Poder Ejecutivo, lo enaltecerían.

Autores destacan en las siguientes líneas su talento juvenil y su probo desempeño como magistrado presidente del TSJ. El jueves 11 de septiembre de 1952, a escasos días de su muerte, el profesor y poeta Heriberto Enríquez, en su columna habitual, escribió en la página tres del recordado diario toluqueño “El Demócrata” una remembranza que dice lo siguiente:

En enero de 1909, siendo director del Instituto Científico y Literario de Toluca, el ingeniero y doctor Emilio G. Baz, y el suscrito, secretario. Siendo el ingeniero Baz, un buen madrugador, un día a la hora del acuerdo pregunta ¿Quién es el alumno que viene a estudiar antes que haya luz natural, a la luz del débil foquito del vestíbulo?

—Es Chano García, señor director, contesté inmediatamente.

—Ojalá tuviéramos muchos como él-, comentó don Emilio.

—Cuando alguien -continúa escribiendo el bardo de Toluca- en los pocos momentos de descanso que Chano se concede, le preguntaba:

—¿Por qué te matas estudiando?

A lo que él contestaba:

—A eso vengo hermano.

Quizá como el héroe mexicano pensaba: “No tenemos obligación de vencer, pero sí el deber de luchar sin tregua”.

Por haber estudiado la carrera de jurisprudencia, en la escuela del Instituto Científico y Literario de Toluca, es considerado como hijo nato del legendario colegio mayor de nuestro estado. En la Escuela de Jurisprudencia fue alumno de los eméritos profesores: Genaro Barrera, Garduño Zepeda, Carlos A. Vélez, Eduardo Villada, Felipe N. Villarello, Joaquín García Luna, Agustín González, Francisco Uribe, Gustavo A. Vicencio y Eduardo García. Sus condiscípulos fueron: David Espinoza García, Adolfo, Alfredo, y Alfonso Ortega Olivera, Antonio del Moral, Benjamín Santín, Sotero Buenavista, Marcelino Suárez, Luis Baz, E. Guadarrama, Silviano García, Miguel Garfías y Guillermo Aguilar.

Ante el Jurado Certificador, el día 3 de febrero de 1917, sustentó el examen correspondiente para ejercer la carrera de Abogado en los Tribunales de la República, el cual aprobó.

El gobernador constitucional del Estado Libre y Soberano de México, general Abundio Gómez, le expidió el título de Abogado de los Tribunales de la República, el día 31 de marzo de 1922.³⁴ Una vez obtenido el título profesional, fue maestro de la Escuela de Jurisprudencia del Instituto.

En el año de 1915 contrajo nupcias, a la edad de 27 años, con la señora Isabel Crotte y Pérez, con quien procreó nueve hijos: Leopoldo, Raquel,

³⁴ El título fue registrado en la foja 40 y vuelta, con el número 6 del libro respectivo de la Dirección General de Educación Pública, a cargo del licenciado Agustín González Plata, el 31 de marzo de 1922. Y en el libro respectivo, a fojas 20 frente y vuelta con el número 119 de la Secretaría de Acuerdo del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, el 6 de abril de 1922. En la Dirección General de Profesiones, de la Secretaría de Educación Pública, se asentó el registro del título en la foja seis, de licenciados en Derecho, bajo el número 231. Le fue expedida la Cédula núm. 9950, el 7 de octubre de 1948.

Serbella, Gerardo, Blancanieves, Adolfo, Silvia, Rosa Oralia y Arsenia, ésta última fallecida a los tres años de edad.

Por sus méritos teóricos, en su calidad de pasante fue secretario de la Escuela de Jurisprudencia. Se desempeñó como juez de Primera Instancia, fue juez Civil en el Distrito Judicial de Jilotepec y en el Distrito de Ixtlahuaca y Juez Penal, entre 1917 y 1921. En la ciudad de Toluca, ocupó el cargo de juez segundo civil en los años de 1921 a 1923. Desde 1923 a 1927 se desempeñó como magistrado en el TSJ del Estado de México. En el año de 1928, el Pleno lo eligió como presidente del TSJ. Al concluir su periodo en 1934, pasó a integrar la sala como magistrado, hasta 1943.

Siendo presidente del TSJ, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano del Estado de México le facultaba suplir por ministerio de ley las ausencias del gobernador del Estado de México. Y lo hizo en el año de 1929, cubriendo una eventual separación del gobernador coronel Filiberto Gómez.

Como encargado de Despacho del Poder Ejecutivo, hizo saber a los habitantes de la entidad:

Que la Secretaría de Estado y del Despacho de Gobernación le ha comunicado un Decreto, con el que Emilio Portes Gil, Presidente Provisional de los Estados Unidos Mexicanos les hace saber, la validez de las elecciones extraordinarias de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, efectuadas el 17 de noviembre de 1929, en las que resultó electo el C. Pascual Ortiz Rubio.³⁵

De su prestigio académico y calidad humana, como un homenaje póstumo, el licenciado Enrique González Vargas, el 1º de agosto de 1958, en el diario vespertino El Noticiero, escribió:

Maestro sencillo, de expresión clara, explicó el derecho penal basado en su amplísima experiencia, dotando a quienes fuimos sus alumnos de sabios consejos y de un criterio realista pero justo. Infatigable en el trabajo, dejó una rica herencia de ejemplos y de buenas memorias que han dejado por escrito cuando amigos y familiares no ocupan cargos públicos.

³⁵ El decreto fue publicado el 4 de diciembre de 1929.

El recordado maestro González Vargas elogió los principios y las virtudes del licenciado Donaciano S. García Ordóñez: “Sobrio, recto y humilde, nunca perdió su tiempo en hacer méritos retratándose en todas partes con los políticos en turno”.

Humilde fue su origen; humilde en su vida profesional. Humilde siguió siendo cuando fue presidente del TSJ del Estado de México. Con puntualidad desempeñó las funciones y atribuciones de gobernador al hacerse cargo por ministerio de ley, del Poder Ejecutivo estatal.

3.2. Edmundo Durán Castro

De raíces consanguíneas mexiquenses, el licenciado Edmundo Durán Castro nació en la Ciudad de México, el 13 de abril de 1915. Durante sus primeros años en el seno de su hogar paterno disfrutó de los cuidados que toda abnegada madre tiene para con sus hijos. Cuando era pequeño, a la edad de seis años, su señor padre lo inscribió como alumno en el Colegio Morelos, del Instituto México. Cursó en ese plantel, entre los años 1922-1927, la educación básica.

Por la calidad de la enseñanza y prestigio del famoso colegio, su progenitor determinó que cursara en el mismo, la educación media básica. Cubrió ese ciclo formativo en el bienio 1927-1929. Continúa en los años 1930-1932, en el mismo instituto, los estudios de preparatoria.

En años de estudiante preparatoriano, compartió las aulas con jóvenes que destacarían como profesionistas en distintas áreas del servicio público. Hugo B. Margáin, licenciado en Derecho, sería embajador de México ante el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica durante los mandatos de los presidentes de la República Gustavo Díaz Ordaz y José López Portillo; Carlos Lazo, arquitecto, despacharía como titular, la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, en el gobierno del presidente Miguel Alemán; Miguel Limón Díaz, licenciado en Derecho, así como Luis Nicolin. El primero, años más tarde, fue notario público en la Ciudad de México; el segundo fue un eminente abogado del Foro del Distrito Federal. Otro joven estudioso de la Astronomía fue Guillermo de Haro, a quien por sus trabajos de investigación cósmica el Estado mexicano le confirió la Dirección del Observatorio de Tonantzintla.

Eminente maestro titular de Derecho Civil I y II; de Garantías y Amparo, por más de veinticinco años en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, en los años sesenta del siglo XX, tuvo

también como condiscípulos a Antonio Francoz Rigalt y Rafael Rangel Frías. El primero representaría a México ante la Organización de Aviación Civil (OACI) de la Organización de las Naciones Unidas; el segundo gobernaría el Estado de Nuevo León.

A ese grupo de mexicanos, diplomáticos, políticos, abogados humanistas, científicos, técnicos, perteneció el políglota, maestro y culto jurisconsulto Edmundo Durán Castro.

Manifestó sentir vocación para cursar una de las carreras humanistas que ofrece la Universidad Nacional de México, ingresó a la Facultad de Jurisprudencia. Terminó con honores de estudiante destacado, sus estudios en el año de 1937.

El 3 de octubre de 1941 presentó el examen profesional en la Escuela de Jurisprudencia de la Máxima Casa de estudios. Integraron el sínodo que lo examinó el licenciado Gabriel García Rojas, como presidente; el licenciado Francisco Lazo, como secretario, y los licenciados Francisco H. Ruiz, Daniel J. Bello y Leopoldo Aguilar, como vocales. El dictamen del jurado reza en el acta: "Aprobado por Unanimidad de Votos", con mención honorífica a la tesis. El título de ésta fue "La crítica del precontrato. Última orientación en materia contractual".

El 26 de abril de 1944, la misma institución educativa le otorgó el Título de licenciado en Derecho. Firmó el preciado documento, el rector, doctor Rodolfo Brito Foucher.

De entre las actividades realizadas como abogado en la Ciudad de México, desempeñó el cargo de secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Sala Administrativa.

Asimismo, trabajó con el presidente de la Junta de Conciliación y Arbitraje, el Licenciado Romeo León Orantes.

Por invitación del entonces gobernador del Estado de México, el ingeniero Salvador Sánchez Colín, llegó a la ciudad de Toluca en el año de 1951.

Propuso al jefe del Ejecutivo estatal la creación del Departamento Jurídico, Consultivo y de Legislación. Aprobada la sugerencia, el gobernador lo designó como jefe de ese Departamento. Desde ese espacio institucional, operó su dinámica intelectual en materia jurídica. En 1956, a su iniciativa

se reformaron los Códigos Civil, y de Procedimientos Civiles del Estado de México. Proyectó y elaboró la Ley de Fraccionamientos de la entidad. Conjuntamente con el licenciado Felipe Molina Reyes, preparó un Código Penal.

Fue autor de reglamentos y proyectos de decretos. Entre los primeros, destacan el Reglamento de Mercados; el de la Ley Inquilinaria y los de las Leyes Agropecuarias. Además, planeó y propuso al Ejecutivo estatal los Reglamentos para regular los Estacionamientos Públicos y los de Vialidad Municipal.

Paralelamente a esas funciones gubernamentales, ejerció desde 1953 la cátedra en la Escuela de Jurisprudencia del Instituto Científico y Literario Autónomo (ICLA). Le asignaron el 2° Curso de Derecho Civil. Conceptos de esta disciplina conocieron varias generaciones de estudiantes, aspirantes todos, a convertirse en abogados.

En el año de 1954, la Asamblea General de Maestros de esa escuela lo eligió como representante propietario ante el H. Consejo Técnico del ICLA. Recibió del director, ingeniero José Ramírez Ruiz, el documento que lo acreditó como representante del claustro académico de la Facultad de Jurisprudencia.

En reconocimiento a su formación profesional y fama de hombre culto, formó parte de los clásicos concursos de oratoria, organizados por los dirigentes juveniles del Instituto. Compartió la mesa del sínodo, con los maestros Guillermo Molina Reyes, Juan Josafat Pichardo, Antonio Mena Brito y Enrique González Vargas.

Familiarizado con el juicio de amparo, dictó conferencias en el Aula Suprema del Instituto Científico y Literario Autónomo, tanto para los abogados del foro toluqueño como para los estudiantes de derecho. Por dominar magistralmente esa figura, a su charla la denominó "La deformación del Juicio de Amparo mexicano en la actualidad".

Uno de sus trabajos galardonados en el Concurso Nacional sobre Estudios del Juicio de Amparo fue "Suplencia de la queja en el Juicio de Amparo". El Colegio de Secretarios de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, organizador del certamen, le adjudicó el Segundo Lugar. Esto, en el año de 1978.

Por su cultura jurídica, por su muy peculiar estilo de impartir clase para la transmisión de sus conocimientos, muchos de sus alumnos lo recuerdan

gratamente; incluso quienes dudaban hacer esos estudios en su cátedra depositaron el origen de su vocación por conocer la teoría y la doctrina del derecho, a muchos años, reconocen cómo sus disertaciones influyeron en su ánimo.

En el mes de diciembre de 1951, el gobernador Sánchez Colín lo nombró magistrado del TSJ del estado. Cubrió el periodo que comprenden los años 1952 a 1955.

En ese lapso fue electo por el Pleno como presidente del máximo tribunal de justicia del estado. En el mes de enero de 1955, entregó el cargo al licenciado Roberto G. Muñoz.

Como magistrado, fue representante del Poder Judicial en el Consejo de la Dirección de Pensiones. En las sesiones deliberativas, habló por los trabajadores del Estado afiliados a esa dependencia de seguridad social.

El gobierno del Estado de México continuó aprovechando su calificado profesionalismo. Al separarse del Poder Judicial, el gobernador Sánchez Colín lo nombró secretario del Comité Especial para la Ejecución del Sistema de Obras de Comunicación y Urbanización de los Municipios de Cuautitlán, Naucalpan, Tlalnepantla y Tultitlán.

Por la obra social, hecha a favor de comunidades de esa zona limítrofe con el Distrito Federal, fue reconocido como un hombre solidario con la sociedad. Vecinos del Fraccionamiento Venustiano Carranza, en Iztacala, del municipio de Naucalpan, México, además de entregarle las llaves como visitante distinguido, le pusieron su nombre a una de sus arterias principales. Otra calle que lleva su nombre se encuentra en San Juan Ixhuatepec, municipio de Tlalnepantla, México.

Como presidente del TSJ, propuso en sesión de Pleno a los magistrados el uso de toga y birrete, en las sesiones plenarias con el carácter de solemnes.

Por primera vez en la historia de la justicia en el Estado de México, el TSJ rindió tributo a un abogado de renombre universal. El presidente Edmundo Durán Castro y el Pleno ofrendaron un homenaje al jurista italiano Piero Calamandrei el 25 de febrero de 1952.³⁶ Este hecho sorprendió tanto al gobernador Sánchez Colín como a los ministros de la Suprema Corte

³⁶ Véase HUITRÓN HUITRÓN, Antonio, *op. cit.*, pp. 446 y 449-452, en donde se pueden revisar algunos

de Justicia de la Nación Teófilo Olea y Leyva, Luis Franco Carrillo, Gabriel García Rojas, Alfonso Franco Carreño; como al licenciado Ramón Arana Urbina, cuando se dirigió al homenajeado, en su lengua nativa: el italiano. Explicó con ese idioma al invitado especial el sistema judicial del Estado de México y destacó la influencia doctrinaria de sus tratados procesalistas en la formación de los estudiantes mexicanos y en la actuación de los ministros, magistrados y jueces, de los tribunales de la República.

Después, el autor italiano disertó su magistral conferencia intitulada “De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados”, dirigida a los ministros de la Corte, a los abogados toluqueños, asociados en el Colegio de Abogados del Estado de México, A. C. y a los magistrados y jueces de los órganos jurisdiccionales de la entidad.

Don Edmundo era políglota, además de hablar italiano, dominaba el alemán, francés, inglés y latín; el español lo escribió y habló con excelente propiedad.

Jurista al fin, el expresidente del TSJ del Estado de México escribió El precontrato, publicado en primera edición por la prestigiada Editorial Cajicá, de la ciudad de Puebla, Puebla. Una segunda edición la patrocinó la Tesorería del Departamento del Distrito Federal, en el año de 1979. El profesor Carlos Hank González era en ese año jefe del Departamento del Distrito Federal.

Además de servir a las instituciones del Estado, el licenciado Edmundo Durán Castro por su fe religiosa aceptó servir a la Iglesia católica. El obispo de Toluca, monseñor Arturo Vélez Martínez, lo nombró en el año de 1955 asesor jurídico de la Diócesis toluqueña. Antes había sido vocal del Consejo de Administración del mismo obispado. Como generoso fiel eclesial, en el año de 1954 fue representante jurídico del Comité Pro Restauración Material del templo de San Juan Evangelista de la capital mexiquense.

Un hombre como él fue digno de homenajes. El Colegio de Abogados del Estado de México, A. C. en mérito al ejercicio de la abogacía y por su alto nivel académico, le otorgó un diploma, rubricado por el presidente Víctor Mulhia Melo y por el secretario Juan Nava Arellano.

El Instituto Mexicano de Derecho Procesal y el Colegio de Abogados del Estado de México, A. C. le entregaron un diploma en mérito a su participación como congresista, en el “VI Congreso Nacional de Derecho Procesal”.

detalles de la ceremonia mencionada y una fotografía donde se aprecian a algunas autoridades presentes aquel día.

Además, recibió felicitación especial del gobernador profesor Carlos Hank González y del rector de la Universidad Autónoma del Estado de México, ingeniero Químico Jesús Barrera Legorreta.

Una editorial norteamericana, en el catálogo “Who’s Who in the World”, integró su amplio curriculum vitae. Ejemplares de ese volumen están en bibliotecas renombradas del mundo.

En 1990, la Dirección de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, en su memoria, puso su nombre a uno de sus auditorios.

La Escuela Judicial del Estado de México, como homenaje póstumo nombró en el año de 1997 a su Biblioteca “Edmundo Durán Castro”.

Siendo director jurídico del Departamento del Distrito Federal y asesor legal del regente, profesor Carlos Hank González, falleció el 9 de febrero de 1979.

3.3. Gustavo Barrera Graf

El licenciado Gustavo Barrera Graf (“Gustavito” como le llamaban con aprecio algunos magistrados del TSJ) nació en la ciudad de Toluca el día 8 de junio de 1914. De su matrimonio con la señora Lucía Echeverri, nacieron sus hijos: Lucía Margarita, Gustavo Adolfo, Oscar, Eduardo, Alejandro Sergio y Carlos Enrique, evocan en este año (2014), con todo el cariño que un hijo pueda prodigar a su progenitor, el Centenario de su Nacimiento. ¡Qué más hubiesen querido!, que su señor padre alcanzará en vida el año cien de su natalicio. No fue posible. Abandonó este mundo cuando vivía el año 73 de su fecunda existencia.

Sus padres fueron el licenciado Jenaro Barrera Garza, oriundo de Lampazos, Nuevo León y la señora Margarita Graf, hija del emprendedor industrial don Santiago Graf. De ese tronco conyugal provenían él y sus hermanos, Jenaro, Fernando, Jorge, Sergio, Margarita y Elena.

El licenciado Barrera Garza atendió la presidencia del TSJ, en el año de 1941, durante el mandato del gobernador Alfredo Zárate Albarrán.

A los 24 años de edad, el joven Gustavo —una vez cubiertos los ciclos de educación básica, media superior y superior— recibió el título

de licenciado en Derecho, el 20 de octubre de 1938, previo examen recepcional, en la Ciudad de México, Distrito Federal, en la Universidad Autónoma Nacional de México. El documento está signado por el rector, doctor Gustavo Baz Prada, y por el secretario General, licenciado Mario de la Cueva.

En reconocimiento a sus méritos profesionales, el gobernador, doctor Gustavo Baz Prada, en años de su sexenio (1957-1963), lo condecoró con una venera, otorgada por su gobierno.

En el mismo año, antes de obtener el título universitario, ingresó al servicio público mexicano. El 1° de abril de 1938, fue designado agente del Ministerio Público en Tlalnepantla, México. Dejó esa población el 31 de diciembre de ese año, para continuar desempeñando el mismo cargo en la ciudad de Toluca, desde el 1° de enero de 1940 hasta el 15 de enero de 1941. Al día siguiente, el secretario general de Gobierno, licenciado Juan Fernández Albarrán le designó como Oficial Mayor de esa dependencia del Ejecutivo estatal. Gobernaba la entidad, el coronel Wenceslao Labra.

El 15 de septiembre de 1941, el gobernador Labra le entregó la titularidad del Poder Ejecutivo al senador Alfredo Zárate Albarrán, electo gobernador constitucional del Estado de México en el mes de julio anterior.

Las circunstancias o quizás la competencia demostrada en su trabajo al frente de la Oficialía Mayor de la Secretaría General de Gobierno convencieron al licenciado Juan Fernández Albarrán para invitarlo a formar parte de la planilla postulada por el Partido de la Revolución Mexicana (PRM) para la elección de presidente municipal de Toluca. Fue candidato a síndico municipal. Tomó posesión de la sindicatura, el 1° de enero de 1942. El 31 de diciembre de 1943, al concluir el periodo para el que fue electo, se dedicó a ejercer su profesión.

Quince años más tarde, retornó a la sindicatura municipal. El 7 de noviembre de 1957, recibió del presidente y secretarios de la Junta Computadora de Votos, emitidos para las elecciones de ayuntamientos y jueces municipales, la certificación que lo acreditó como síndico propietario del H. Ayuntamiento de Toluca, electo por Mayoría de Votos.

La amistad con don Juan Fernández Albarrán continuó. El político toluqueño no lo olvidó; lo tuvo presente. El 15 de septiembre de 1963, al protestar como gobernador constitucional del Estado de México, lo invitó

a colaborar en su gabinete. El 16 de septiembre, Barrera Graf recibió el nombramiento de secretario general de Gobierno. Éste es, hasta la fecha en el ámbito gubernamental, el puesto más importante, sólo después del cargo de gobernador.

Cumplida la misión retornó a su bufete, puso al servicio de la sociedad su capacidad y prestigio profesional. Con meticulosidad, con esmero, atendió los asuntos que los ciudadanos de Toluca y el Estado de México, le confirieron.

En un lapso de diez meses, entre el 16 de octubre de 1973 y el 31 de julio de 1974, se desempeñó como jefe de Sección en el Instituto de Seguridad Social del Estado de México y Municipios (ISSEMYM).

El 1º de agosto de 1979, el gobernador del Estado de México, doctor Jorge Jiménez Cantú lo designó magistrado del TSJ, cargo que desempeñó hasta 1987. Ocho años los dedicó a juzgar y resolver asuntos judiciales en segunda instancia.

Falleció siendo presidente del TSJ, en abril de 1987.³⁷

El Aula Mayor de la Escuela Judicial del Estado de México en homenaje permanente a su recuerdo, se llama: "Licenciado Gustavo Barrera Graf".

4. Bibliohemerografía

Bibliografía

HUITRÓN HUITRÓN, Antonio, *El Poder Judicial del Estado de México*, t. I, Toluca, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 1991.

MACUNE JR, Charles W., "El federalismo" en *Historia General Ilustrada del Estado de México*, Vol. 4, Zinacantepec, El Colegio Mexiquense-Gobierno del Estado de México-Poder Judicial del Estado de México-LVII Legislatura del Estado de México, 2011.

PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO, *1er Informe Desarrollo Estratégico Sergio Javier Medina Peñaloza 2015*, Toluca, Poder Judicial del Estado de México, 2015.

³⁷ HUITRÓN HUITRÓN, Antonio, *op. cit.*, pp. 551-553. Gustavo Barrera Graf se desempeñó como presidente del TSJ del Estado de México de 1981 a 1987.

ROBLES MARTÍNEZ, Reynaldo. Las Constituciones del Estado de México y sus reformas: 1824-2008, México, Instituto de Estudios Legislativos de la LVI Legislatura del Estado de México, 2008.

Electrónicas

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Datos del Censo de Población de 2010, <http://www.beta.inegi.org.mx/app/areasgeograficas/?ag=15>

Legislación

Acta Constitutiva de la Federación Mexicana. Decreto del Congreso Constituyente Mexicano del 31 de enero de 1824.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824.

Decreto sobre la Organización Provisional del Gobierno Interior del Estado de México. Decreto no. 2 del Congreso Constituyente del 2 de marzo de 1824.

Ley Orgánica Provisional para el Arreglo del Gobierno Interior del Estado Libre, Independiente y Soberano de México. Decreto no. 18 del Congreso Constituyente del 7 de agosto de 1824.

5. Anexo fotográfico

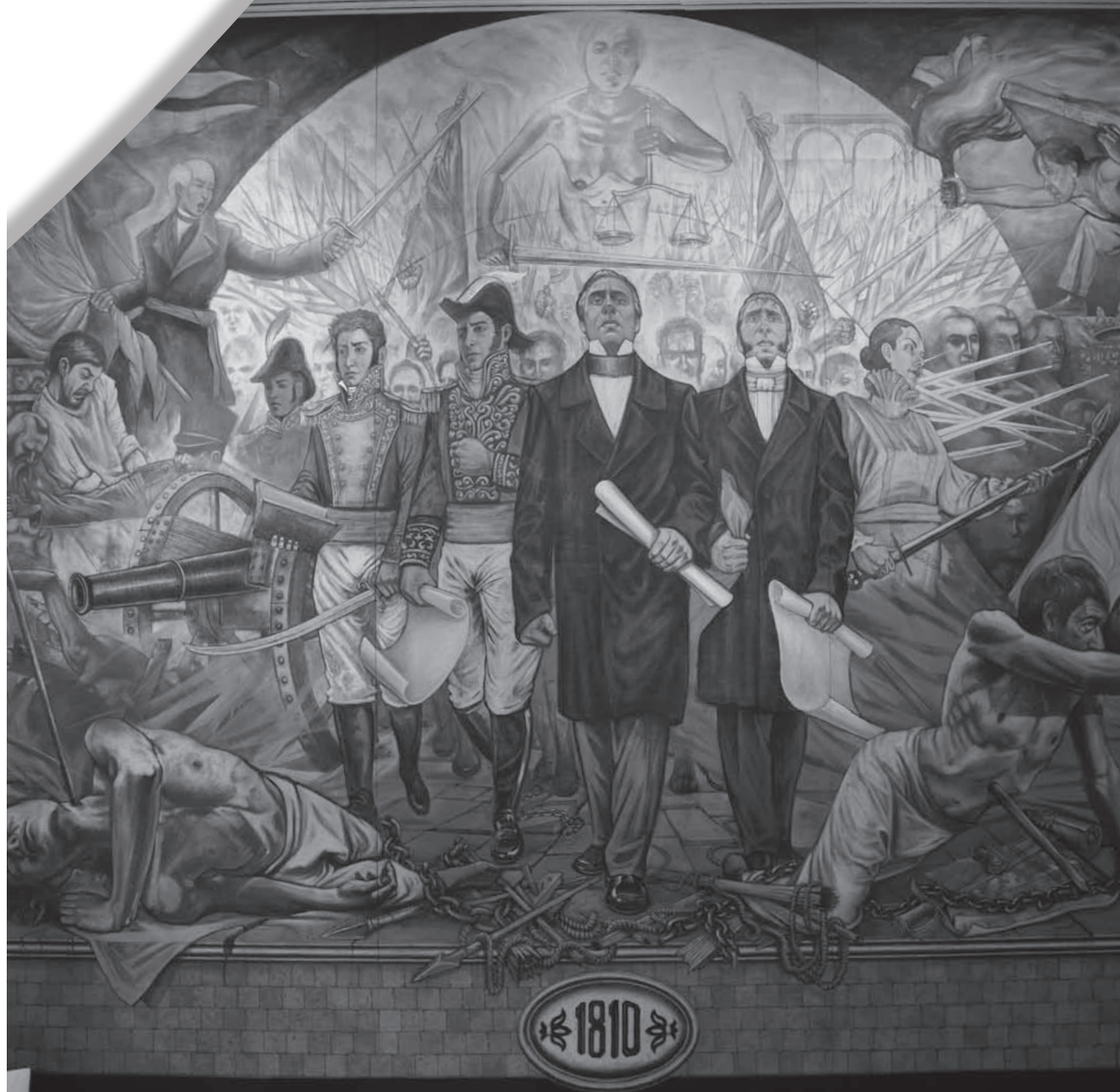


Imagen 1: Fachada del Antiguo Palacio de Justicia: “Nace el Sol de Toluca al inicio de la era de Los Cachorros de la Revolución”, en El Sol de Toluca, martes 23 de mayo de 2017, p. 11-A.



Imagen 2: Palacio de Justicia: Epiqueya. Equidad Mexiquense, órgano de difusión del Poder Judicial del Estado de México. Revista Trimestral, Año 7, núm. 22, enero-marzo 2016, p. 36.

RESEÑAS



Nota: las obras que se reseñan en esta revista están disponibles para todos los funcionarios judiciales mediante el sistema de consulta y préstamo de la Biblioteca de la Escuela Judicial del Estado de México (ver Lineamientos sobre su funcionamiento en la Sección Documentos).

García Cordero, Fernando, Retos del Sistema Penal Acusatorio. En los 75 años de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, UBIJUS, 2016, 73 pp.

Ha transcurrido un año desde que entró en vigor el nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio y son varias las opiniones que critican su aplicación, cuestionan su viabilidad e incluso, proponen una modificación de fondo, ya que —desde su perspectiva— éste no ha demostrado ser eficaz para el control de los niveles de delincuencia en el país.

En definitiva, el Sistema Penal Acusatorio tiene diversas áreas de oportunidad que deben seguirse trabajando de manera conjunta entre sus operadores. Asimismo debe reflexionarse sobre sus alcances y límites, sobre sus particularidades —incluyendo a su ordenamiento legal: el Código Nacional de Procedimientos Penales— y someterlo a la discusión. En este sentido, el Dr. Fernando García Cordero analiza en esta obra una serie de retos por los que los operadores del sistema y la ciudadanía tendrán que sortear para lograr una mejor administración de justicia.

Es importante aclarar que el libro fue publicado unas semanas antes de que entrara en vigencia el sistema oral (en el marco de la celebración del 75° aniversario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales), sin embargo, la crítica que elabora el autor nos invita a la reflexión sobre algunos puntos problemáticos que siguen vigentes. Además, un aporte es el hecho de que conecta el tema con el contexto social, político, económico e histórico del país a partir de un enfoque multidisciplinario.

La obra consta de prólogo, introducción y tres capítulos: capítulo 1. La Academia Mexicana de Ciencias Penales: origen y destino; 2. El sistema de justicia penal: tres modelos históricos y 3. El sistema penal acusatorio: retos y desafíos.

En el primer capítulo, el autor —miembro numerario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales (AMCP)— refiere los aportes con los que ha contribuido la institución a lo largo de sus 75 años de existencia en la materia, así como de la labor de investigación y de difusión realizada mediante la celebración de cursos, mesas redondas, conferencias; la publicación de libros y de la Revista Criminalia; los proyectos en colaboración con otros organismos. Del mismo modo menciona algunas de las deficiencias de la AMCP, por ejemplo, el hecho de no contar con instalaciones propias para mantener un acervo bibliográfico penal

exhaustivo. Considera que el marco del 75° aniversario, es un marco propicio para hacer una reflexión de los logros alcanzados pero también de lo que falta por hacer en aquella institución.

En el siguiente capítulo, el Doctor García Cordero presenta tres modelos de justicia penal que se han aplicado a lo largo de la historia: el inquisitivo, el mixto y el oral acusatorio. El propósito es que mediante el estudio de sus características se observen diferencias y aspectos negativos que se fueron arrastrando de un sistema a otro. Se resalta el contexto histórico en los que han sido puestos en práctica.

Dentro del análisis del sistema mixto se destaca que fue instaurado con los Códigos Penales de 1931 y 1934, los cuales continuaban con las exigencias condensadas en la Constitución federal de 1917, a su vez, los redactores de estos ordenamientos estaban a la vanguardia de las tendencias del derecho penal; es por ello que, sostiene García Cordero:

“puede afirmarse que la Reforma Constitucional de 2008, podía haberse evitado, también decirse que bastaban algunas reformas al código vigente [hasta el 18 de junio de 2016], para dar entrada al sistema acusatorio, sin embargo, el Estado mexicano y el Poder Legislativo prefirieron hacerse eco de la corriente que, impulsada por Estados Unidos de América, busca introducir el sistema oral acusatorio a todo el mundo...” (p. 39).

Más adelante, ubica el complejo contexto político, económico y social en el que se pone en práctica el sistema oral acusatorio caracterizado por, entre otros, la pobreza, la desigualdad, la inseguridad, el crecimiento de la delincuencia, la corrupción, es decir, un estado de crisis general. Hay otro factor interesante como perturbador, que cada vez va adquiriendo mayor influencia en la actualidad —viene de la mano con el avance de la globalización—, la privatización disfrazada de la justicia de manera similar a como se efectúa en Estados Unidos, en la cual se privilegian los intereses de las compañías trasnacionales por encima del marco legal nacional dejando en la indefensión a los ciudadanos. Ante este panorama poco halagüeño, menciona el autor que: “el sistema penal mexicano y su marco jurídico se rebelan como un corpus débil e ineficaz, ajeno y alejado de las demandas lacerantes de la sociedad, se muestra como un ejercicio legislativo estéril y carente de sensibilidad...” (p. 52).

En el último capítulo —parte central del libro— García Cordero propone ocho retos y desafíos del nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio. En uno

de ellos, afirma que éste no es completamente oral, sino mixto, ya que se continúan las prácticas burocráticas de llevar a cabo diligencias escritas. Ello lo refuerza al dar una lista de artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales vigente donde puede comprobarse.

El desequilibrio que existe entre las partes del triángulo procesal: juez, Ministerio Público y defensa en la denominada etapa de investigación inicial es otra cuestión a tomar en cuenta. El Ministerio Público, acarreando antiguas prácticas, como la discrecionalidad, puede llevar a cabo acciones, con ayuda de las fuerzas policiales y armadas (que dicho sea de paso tienen mayores atribuciones), sin presentar al detenido ante el Juez de control. Como advierte el autor, de continuar así, el nuevo sistema podría privilegiar de manera peligrosa la justicia restaurativa en detrimento de la justicia retributiva.

Otros retos analizados son: el principio de presunción de inocencia que puede ser vulnerado en la etapa de investigación inicial, los cambios de terminología en el procedimiento, algunas contradicciones de la reforma constitucional de 2008.

Reconoce aciertos del sistema como el uso de los avances tecnológicos para apoyar el proceso, la creación de nuevas figuras procesales como el Juez de control o el Juez de ejecución, los acuerdos probatorios y el respeto a los derechos humanos.

La obra cierra con la crítica del criterio de oportunidad; a decir del autor, es vago, difuso, discrecional y cuestiona la legalidad del procedimiento penal. Toma como referencia los estudios de Luigi Ferrajoli y Gerard E. Lynch en los cuales exponen cómo el criterio de oportunidad (plea bargaining) en Italia y Estados Unidos respectivamente, ha transformado la justicia en una especie de "mercancía de lujo", donde en la mayoría de los casos no se llega al juicio para resolver un caso. García Cordero concluye que en México la aprobación de los criterios de oportunidad no fue sometida a un consenso. Destaca que en su momento, el Código Nacional de Procedimientos Penales no fue debatido por los actores de la sociedad, así es que, sólo con el tiempo se verán los verdaderos resultados del nuevo sistema.

En suma, tenemos un libro breve, pero que contiene aproximaciones que invitan a la reflexión. El sistema penal acusatorio tiene varios elementos a mejorar que no se pueden evaluar a la ligera, por ello deben someterse al

análisis profundo, como afortunadamente ya se está haciendo. El sistema implica una transformación de raíz que requiere la capacitación constante de sus operadores, que deben comprender la situación de cambio en la que están inmersos. Por eso uno de los aciertos de la obra es la consideración del contexto en el que se aplica dicho modelo penal, que sin duda, tiene influencia sobre él, para bien o para mal.

José Antonio Sandoval Miranda

Salazar Ugarte, Pedro, Francisco Ibarra Palafox e Imer B. Flores (coords.), ¿Cómo combatir la corrupción?, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, 230 pp.

En mayo de este año fue publicada la Ley del Sistema Anticorrupción del Estado de México y Municipios, la cual forma parte del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), que nació con la reforma constitucional publicada el 27 de mayo de 2015. Mucho se ha dicho sobre este tema, pues en los últimos años la corrupción de funcionarios públicos se ha hecho más evidente, quizás por el mayor acceso a tecnologías de la información por parte de la población, quizás por la lucha de poderes políticos propios de la democracia o quizás porque la sociedad civil se encuentra con un mayor nivel de exigencia en materia de rendición de cuentas. Pero es palpable que la ciudadanía, en general, tiene un alto grado de desconfianza en las instituciones del Estado. En ese sentido el SNA está concebido como un organismo que institucionaliza la rendición de cuentas y perseguirá de oficio las prácticas de corrupción en el país, es decir es una forma de devolver la confianza a las instituciones.

Muchas interrogantes saltan a la vista sobre este sistema y en buena medida el libro ¿Cómo combatir la corrupción? responde las primeras, aquellas que surgieron luego del anuncio de creación del SNA. A través de 24 artículos, dividido en 3 partes: I) La conceptualización del fenómeno; II) Mecanismos institucionales en el combate a la corrupción; y, III) Perspectivas sobre el Combate a la Corrupción, encontramos las voces de: profesores de la Facultad de Derecho de la UNAM; académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; senadores de la Comisión de Anticorrupción y Participación Ciudadana; diputados federales de la LXII Legislatura; miembros de organizaciones como México Evalúa; consejeros del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI); un Auditor Superior de la Federación; un contralor Interno del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TRIFE), el Presidente de la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario y un Auditor Federal Externo del Tribunal de Cuentas de la Unión de Brasil, es decir hay un gran intercambio de ideas y pluralidad de autores.

En la primera parte "La conceptualización del fenómeno", se discuten las bases en las que descansa el SNA, desde la óptica legislativa, inclusive con aire institucional, con mucha confianza en los documentos orgánicos del sistema y hasta los alcances del mismo, mientras que los demás artículos

de esta sección son más críticos, señalando falencias en la redacción de la ley que sustenta el SNA, entre otras carencias. También se puede observar desde distintas perspectivas la concepción de la corrupción, su naturaleza, los factores que la alientan y algunos planteamientos para mitigar sus prácticas, desde fundamentos antropológicos, matemáticos o algunos más pragmáticos, como la simple participación ciudadana. Precisamente casi todos los autores coinciden en que la participación ciudadana es fundamental para hacer eficientes los controles a los poderes del Estado y hasta los poderes económicos. A lo largo de este apartado encontramos las regulaciones, los tratados y las convenciones internacionales a los que México se adhirió comprometiéndose a combatir la corrupción. No es de extrañar que nuestro país esté inmerso en este tema, ya que aparece en los últimos lugares de los índices que miden la corrupción. Es pertinente resaltar que el problema de la corrupción en México, como señalan los autores, sólo se ha visto desde el punto de vista del servidor público, es decir en un proceso en el que intervienen dos partes, se ha estigmatizado al servicio público sin indagar o presumir que hay un elemento del sector privado que interviene. Citando a Miguel Ángel Gutiérrez la corrupción consiste en:

“la vulneración de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal a cambio de beneficios para el sobornante que superan los costes del servicio extorsionado; el uso indebido de una función generalmente pública para recibir – para sí o para terceros– un beneficio particular; usurpación privada de poder público.”¹

En la segunda parte “Mecanismos Institucionales en el combate a la corrupción” se realiza un análisis desde la perspectiva de los funcionarios públicos y, sobre todo, como representantes de organismos como el INAI, INAP, la Auditoría Superior de la Federación y el TRIFE, que son en buena medida los entes encargados de la transparencia y la rendición de cuentas en el Estado mexicano. Opiniones sobre el avance en la rendición de cuentas, por ejemplo, cómo la Auditoría Superior de la Federación contribuye a la detección de áreas que son vulnerables y que representan riesgos de corrupción, incluso hasta conocemos las observaciones que levantan cotidianamente y se refieren a:

¹ GUTIÉRREZ SALAZAR, Miguel Ángel, “Tres Líneas de Análisis sobre el combate a la corrupción en México”, en SALAZAR UGARTE, Pedro et al, ¿Cómo combatir la Corrupción?, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 53.

“retrasos en la entrega de obras o en provisión de servicios; incumplimiento de los estándares de calidad y otros requerimientos técnicos propios de las inversiones físicas; poca transparencia; ausencia de reglas o lineamientos técnicos claros para la operación de programas; padrones de beneficiarios poco confiables y otras fallas u omisiones procedimentales”.²

Por otro lado los comisionados del INAI, señalan que el acceso a la información y la rendición de cuentas son partes fundamentales del SNA, de hecho el INAI formará parte del Comité Coordinador del SNA. La perspectiva que se tendría primordialmente con estas reformas, es decir la consolidación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y el Sistema Nacional Anticorrupción, es recuperar la confianza de la ciudadanía en las instituciones democráticas de México. Asimismo, se pone de manifiesto que estas instituciones de reciente creación deben apoyarse en otras, como la Secretaría de la Función Pública para complementar los órganos de control interno y externo que el Estado mexicano posee para combatir y prevenir los actos de corrupción de los funcionarios públicos.

Finalmente los argumentos expuestos por José Izcóatl Bautista, Contralor Interno del TRIFE, cierran atinadamente esta sección del libro cuando retoma lo señalado por Andreas Schedler sobre la rendición de cuentas por parte de los órganos del poder público cómo una obligación y deben observar las siguientes condiciones: “Transparencia, acceso a la información y protección de datos personales; Vigilancia y control de órganos jurisdiccionales y administrativos; y Procedimientos de responsabilidad administrativa.”³

Y que al mismo tiempo la información pública necesita contar con los siguientes atributos:

- a) “Fácil acceso a la información (incluyendo oportunidad y no discriminación);
- b) Comprensiva (asegurándose de que los temas claves no queden fuera);
- c) Relevancia (evitar la información superflua y el sobreflujo de información); y

2 PORTAL, Juan Manuel, “La Fiscalización Superior en el marco del combate a la Corrupción”, en SALAZAR UGARTE, Pedro *et al.*, *op. cit.*, p. 100.

3 BAUTISTA BELLO, José Izcóatl, “Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. El Fortalecimiento de la rendición de cuentas y la transparencia en el Poder Judicial de la Federación”, en SALAZAR UGARTE, Pedro *et al.*, *op. cit.*, p. 163.

d) Calidad y confiabilidad (para contribuir al diseño de políticas y dar confianza en los mercados para los inversionistas)".

Para terminar el apartado "Perspectivas sobre el combate a la corrupción", los artículos sugieren hacia donde debe ir el SNA, a partir del marco legal nacional y el contexto económico, político y social. Además, debe guiarse por las directrices de los convenios internacionales signados por el país, que son antecedentes del SNA, en específico: Convención Interamericana contra la Corrupción; Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transformaciones Comerciales Internacionales; y Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Se debe poner énfasis en solventar los vicios y vacíos legales, como el generado en la reforma energética en materia de hidrocarburos y la del SNA.

En síntesis este libro bien podría haberse llamado "Para entender el Sistema Nacional Anticorrupción", pues nos reitera a lo largo de casi todo el libro la conceptualización del término corrupción, los mecanismos que se han creado para combatirla desde diferentes perspectivas y los pros y contras que se observan en el polémico SNA.

Es una obra ágil, los artículos son breves pero muy ilustrativos, tienen muy buenas referencias para indagar a fondo sobre el tema. Su lectura es una introducción a un tema controvertible y complejo, el artículo de Diego Valadés "Reformar el régimen de gobierno" me parece que señala puntualmente las falencias generales del Sistema, también ahonda sobre qué se busca con su creación, es decir limitar el poder público y enfatizar en que si no hay una consecuencia a los actos de corrupción del servicio público, o en su caso sólo se trata de una simulación, se perpetúan las factores que la generan. También el artículo de Francisco Ibarra Palafox "Corrupción y poderes privados" señala que en gran medida la corrupción está influenciada por los poderes fácticos, en otras palabras las empresas multinacionales que tienen el poder de influir en la toma de decisiones y en la configuración de los cuerpos legales, este tipo de corrupción no se ha estudiado a fondo y parece ser un punto central que debe considerarse en el Sistema Nacional Anticorrupción.

Iván Martínez Aguirre

DOCUMENTOS



CÓDIGO DE ÉTICA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

Exposición de Motivos

El Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado, advierte la necesidad de expedir un Código de Ética, a fin de identificar y definir los principios rectores de la ética judicial implícitos en los actos de los servidores judiciales, que coadyuve a que se cumplan los postulados que para la administración de justicia señala el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, que la impartición de justicia se realice por servidores públicos con autoridad moral que hagan realidad el derecho que tiene todo gobernado a que se le administre una justicia pronta, completa e imparcial.

La sociedad actual exige respuestas y solicita apertura y sensibilidad de las instituciones del sistema de justicia, no solamente en cuanto a los avances tecnológicos, también requiere un cambio de actitud y perfeccionamiento de aptitudes y capacidades profesionales y humanas de los servidores a fin de mejorar y, principalmente, rebasar tradicionales métodos de trabajo y conductas que no corresponden a los nuevos tiempos; de entre estas demandas, destaca depositar la justicia en manos de jueces de alta profesionalización, conocedores y expertos en las técnicas jurídicas y, esencialmente, de profundas convicciones éticas.

La impartición de justicia impone una conducta del juzgador y demás servidores públicos judiciales, que fomente la auto evaluación con verdad, con honestidad y con la apertura suficiente para la aceptación inequívoca del pluralismo y de la tolerancia a las condiciones y a la naturaleza ideológica de los justiciables; una apertura que provoque la consolidación del principio de imparcialidad en la aplicación de los presupuestos fundamentales de impartición de justicia, en reciprocidad a la confianza encomendada por la sociedad y el Estado.

Conviene establecer que la ética judicial debe ser entendida como una ciencia prudencial que valora los actos de conformidad con un criterio objetivo de bien o plenitud humana, de manera que esta ciencia se estudia y conoce a partir de la comprensión de la dignidad humana y sus exigencias, no resulta, por tanto, del conjunto de opiniones más o menos acertadas de diversos autores en diferentes épocas. La ciencia del derecho, en consecuencia, se subordina a la ética, porque el juicio o valoración acerca de los actos humanos que realiza el derecho es sobre

el deber ser implícito en las normas jurídicas vigentes, de donde se sigue que todos los actos jurídicos tienen una dimensión ética, pero no todos los actos humanos tienen una dimensión jurídica.

El derecho se erige en un referente ético para el hombre desde el momento en que surge como fundamento de las relaciones sociales; como tal y del mismo modo que se expresa la relación del individuo consigo mismo, supone la necesidad de un estado de equilibrio en donde las partes sometidas a su potestad se interesen en un balance y en una armonía que garanticen la perpetuación del mismo, como criterio de orden.

La ética, por tanto, requiere un culto irrenunciable por el ejercicio de la razón y de lo razonable; un respeto único, indivisible e incuestionable a las prerrogativas y derechos que corresponden, por esencia, a los seres humanos; una neutralidad inalterable, como base para el entronizamiento de la abstracción profunda en la aplicación reflexiva de la norma, y una cultura irrestricta de la libertad y búsqueda del bienestar del hombre. En este orden de ideas habría que reconocer, también, que el ejercicio de la función jurisdiccional, desde el terreno de la ética, deberá constituir un fin social y una meta humana por sí misma y, bajo ninguna circunstancia, se podría considerar como un medio o un instrumento que al amparo de la subjetividad genere el ejercicio indebido del derecho.

En el marco de las sociedades actuales, las instituciones de impartición de justicia ya no responden a reclamos individualizados, como tampoco son la única autoridad o referencia que participa en la modernización de la función judicial; son múltiples, variados y disímboles los elementos que se conjuntan para llevar a cabo su ejercicio desde su propia naturaleza, la que ahora exige una pretensión ética, desde la perspectiva de sus propias particularidades.

Entonces, resulta impostergable la elaboración de un documento que en coincidencia con las disposiciones constitucionales que establecen los principios de imparcialidad, excelencia, independencia, objetividad y profesionalismo que definen la carrera judicial, sin perjuicio de otros instrumentos legislativos que norman la actividad del juzgador, contemple y señale los deberes éticos y no tanto las obligaciones y las facultades que le corresponden, como condiciones que, adoptadas por convencimiento, acompañen y perfilen el sentido de la función jurisdiccional y sus delicadas tareas; un instrumento de reflexión que contenga normas aceptables

universalmente que regulen desde el interior el hacer de cada uno de los funcionarios judiciales; un instrumento que, con el nombre de “Código de Ética”, custodie los referentes y señale principios éticos relativos al ejercicio de la función jurisdiccional, para que nuestros servidores públicos judiciales sumen confianza, credibilidad y certeza en los justiciables y, para que sea la calidad humana y profesional la que perfeccione sus actuaciones madurando los conceptos, los principios y las reflexiones de la ética judicial.

Se reconoce que, aunque su estructura no corresponde en su totalidad a las características de un cuerpo normativo, sí recoge una serie de pronunciamientos, principios y reglas susceptibles de orientar puesto que es un referente deontológico la conducta de los servidores públicos judiciales, particularmente, la del juzgador. No debemos olvidar que además de la tarea jurídica que corresponde a los agentes de la administración de justicia, también conviene contar con elementos para estar en posibilidad de realizar esa tarea, previa reflexión ética.

El código no pretende constituirse en un manual de procedimientos para la práctica de valores morales o de conductas éticas, únicamente tiene el propósito de registrar una serie de enunciados que nos permitan definir, de mejor manera, los valores y virtudes que se contraen y que deben nutrir el sistema de impartición de justicia en el Estado; comportamientos éticos que, convertidos en actitudes y acciones que sólo se presentan en el ámbito de lo interno y de lo estrictamente personal, aniden en la conciencia del juzgador y se conviertan en pauta de su conducta.

Por ello, los pronunciamientos del Código de Ética deben transformarse en prácticas positivas de los servidores judiciales, que pueden impactar favorablemente en el mejoramiento de las relaciones humanas, en la convivencia pacífica y en el fortalecimiento de la vida en colectividad.

En este sentido, el beneficio de la función jurisdiccional es indiscutible, porque obtendrá mejores resultados en el equilibrio emocional y profesional que se requiere para consolidar la confianza de los justiciables y, sobre todo, las expectativas que el Estado ha depositado en sus servidores públicos judiciales.

El código señala con claridad los principios deontológicos directamente relacionados con el desarrollo de la función jurisdiccional; serán sólo aquellos que, por su propia naturaleza, habrán de obtener, por universales

y certeros, la aceptación del juzgador y de la sociedad en general; sin embargo, tomando como referencia investigaciones y estudios de otras instancias jurisdiccionales, adoptará los que se identifiquen con la idiosincrasia, la cultura y las particularidades de la comunidad mexiquense, apartándose de todo aquello que invoque o promueva reacciones inadecuadas del juzgador frente a influencias extrañas al derecho, de manera tal que el Código de Ética sea un instrumento objetivo en la valoración de sus actividades cotidianas.

El Poder Judicial de la Entidad debe dar respuesta a los cuestionamientos de la sociedad, en relación con el mejor y más satisfactorio desarrollo de la función jurisdiccional; de ahí que ante la complejidad creciente de su vida institucional, el peso de los actos y las tareas que está obligado a desarrollar, solamente con apoyo en los marcos de la deontología y ética, se podrán mejorar, modificar o transformar, tomando como denominadores comunes el orden, la probidad, la certeza, la oportunidad y la pertinencia de sus acciones.

En ese marco de referencia, se expide el presente documento, que comprende un capítulo primero sobre alcances y propósitos que señala a sus destinatarios y el objeto que persigue; en el segundo, los principios rectores que debe observar todo servidor del Poder Judicial; en un tercero, los principios específicos que deben orientar la actuación ética de los titulares de los órganos jurisdiccionales; en el capítulo cuarto, principios que orientan el desempeño ético de mediadoresconciliadores; y en el último, la conformación y atribuciones del Comité de Ética Judicial.

Por lo antes expuesto y con fundamento en los artículos 52 y 63, fracción XXIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado, emite el siguiente acuerdo relativo al: Código de Ética del Poder Judicial del Estado de México.

CÓDIGO DE ÉTICA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

CAPITULO PRIMERO. ALCANCES Y PROPÓSITOS

1.1. El presente Código de Ética es de observancia general para magistrados, jueces, secretarios, ejecutores, notificadores, peritos y demás servidores públicos judiciales.

1.2. Este código tiene por objeto establecer los criterios y valores que deben inspirar la conducta ética de los servidores públicos judiciales, independientemente del cumplimiento de las disposiciones legales que regulan el desempeño de sus funciones.

1.3. El propósito de este ordenamiento es precisar las normas éticas, hábitos y actitudes que coadyuven a la excelencia del servicio de impartición de justicia.

1.4. Este código contiene un elenco de principios, normas y criterios éticos del servidor público judicial.

1.5. Todo servidor público judicial deberá asumir el compromiso del debido cumplimiento del presente código.

CAPÍTULO SEGUNDO. PRINCIPIOS RECTORES

2.1. Los servidores judiciales se comprometen a orientar su conducta ética a los principios rectores que en este código se establecen.

2.2. El servidor judicial se compromete a observar y promover los principios éticos que rigen la administración de justicia, entre ellos, los siguientes:

2.3. Honradez. Actuar con probidad, rectitud, honorabilidad e integridad, sin pretender obtener provecho o ventaja para sí o terceros, con motivo de sus funciones.

2.4. Lealtad. Apegarse a los objetivos institucionales procurando el bien colectivo y de las partes conforme a su derecho, observando los fines del proceso y de la administración de justicia.

2.5. Eficiencia. Llevar a cabo con atingencia las tareas de su competencia.

2.6. Excelencia. Perfeccionarse de manera integral y permanente en el ejercicio de su función, con el fin de desarrollar con calidad las actividades a su cargo.

2.7. Tolerancia. Actuar con respeto, consideración, comprensión y paciencia hacia las personas con quienes tenga relación en el desempeño de sus funciones.

2.8. Compañerismo. Tratar de manera respetuosa, amable y cordial a sus superiores, pares y subalternos, buscando la armonía y colaboración eficiente y equitativa en su entorno laboral.

2.9. Capacitación. Actualizarse de manera continua, con objeto de elevar la calidad de las actividades que le corresponde desempeñar.

2.10. Colaboración. Participar con disposición en las actividades que competen a sus funciones, y en aquellas que, no siendo propias de su cargo, resulten necesarias para superar las contingencias del servicio.

2.11. Confidencialidad. No difundir información confidencial o reservada, ni utilizar en beneficio propio, de terceros o para fines ajenos al servicio, información que no esté destinada para su difusión conforme a la normatividad aplicable.

2.12. Obediencia. Acatar las órdenes de su superior jerárquico que se vinculen con las funciones a su cargo, salvo el supuesto de arbitrariedad manifiesta.

2.13. Puntualidad. Cumplir con el horario establecido para el desempeño de sus actividades.

2.14. Responsabilidad. Poner cuidado y atención en los actos a su cargo, considerando los antecedentes, motivos y consecuencias de los mismos, actuando con profesionalismo y dedicación.

2.15. Racionalidad. Utilizar de manera adecuada los bienes y recursos asignados para el desempeño de sus funciones, y no emplearlos para fines particulares o propósitos distintos a la función.

2.16. Optimización. Abstenerse de emplear el tiempo oficial de labores, propio o de otros, en actividades ajenas al servicio.

CAPÍTULO III. PRINCIPIOS ESPECÍFICOS PARA MAGISTRADOS Y JUECES

3.1. Los magistrados y jueces, además de los principios generales referidos con anterioridad, sujetarán su conducta ética observando los principios específicos que a continuación se señalan:

INDEPENDENCIA

3.2. Rechazar influencias provenientes del sistema social ajenas al derecho.

3.3. Juzgar conforme a derecho y no a partir de presiones o intereses extraños.

3.4. Rechazar con firmeza cualquier intento de influencia jerárquica, política, de grupos de presión, amistad o recomendación de cualquier índole, que tienda a incidir en el trámite o resolución de los asuntos de su conocimiento.

3.5. Ejercer con autonomía su función, evitando cualquier circunstancia que pueda vulnerar su independencia.

3.6. Evitar involucrarse en situaciones que puedan afectar directa o indirectamente sus decisiones.

3.7. Abstenerse de insinuar o sugerir el sentido en que deban emitir sus determinaciones otros juzgadores.

3.8. Evitar tomar decisiones por influencia pública, temor a la crítica, consideraciones de popularidad, notoriedad o por motivaciones impropias o inadecuadas a la función judicial.

IMPARCIALIDAD

3.9. Juzgar con rectitud, omitiendo designio anticipado o prevención a favor o en contra de alguna de las partes.

3.10. Evitar conceder ventajas o privilegios a las partes que la ley no permita.

3.11. Rechazar cualquier dádiva que provenga de alguna de las partes o de terceros.

3.12. Evitar hacer o aceptar invitaciones que puedan comprometer su imparcialidad.

3.13. Abstenerse de entrevistas con las partes o personas vinculadas con ellas, fuera de las oficinas del órgano jurisdiccional en el que ejerza su función.

3.14. Evitar emitir opinión que implique prejuzgar sobre un asunto.

3.15. Superar los prejuicios que puedan incidir indebidamente en la apreciación de los hechos y en la valoración de las pruebas, así como en la interpretación y aplicación de la ley.

OBJETIVIDAD

3.16. Emitir sus fallos orientado en el derecho y no en función de su modo personal de pensar o de sentir.

3.17. Resolver sin esperar reconocimiento personal.

3.18. Tomar decisiones buscando siempre la realización del derecho y no beneficios o ventajas personales.

3.19. Tratar con respeto a sus pares, escuchar con atención y apertura de entendimiento sus planteamientos y dialogar con razones y tolerancia.

3.20. Actuar con serenidad y equilibrio interno, desprovisto de prejuicios.

PROFESIONALISMO

3.21. Actualizar permanentemente sus conocimientos a través de cursos de especialización, cultura jurídica e información sobre aspectos relacionados con la función judicial.

3.22. Analizar exhaustiva y acuciosamente los asuntos en los que deba intervenir.

3.23. Emitir las resoluciones evitando apreciaciones subjetivas.

- 3.24. Asumir responsablemente las consecuencias de sus decisiones.
- 3.25. Realizar por sí mismo las funciones inherentes a su cargo.
- 3.26. Recibir, escuchar y atender con amabilidad y respeto a los usuarios del servicio.
- 3.27. Dirigir eficientemente el tribunal a su cargo.
- 3.28. Abstenerse de emitir comentarios impropios sobre la actuación de otros juzgadores.
- 3.29. Cumplir con sus deberes de manera tal que los demás servidores públicos puedan asumirlo como ejemplo de conducta.
- 3.30. Actuar de manera tal que su conducta genere credibilidad y confianza.

EXCELENCIA

- 3.31. Orientar permanentemente su actuación con apego a la ley, en beneficio del hombre.
- 3.32. Decidir conforme a un criterio justo, recto y objetivo, ponderando las consecuencias que pueda producir su decisión.
- 3.33. Superar con entereza las dificultades que se presenten en el ejercicio de la función jurisdiccional.
- 3.34. Lograr la confianza y el respeto de la sociedad que merece el resultado de un trabajo dedicado, responsable y honesto.
- 3.35. Actuar de tal manera que su comportamiento público y privado sea congruente con la dignidad del cargo y función que desempeña.
- 3.36. Perseverar en el eficaz cumplimiento de sus determinaciones.
- 3.37. Reconocer debilidades y capacidades en su actuación.
- 3.38. Evitar actitudes que denoten alarde de poder.
- 3.39. Evitar actos de ostentación que vayan en demérito de la respetabilidad de su cargo.

CAPÍTULO IV. DEBERES PARTICULARES DE LOS MEDIADORES-CONCILIADORES

4.1. Además de los principios éticos generales que regula este Código, la conducta del mediadorconciliador se orientará por los siguientes:

4.2. Brindar sus conocimientos, voluntad y disposición al servicio de la mediación y conciliación extrajudicial.

4.3. Conducirse con buena fe, probidad, honestidad, responsabilidad, lealtad, respeto y justicia.

4.4. Abstenerse de intervenir en la solución de un conflicto cuando le genere perturbación emocional que afecte su imparcialidad.

4.5. Respetar la libertad y voluntad de los participantes, evitando influir en sus decisiones.

4.6. Actuar con disposición y apertura que le permita adecuarse a la dinámica de cada caso dentro del proceso mediaciónconciliación.

CAPÍTULO V. COMITÉ DE ÉTICA JUDICIAL

5.1. El Comité de Ética Judicial se constituirá ex profeso por acuerdo del Consejo de la Judicatura, para conocer y emitir opinión sobre algún caso, cuando así se considere necesario.

5.2. El Comité de Ética Judicial estará integrado por un magistrado consejero que lo presidirá, dos magistrados del Pleno del Tribunal y un juez de primera instancia, quienes serán nombrados por el Consejo de la Judicatura; y, ex officio, el Director General de la Escuela Judicial.

5.3. Las opiniones del Comité de Ética Judicial no son vinculatorias y son independientes de la aplicación de medidas disciplinarias.

TRANSITORIOS

PRIMERO. Publíquese el presente Código en el Boletín Judicial y en la Gaceta del Gobierno del Estado.

SEGUNDO. El presente Código entrará en vigor a partir del día siguiente de su publicación en la Gaceta del Gobierno del Estado.

TERCERO. El Consejo de la Judicatura del Estado, proveerá lo conducente para la promoción, difusión y observancia del presente Código.

Acuerdo del Pleno del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado, de fecha diez de agosto de dos mil cinco.

Mgdo. Lic. José Castillo Ambríz, Presidente del Tribunal Superior de Justicia el Estado y del Consejo de la Judicatura.

M. En D. José Luis Vázquez Ramírez. Magistrado Consejero.

Lic. Baruch. F. Delgado Carbajal. Magistrado Consejero.

Lic. Elizabeth Rodríguez Cañedo. Juez Consejera.

Lic. Leticia Loaiza Yáñez. Juez Consejera.

La Escuela Judicial del Estado de México cuenta con tres Centros de Información y Documentación, ubicados en Toluca, Tlalnepantla y Texcoco, en los cuales se pueden consultar y solicitar préstamos de su acervo bibliográfico, según los lineamientos generales que se presentan a continuación:

LINEAMIENTOS GENERALES PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LOS CENTROS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN DE LA ESCUELA JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Estos Lineamientos tienen por objeto regular el funcionamiento de los Centros de Información y Documentación de la Escuela Judicial, la prestación de los servicios a los usuarios; la racionalización de los recursos materiales, documentales y el equipo; así como establecer las medidas necesarias para el uso, control y supervisión del patrimonio bibliográfico, hemerográfico y demás bienes de los centros.

Artículo 2. Para efectos de estos Lineamientos, por Centro de Información y Documentación se entiende, la unidad documental que tiene como fin suministrar información o datos de manera metódica, permanente y novedosa, bajo cualquier soporte documental, contribuyendo de este modo al proceso de enseñanza – aprendizaje, a la investigación y a la docencia.

Artículo 3. Por cada una de las tres regiones habrá un Centro de Información y Documentación. Los tres centros formarán la Red de Información y Documentación de la Escuela Judicial del Estado de México.

Artículo 4. Los Centros de Información y Documentación deberán clasificar, catalogar, resguardar, controlar, difundir y poner a disposición de los usuarios los materiales bibliográficos, hemerográficos, acervo audiovisual y discos ópticos; siguiendo estos Lineamientos, e instrumentando las medidas de seguridad que garanticen su conservación.

Asimismo, tendrán la obligación de coadyuvar en los trabajos de investigación, docencia y difusión de la cultura jurídica.

Artículo 5. Los Centros de Información y Documentación contarán con un sistema de búsqueda automatizado que facilite la localización del acervo documental y que estará a disposición de los usuarios vía internet.

CAPÍTULO II. DE LOS USUARIOS

Artículo 6. Son considerados usuarios de los Centros de Información y Documentación:

- I. Usuarios internos: los alumnos investigadores, docentes y personal administrativo de la Escuela Judicial; y los servidores públicos del Poder Judicial del Estado de México.
- II. Usuarios externos: todas aquellas personas provenientes de otras instituciones, como investigadores, profesores, abogados litigantes, estudiantes y público en general.

Artículo 7. Para permitirles la consulta, los usuarios deberán identificarse con:

- I. Gafete vigente que lo acredite como servidor público del Poder Judicial del Estado de México;
- II. Credencial vigente de estudiante de la Escuela Judicial; o
- III. Credencial para votar o identificación oficial vigente.

CAPÍTULO III. ORGANIZACIÓN Y SERVICIOS

Artículo 8. El acervo bibliográfico general de los Centros de Información y Documentación estará a disposición de los usuarios mediante el servicio de estantería abierta; es decir, los usuarios tendrán acceso libre al acervo bibliográfico general, salvo que se indique lo contrario.

Artículo 9. El personal de los Centros de Información y Documentación será directamente responsable de la vigilancia sobre el buen uso y custodia de los acervos.

Artículo 10. El horario de servicio de los Centros de Información y Documentación será de lunes a viernes de 09:00 a 15:00 y de 17:00 a 20:00 horas.

Artículo 11. Los Centros de Información y Documentación contarán con los siguientes servicios:

- I. Préstamo interno: acceso al acervo documental dentro de las instalaciones de los centros;

- II. Préstamo a domicilio: se proporciona únicamente a los usuarios internos;
- III. Préstamo inter-bibliotecario: acceso a material documental perteneciente a centros de información o bibliotecas de otras instituciones con las que se tenga firmado algún convenio;
- IV. Préstamo para fotocopiado: disponer del material documental (cuyos derechos de autor así lo permitan), para fotocopia por un período limitado, el cual no podrá exceder de dos días;
- V. Préstamo de material de reserva: podrá ser utilizado únicamente dentro de las instalaciones de los centros y no es susceptible de préstamo a domicilio ni para fotocopiado;
- VI. Préstamo de equipo de cómputo: es únicamente para el desarrollo de trabajos académicos y de investigación. Las impresiones tendrán un costo que determinará la Dirección General de la Escuela;
- VII. Préstamo de material audiovisual: restringido a los alumnos de la Escuela Judicial y servidores judiciales, con la condición de que previamente hayan donado un ejemplar de material audiovisual en original y en formato DVD; y
- VIII. Consulta de catálogo en línea.

CAPÍTULO IV. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS USUARIOS

Artículo 12. Los usuarios de los Centros de Información y Documentación tendrán los siguientes derechos:

- I. Hacer uso de los servicios que proporcionan los centros, dentro del horario establecido;
- II. Obtener información sobre los acervos bibliográficos y servicios que el centro ofrece;
- III. Recibir un trato digno, amable y respetuoso de parte del personal que labora en el centro;
- IV. Presentar quejas y sugerencias para el mejor funcionamiento de los centros; y
- V. Proponer material para nuevas adquisiciones.

Artículo 13. Los usuarios de los Centros de Información y Documentación tendrán las siguientes obligaciones:

- I. Cumplir con estos Lineamientos;
- II. Dar un uso adecuado a los materiales bibliográficos;
- III. Reponer los materiales que hayan sufrido deterioro o maltrato atribuible al usuario o, en su caso, su costo;
- IV. No dañar las instalaciones, mobiliario, equipo y acervo del centro;
- V. Sujetarse a los mecanismos de control, seguridad y vigilancia que se establezcan;

- VI. Guardar orden, respeto y silencio dentro del centro, propiciando una atmósfera adecuada para el estudio;
- VII. Abstenerse de introducir alimentos, bebidas y de usar teléfonos celulares;
- VIII. Permitir que el personal de los Centros de Información y Documentación realicen la revisión de pertenencias al abandonar las instalaciones, si es necesario; dicha revisión deberá efectuarse de manera discreta y respetuosa;
- IX. Informar al personal del centro acerca de los cambios que sufran sus datos particulares y escolares necesarios para su registro;
- X. Devolver en tiempo el material en préstamo;
- XI. Atender las indicaciones del personal del centro;
- XII. Abstenerse de usar el equipo de cómputo para actividades distintas a las académicas o de investigación; y
- XIII. Abstenerse de escribir o hacer anotaciones en los libros y demás materiales.

CAPÍTULO V. COLECCIONES

Artículo 14. Los Centros de Información y Documentación podrán contar con las siguientes colecciones:

- I. Acervo bibliográfico general: se encuentra integrado por bibliografía especializada en derecho, básica y complementaria, con acceso libre a los usuarios (estantería abierta);
- II. Colección de consulta: comprende enciclopedias, diccionarios y monografías, bajo la modalidad de préstamo interno;
- III. Colección hemerográfica: abarca publicaciones periódicas, Gacetas de Gobierno del Estado de México y diarios, entre otros, sólo para préstamo interno;
- IV. Tesis: son los trabajos de investigación elaborados por los alumnos egresados de la Escuela Judicial y de otras instituciones, sólo para consulta interna;
- V. Literatura gris: está formada por compendios y trabajos de investigación de los alumnos de la Escuela Judicial del Estado de México;
- VI. Material audiovisual: integrado por videgrabaciones; láser disc y DVD. Sólo las películas podrán ser prestadas a domicilio;
- VII. Material multimedia: compuesto por discos compactos y otros medios magnéticos o electrónicos, de uso interno exclusivamente; y
- VIII. Acervo histórico: está formado por documentos bibliográficos de los siglos XVIII y XIX y por los fondos reservados; colecciones donadas por el Mgdo. Lic. Antonio Huitrón Huitrón y por el Mgdo. Lic. Gustavo

Barrera Graf, bajo la modalidad de estantería cerrada. Excepcionalmente el Director General podrá autorizar su préstamo a domicilio, previa solicitud por escrito.

CAPITULO VI. PRÉSTAMOS Y SANCIONES

Artículo 15. El préstamo interno de los materiales permitidos se proporcionará en las instalaciones de los centros a todos los usuarios que lo requieran.

Artículo 16. El préstamo a domicilio será únicamente para los usuarios internos. Por excepción y previa solicitud por escrito, el Director General podrá autorizar el préstamo a domicilio a usuarios externos.

Artículo 17. Los requisitos para solicitar el servicio de préstamo a domicilio son:

- I. Llenar el formato que para tal efecto proporcione el centro;
- II. Entregar una copia de la credencial para votar o de cédula profesional;
- III. Entregar una copia del gafete de servidor del Poder Judicial del Estado de México o identificación oficial de institución de estudio vigente; y
- IV. En su caso, exhibir una copia de la ficha de inscripción o reinscripción del semestre que está cursando.

Artículo 18. Cada usuario podrá solicitar hasta tres títulos diversos en calidad de préstamo a domicilio; y no podrá pedir otros en los demás centros.

Artículo 19. La duración de préstamo a domicilio será de cinco días hábiles con opción a una sola renovación por el mismo período.

Artículo 20. El usuario se hará acreedor a una sanción en los casos siguientes:

- I. Por la entrega tardía del material, se pagará por cada día de atraso, una multa equivalente a un salario mínimo vigente en el municipio de Toluca; y
- II. Por pérdida o daño del material en préstamo, además de reposición correspondiente, se aplicará la multa señalada en la fracción anterior; considerando los días que transcurran desde aquel en que debió hacerse la devolución hasta la entrega del libro en reposición.

Las multas se aplicarán a favor del Fondo Auxiliar para la Administración de Justicia, fondos propios.

Artículo 21. Cuando el usuario que sea estudiante de la Escuela Judicial, omita el pago de la multa; no tendrá derecho a la inscripción, reinscripción, ni a obtener reconocimiento, constancia, certificado o diploma expedido por la Escuela.

Artículo 22. Al usuario se le suspenderán los derechos a que se refieren estos Lineamientos, en los casos siguientes:

- I. Por no devolver el material dentro del plazo autorizado;
- II. Por no cumplir voluntariamente las sanciones previstas en este ordenamiento; y
- III. Por sustraer material de las instalaciones de los centros o no devolver el que se tenga en préstamo, haciéndose en ambos casos la denuncia correspondiente ante la autoridad ministerial.

Artículo 23. Las sanciones previstas en los presentes lineamientos se aplicarán con independencia de las que se deriven de las responsabilidades administrativas en que pudieran incurrir los servidores públicos de la institución, conforme a la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios, y a la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México.

Artículo 24. Los casos no previstos por el presente ordenamiento serán resueltos por el Director General de la Escuela Judicial o, en su caso, por el Consejo de la Judicatura.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS

PRIMERO.- Publíquense estos Lineamientos en el Boletín Judicial para su conocimiento y observancia.

SEGUNDO.- Este ordenamiento entrará en vigor el día de su publicación.

TERCERO.- Quedan derogadas todas las disposiciones anteriores que hayan regido al Centro de Información y Documentación "Mgdo. Lic. Edmundo Durán Castro".

ATENTAMENTE

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia
y del Consejo de la Judicatura del Estado de México

Mgdo. M. en D. Baruch Delgado Carbajal

(Rúbrica)

El Secretario General de Acuerdos

Lic. José Antonio Pinal Mora

(Rúbrica)

EVENTOS



PROGRAMACIÓN ACADÉMICA Y CULTURAL DE LA ESCUELA JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

Presentación del Libro: Derechos Humanos y Jurisdicción

Obra coordinada por la Dra. Laura Zaragoza Contreras, Profesora Investigadora de Tiempo Completo de la Escuela Judicial del Estado de México, contiene reflexiones de jueces y magistrados del Poder Judicial del Estado de México en torno a la nueva forma de pensar los Derechos Humanos dentro de la práctica jurisdiccional.

Fecha: 5 de septiembre de 2017

Hora: 18:00 horas.

Lugar: Espacios de la Escuela Judicial, sede Toluca.

Obra de Teatro a cargo del Voluntariado del Poder Judicial del Estado de México: "Un Picasso" de Jeffrey Hatcher.

Fecha: 13 de septiembre de 2017

Hora: por definir: 17:00 a 21:00 h. (dos funciones)

Lugar: Espacios de la Escuela Judicial, sede Toluca.

Congreso Nacional de Centros de Convivencia

Fecha: 19 y 20 de octubre de 2017

Hora: 17:00 a 21:00 h. (dos funciones)

Lugar: Espacios de la Escuela Judicial, sede Toluca.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

La política editorial de la Revista Ex Legibus está dirigida a difundir temas vinculados con el derecho judicial y disciplinas conexas, con el objetivo de propiciar el análisis y el debate, así como la reflexión sobre la actualidad jurídica. Para la publicación de un manuscrito los autores deberán sujetarse al procedimiento y reglas técnicas que se indican enseguida:

PROCEDIMIENTO

1. Se recibirán trabajos de investigación o de comunicación científica originales, ya sea que se trate de artículos, ensayos, informes técnicos, ponencias o comunicaciones de congresos, comentarios de legislación o jurisprudencia, reseña de libros, cartas al editor y demás reflexiones teóricas relacionados con el derecho en sus múltiples dimensiones; se procurará se trate de contribuciones inéditas, conforme a la política editorial de la Revista.
2. El envío de los manuscritos podrá realizarse en cualquier momento a la dirección de correo electrónico: dirección.investigaciones@pjedomex.gob.mx
3. Junto con el archivo electrónico o por separado, los autores solicitarán a la Dirección del Centro de Investigaciones Judiciales la publicación de su manuscrito.
4. La Dirección del Centro acusará recibo de los originales en un plazo no mayor de 7 días hábiles a partir de su recepción. El manuscrito recibido será previamente analizado por el Editor de la Revista, quien decidirá si somete o no a arbitraje dicho manuscrito.
5. En cuanto al sistema de arbitraje, el trabajo será dictaminado por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, en forma anónima (modalidad doble ciego), quienes seguirán los lineamientos establecidos en el Formato de Dictamen. La identidad del autor también se mantendrá en el anonimato.
6. El proceso de evaluación dará como resultado un dictamen que, considerando la originalidad, la calidad del trabajo, y su planteamiento en relación a la función judicial, se puede dar en las siguientes modalidades:
 - a) Si ambos evaluadores emiten una opinión favorable: publicable.
 - b) Si ambos evaluadores tienen una opinión desfavorable: no publicable.

- c) Si uno o ambos evaluadores emiten una opinión favorable, pero sugieren cambios: Publicable con cambios.

En caso de que un evaluador emita un dictamen positivo y el otro negativo, se recurrirá a un tercer evaluador, cuya dictaminación será decisiva.

Los evaluadores tendrán un máximo de 30 días hábiles para presentar su dictamen a la Dirección del Centro.

7. Quedarán exentas de dictaminarse, por acuerdo de la Dirección de Investigaciones, los trabajos de autores cuyo currículum vitae o prestigio profesional sea de elevado reconocimiento académico, cultural e intelectual.

8. El resultado del dictamen se comunicará a los autores, en todos los casos, en un breve lapso de tiempo.

9. Si el trabajo fuera publicable con cambios, el autor tendrá un plazo de 15 días hábiles para realizar los cambios señalados, luego entonces deberá remitir el manuscrito al Editor de la Revista, quien verificará si la nueva versión incorpora satisfactoriamente las observaciones de los evaluadores, en caso afirmativo se procederá a su publicación.

10. Recibido el dictamen que evalué el trabajo como publicable, se procederá a su publicación, en el orden que le corresponda en relación al listado de recibidos, y según el tema a que se dedique en su número correspondiente la Revista. Los autores deberán realizar una cesión de derechos de autor a favor del Consejo de la Judicatura del Estado de México.

REGLAS TÉCNICAS

1. Los trabajos podrán tener una extensión no mayor de 50 cuartillas, el tema deberá estar relacionado con el derecho judicial en sus múltiples dimensiones.
2. Se deberá usar letra Arial de 12 puntos con interlineado de 1.5 para el cuerpo del trabajo, y letra Arial de 10 puntos con interlineado sencillo para las notas al pie de página.
3. El autor deberá proporcionar información suficiente para su identificación: nombres, título profesional de mayor grado, actividad profesional, afiliación institucional y correo electrónico.
4. Los manuscritos para la sección doctrina deberán de ir acompañados de un resumen (entre 150 y 250 palabras) en español e inglés y deberán incluir palabras clave (entre 3 y 5), en ambos idiomas.
5. En la elaboración de referencias bibliográficas en las notas al pie se utilizará, en general, el Modelo de citación MLA (Modern Language Association), tomando en consideración los siguientes ejemplos:

- 1 GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Poder y derecho. Del antiguo régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX. Conceptos, instituciones y estructuras administrativas en el nacimiento del Estado Moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 55.
- 2 COBOS GÓMEZ, Miguel y Francisco ÁLVAREZ GARCÍA, "La legislación antiterrorista: una huida hacia el Derecho Penal", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, núm. 68, 1983, p. 11.
- 3 GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *op. cit.*, p. 83.
- 4 *Idem.*
- 5 *Ibidem*, pp. 71-73.

6. La bibliohemerografía consultada deberá aparecer al final del documento, clasificada de la siguiente manera:

Bibliografía: se empleará para los libros, en cuyo caso deberá indicarse primeramente los apellidos e iniciales del(os) nombre(s) del(os) autor(es) en mayúscula, título de la obra en cursivas, lugar de publicación, editorial y año de publicación. Ejemplo:

PÉREZ ALONSO, Esteban, *Tráfico de personas e inmigración clandestina (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Hemerografía: se empleará para las revistas y demás publicaciones periódicas, en cuyo caso deberá indicarse primeramente los apellidos e iniciales del(os) nombre(s) del(os) autor(es) en mayúscula, título de la obra entre comillas dobles, título de la revista en cursivas, lugar de edición, serie o época, año, tomo o volumen, número, periodo que comprende la revista y páginas. Ejemplo:

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, "La nueva reforma penal de 2013", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Madrid, núm. 6, marzo-agosto, 2014, pp. 16-71.

Documentos publicados en Internet: Sólo deberá agregarse a la ficha la dirección de la página de Internet correspondiente, en cursiva. Ejemplo:

MORALES CASTILLO, Rodrigo, "El camino bifurcado: los alcances y límites de la política exterior mexicana en América Latina", en CIDE, núm. 234, 2012, <http://www.libreriacide.com/librospdf/DTEI-234.pdf>. Consultado el 12-01-2017.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 14 de julio de 1914. Última Reforma publicada el ...

Tratados y convenios internacionales

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de justicia de menores. Reglas de Beijing. 1985.

Jurisprudencia: Se aplica el criterio y modelo que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El orden de los elementos, que deberán estar separados por coma, es el siguiente: Número de tesis, publicación (Semana Judicial...), sección o complemento (Apéndice, Boletín...), época (con altas iniciales), tomo (con bajas, abreviado), fecha, página (abreviado, con bajas). Ejemplo:

Tesis III.2o.C.J./15, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVII, abril de 2003, p. 1020.

8. En el número de la Revista correspondiente a octubre de cada año, se publicarán la lista de pares evaluadores, las pautas de evaluación y las estadísticas de aprobación.

Impresa por PorrúaPrint®, Ganaderos 149, Granjas
Esmeralda, 09810, Iztapalapa, Ciudad de México.
Tiraje 500 ejemplares

El siguiente número de la revista **EX LEGIBUS** estará dedicado a educación judicial, entre otras contribuciones nuestros lectores podrán consultar:

> **DOCTRINA**

"Derecho y Neurociencia", por Gerardo Felipe Laveaga Rendón

> **COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES**

"Desahogo de la pericial en genética en las controversias de reconocimiento de paternidad", por María Elena Mancilla

> **HISTORIA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO**

"Propuesta de proyecto para enriquecer el Museo del Poder Judicial del Estado de México", por María Elena García Díaz

> **COMENTARIOS**

"Nuevas Demandas en la Enseñanza Judicial. Destrezas y Habilidades", Víctor Manuel Rojas Amandi

> **RESEÑAS**

González, Leonel y Cooper, Jeremy: Capacitación Judicial en América Latina. Un estudio sobre las prácticas de las Escuelas Judiciales, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago, Chile, 2017, 167 pp., por Leonel Pereznieta Castro

Esquina Muñoa, César: Carrera Judicial. Antecedentes, realidades y prospectiva, Editorial Porrúa, México, 2016, 543 pp., por Yaritza Pérez Pacheco

Zaragoza González, Laura (Coord.), Derechos Humanos y Jurisdicción, Tirant Lo Blanch, México, 217, 210 pp., por Alma Guadalupe Melgarito Rocha

> **DOCUMENTOS**

Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y su Protocolo Adicional

"Reforma Constitucional en Materia Laboral y los retos para los Poderes Judiciales", por Arturo Alcalde Justiniani.





PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE MÉXICO