

La armonización de la legislación penal en América Central*

The harmonisation of criminal legislation in Central America

Francisco Javier Álvarez García
 Universidad Carlos III de Madrid
franciscojavier.alvarez@uc3m.es

Recibido / received: 19/02/2018
 Aceptado / accepted: 10/03/2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4154>

Resumen

La efectividad en la lucha contra la, especialmente, criminalidad organizada precisa inexcusablemente de la cooperación internacional, sin embargo condición de ésta, especialmente en un escenario tan complicado como es Centroamérica, de un acercamiento de las legislaciones de los diversos estados en términos de “armonización”. La experiencia del autor en la armonización de numerosos tipos penales en el ámbito del Sistema de Integración Centroamericano (SICA) es lo que se ha plasmado, sintéticamente, en este trabajo.

Palabras clave

Armonización, criterios de armonización, armonización máxima o mínima, principio de legalidad, cooperación internacional penal, organizaciones criminales.

Abstract

The effectiveness in the fight against organized criminality needs compulsory international cooperation. However, as a previous condition, it needs the convergence of legislations from different states in terms of “harmonisation”, mainly in the so complex scenario from Central America. This paper incorporates the author’s experience about preparing the harmonisation of a large number of criminal figures at the Central American Integration System (SICA).

Keywords

Harmonisation, harmonisation criteria, maximum or minimum harmonisation, rule of law, criminal international cooperation, criminal organizations.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Criterios de armonización.

* Del 20 al 23 de junio de 2011 se celebró, en Ciudad de Guatemala, la Conferencia Internacional de Apoyo a la Estrategia de Seguridad de Centroamérica; una de las consecuencias de la misma consistió en iniciar un proceso de armonización de la legislación penal de los países del Sistema de Integración Centroamericano (SICA) en materia de criminalidad organizada. Partiendo de ahí el autor de estas líneas elaboró diversos documentos de armonización de tipos penales.

1. Introducción

¿Por qué armonizar las legislaciones sustantivas y rituales de naturaleza penal? La respuesta es tan sencilla como contundente: porque el mundo ha cambiado y nos ha cambiado a las naciones. Efectivamente, desde hace no menos de dos siglos sabemos que no se puede vivir aislado, e incluso, aunque quisiéramos, que ello no nos es permitido, y el Imperio Británico lo demostró sobradamente a inicios del segundo tercio del siglo XIX cuando con su Armada obligó a China a establecer relaciones comerciales. Pero ya no sólo los imperios o las naciones vecinas, sino que tampoco los simples individuos, nacionales de un Estado u otro, permiten el aislamiento, y éste sólo se ha podido conseguir, al precio de mucha sangre, en algunos estados totalitarios: como sucedió en los “países del telón de acero” hasta 1991, o como ocurre hoy, todavía, con Corea del Norte. Pero se trata de prisiones artificiales destinadas a reventar, e imposibles de mantener – incluso inconcebibles- en regímenes “más o menos” democráticos.

El optimismo que invadió casi todo el mundo tras la 2ª Guerra Mundial trajo consigo, además, el germen de lo que, andando los tiempos, terminaría dando lugar a la globalización: la libertad de circulación, de asociación, de comercio, de residencia... ayudada por las tecnologías de la información y de la comunicación, ha “destruido” las fronteras nacionales tal y como se habían concebido hasta mediados del siglo pasado. Hoy en día no son pocos los extranjeros que conocen nuestros propios países mejor que los nacionales; tribunales, organismos internacionales o estados soberanos “imponen” a los países normas de conducta, y distintos textos internacionales reconocen a los extranjeros derechos –incluso el de participación en elecciones- a veces en plano de igualdad con los mismos naturales del país.

Pero la apertura de los países y la consagración de las libertades más arriba mencionadas, posibilitan también que un producto falsificado en Madrid se encuentre en un breve plazo en las estanterías de comercios de Roma, París, San José o Tegucigalpa, o que un sujeto delinca en Nicaragua y se refugie inmediatamente después en Panamá o República Dominicana. A partir de ese momento a los estados nacionales sólo se les presenta la siguiente alternativa: o colaboran entre ellos para perseguir el crimen, o refuerzan al delincuente en sus hechos favoreciendo su impunidad con la excusa formal de un principio de soberanía absolutamente trasnochado. Es decir: o la propia bandera se utiliza para envolver a la víctima y protegerla con ella, o, alternativamente, para hacer lo propio con el delincuente.

Es posible que hasta fechas recientes bastara para perseguir a los delincuentes “internacionales” con suscribir instrumentos de cooperación tales como los vetustísimos convenios de extradición, e incluso es razonable que este instrumento siga sirviendo en las relaciones entre países muy alejados y con escasísimo intercambio de todo tipo (¿cuántos islandeses o tayikos se relacionan al cabo del año con El Salvador?). Pero, desde luego, ello no es así en relación con otros países del mundo y mucho menos con aquellos otros con los que “compartimos” un mismo espacio geográfico, fronteras, o con los que los intercambios de todo tipo son muy abundantes. En estos últimos casos los criminales han “armonizado desde el punto de vista nacional” el delito, y lo cometen, indistintamente, a un lado u otro de la frontera, o llevándolo a cabo sólo en un lado sus efectos transitan al otro; o en delitos más complejos habitual es que mientras la acción y el resultado se producen en uno o en dos países, el aprovechamiento de los réditos de los mismos se lleve a cabo en un tercero o en un cuarto. La cuestión,

pues, es la siguiente: ¿armonizamos legalmente lo que los delincuentes han armonizado de hecho? ¿O seguimos atendiendo a llamamientos, en algún caso interesados, de atrincherar la lucha contra el delito dentro de las exclusivas fronteras nacionales?

Pero, al mismo tiempo, no debe olvidarse que los delincuentes, las organizaciones criminales han “armonizado” también por su cuenta elementos esenciales, conceptos integrantes de la estructura de los delitos que afectan a los fundamentos mismos de la comunidad humana. Así ¿qué es para los tratantes de personas una mujer o un trabajador clandestino? Pues no más de lo que sea cualquier animal, es decir: un objeto carente de identidad y, por supuesto, de derechos. Por ello se les cosifica y pueden aparecer en fosas comunes ante cualquier acto de rebeldía, de falta de acatamiento a las instrucciones que les imparten. Es decir: mientras que para los Estados los seres humanos han ido tomando a lo largo del siglo XX (lo que culminó en la Declaración Universal de Derechos Humanos) un valor en sí mismos con independencia de su nacionalidad, de su sexo o de cualquier seña de identidad, para las organizaciones criminales son únicamente objetos que pueden servir ora como meras piezas de recambio en el tráfico internacional de órganos, ora como fuente de placer para terceros en la prostitución forzada. Por eso debe decirse que la armonización de la persona se ha producido para las organizaciones criminales mediante la reducción a cero del valor de los seres humanos. Y esa “armonización” triunfa en el campo internacional.

El problema, además, es que hay delitos cuya naturaleza reclama lo internacional, siendo el caso más claro el del llamado ciberdelito. En este supuesto la referencia al mundo físico carece de sentido, pues el soporte de esa clase de crimen es un espacio virtual. Es decir: el ciberespacio, como nuevo ámbito de intercomunicación personal y social, conlleva la contracción de la distancia y el tiempo a la vez que la expansión de la capacidad comunicativa de cualquier usuario, con la consiguiente facilidad para los criminales potenciales para el acceso, sin barreras espaciales o territoriales, a los bienes de miles de personas. En Internet, pues, se puede realizar un delito desde cualquier país contra un objetivo situado en otro país, incrementándose exponencialmente el número de agresores y de víctimas y reduciéndose los efectos de los vigilantes. ¿Qué sentido tendría, en relación con estos delitos, no compartir instrumentos penales y procesales? El no hacerlo es igual a impunidad; se trata de una decisión de Política Criminal que deben tomar los países: ¿queremos dejar impune el ciberdelito? ¿Deseamos dejar indefensos ante los criminales a nuestros ciudadanos?

Pero no se trata únicamente de delitos, como el cibercrimen, en los que ontológicamente el espacio físico está desdibujado, sino también de aquellas figuras delictivas a las que la ya aludida “caída de fronteras” ha otorgado “otras alas”, o que incluso tenían ya, *in nuce*, vocación internacional. Es el caso, verbigracia, del tráfico de armas, del lavado de dinero o del tráfico de drogas ¿o acaso no han sido bandas mexicanas las que han causado alguna de las mayores tragedias en Guatemala, en el Petén, el 15 de mayo del año 2011? ¿O no han sido traficantes colombianos los que han estado dictando las reglas en el comercio internacional de las drogas? ¿O acaso el blanqueo de capitales no encuentra su Meca en paraísos alejados de los países en donde se han obtenido los beneficios derivados del delito?

Quizás hace algunos decenios existía la alternativa de armonizar o no las legislaciones, hoy eso es sencillamente una necesidad: no hay opción. Desde luego que el mismo problema se ha planteado en otras regiones donde incluso se ha superado ya la fase de armonización; es el caso de la UE, pero ciertamente eso

exige una evolución política (que, por otra parte, hoy está en crisis) a la que aún no se ha querido llegar en América Central.

Pero insisto (y lo volveré a hacer más abajo): la armonización legislativa es un proceso largo, lento, difícil, que exige mucha confianza y otras tantas concesiones, la creación de un clima más que de cooperación de intimidad, un transcurso en el que debe tenerse en cuenta que en un inicio es más importante avanzar en la creación de ese clima que en la confección de los concretos tipos penales o regulaciones procesales, y que son los países, de uno en uno y en su conjunto, quienes deben “llevar de la mano” esta evolución.

2. Criterios de armonización

En todo caso, a la hora de afrontar una armonización penal y procesal creo que deben tenerse en cuenta las siguientes reflexiones:

1. Semejanzas culturales. No cabe duda de que una de las tareas más importantes, quizá la fundamental, en un proceso de integración regional es la de la armonización legislativa, que siempre tiene un presupuesto: la aproximación o semejanza cultural, cuya carencia se constituye en una de las razones por las que tentativas de integración han fracasado o, sencillamente, no se han podido llegar a iniciar; es el caso, por ejemplo, de Turquía y la Unión Europea, pues las diferencias culturales, antes que las económicas o las relativas a los principios jurídicos fundamentales, hacen difícilmente viable la integración, y si se intenta de forma inmediata fracasará.

No es éste, sin embargo, el problema en la Región Centroamericana, en el ámbito del SICA. No obstante lo cual hay que señalar que más allá de la comunión lingüística y de otros muchos factores –fundamentalmente una Historia en buena parte compartida- que contribuyen a afirmar que existe un importante acervo común –que incluso abarca la literatura o la música y, por qué no decirlo, ciertas formas de expresión de la delincuencia-, la diferente derrota histórica de alguno de los países que conforman esta comunidad centroamericana, las guerras civiles, las distintas políticas exteriores, las opciones ideológicas y educativas, los posibles conflictos internacionales, la mayor o menor presencia de comunidades indígenas, las estructuras económicas y, muy especialmente por su carácter decisivo en múltiples aspectos, el mayor o menor desarrollo, pueden haber introducido diferencias o peculiaridades que no deben despreciarse, y que obligarán, si se quiere que el proceso de integración triunfe, a tenerlas en cuenta y a contar con ellas, a no prescindir de las mismas; en definitiva: a saber mantener esas diferencias (algunas de ellas queridas y recomendables) dentro de un proceso de integración.

Dicho de otra forma: integración política, más allá de un examen filológico, significa: unirse en los buscados puntos comunes, y mantener y proteger los ámbitos diferenciales.

2. Armonización legislativa regional y participación democrática. Pero los procesos de armonización legislativa han de ser procesos muy “vigilados” desde el punto de vista democrático, y ello por una potísima razón: el mandato que los ciudadanos de cada país han dado a sus legisladores está referido, entre otras cosas, a que la legislación de su Nación la deben hacer ellos, su Parlamento, y no instituciones ajenas a ese Legislativo. Ese constituye un límite que, a no ser que se modifiquen los términos constitucionales, no debe ser sobrepasado...aunque conviniera, aunque racionalmente fuera lo mejor,... En efecto, se trata de límites, los

establecidos por las Cartas Constitucionales, cuya superación un demócrata no puede aceptar en forma alguna. La conclusión, pues, está clara: la legislación de cada país la aprueba su propio Parlamento, como quiera que éste se llame, y de acuerdo con los procedimientos que se hayan establecido en sus textos fundamentales.

Sin embargo, no debe olvidarse que los ciudadanos de cada país han dado a sus legisladores, también, instrucciones para mantener a su Nación en el ámbito de la Comunidad de Naciones, pues sólo perteneciendo a esa Comunidad –y de ello tenemos ejemplos constantes a lo largo de la Historia- es posible el desarrollo y engrandecimiento de los particulares pueblos. Ese dato se ha comprendido perfectamente por las comunidades nacionales, y por ello los acuerdos, convenios y tratados internacionales, que en ocasiones suponen una obligación directa para los legislativos de normar en determinado sentido, menudean en el mundo internacional.

La cuestión, sin embargo, es la de distinguir entre “acordar para legislar” y “ser legislado”, siendo únicamente la primera conforme con la Constitución de las Naciones, a no ser que éstas hayan decidido realizar cesiones de soberanía (y el caso de la UE es más que evidente en este sentido) o, expresamente, en sus textos constitucionales abran la puerta a textos internacionales, aunque en este último caso se suele exigir la previa ratificación que, en definitiva, consiste en una legislación del propio Estado.

Así, pues, la primera determinación: armonización sólo puede ser igual a acuerdos de directrices que los particulares parlamentos nacionales han de encargarse de concretar e integrar, trámite la aprobación de las correspondientes leyes, en los distintos Ordenamientos nacionales.

3. Armonización máxima o mínima. Pero antes de pasar a otras cuestiones es conveniente precisar algo más el cómo debe ser esa armonización: mínima o máxima, con propuestas concretas de tipificación como referentes o no.

Debo, en primer término, señalar que no creo que los “códigos tipo”, como alguno que fue elaborado hace décadas, sean un instrumento ni necesario ni especialmente conveniente, pues, y el devenir de los tiempos así lo ha demostrado, al final generalmente sólo sirven como mera aportación teórica, frecuentemente muy alejada de la realidad a normar (pensada, como ha ocurrido con algunos códigos nacionales “llave en mano” elaborados por juristas extranjeros sin participación alguna –más que como “clap”- de los nacionales, para espacios distintos de aquéllos a los que teóricamente se dirigían). Así, pues, lo adecuado pareciera dirigirse –en un primer momento- al establecimiento de principios, de referentes legislativos, como, verbigracia, los siguientes: “los modelos penales referidos a los delitos de lesiones deberán acoger la prohibición tanto de acciones positivas como omisivas”, o “la referida conducta deberá ser castigada con pena de prisión que exceda, o sea igual, en el mínimo de su marco penal a los tres años”.

Se trata, como puede fácilmente deducirse, de referentes de armonización muy elementales, pero que en gran parte de los casos permitirían construir un “mundo penal” armonizado en la Región, y acabar con el particularismo jurídico nacional que tanto dificulta la “conversación jurídica” entre las distintas naciones pertenecientes al SICA.

4. Precisiones sobre “lo” máximo y lo mínimo en materia de armonización. Aludíamos más atrás a la oportunidad de optar por una armonización mínima o

máxima. Pues bien, antes de avanzar en esta dirección resulta conveniente dar contenido, a grandes rasgos, a lo que entendemos por una y por otra.

La armonización mínima está prevista para aquellos casos en los que la lejanía entre los diferentes sistemas jurídicos se encuentra tan marcada por los muy diferentes principios de los que parten, que el intento de mayor integración resulta no sólo imposible sino también inconveniente, pues el fracaso –también en los niveles políticos- estaría garantizado. Así, en esa integración mínima se trataría exclusivamente de “ir acercando” los diferentes sistemas, manteniendo las diferencias irreconciliables, pero tratando de esa forma de solventar en lo posible los conflictos que pueden plantearse entre los diferentes países en su interpretación y aplicación.

Entiendo que, con carácter general, este no es el caso de los sistemas jurídicos adoptados en los países del SICA, y que es posible trascender a estos niveles mínimos de armonización.

Así pues sostengo que en el ámbito del SICA puede acudir a máximos de armonización (exceptuando, quizás, algunos supuestos), de forma tal que sea posible confeccionar directrices a las cuales ajustar las diferentes legislaciones nacionales. De esa forma, y con independencia de las características de cada país que únicamente constituirán peculiaridades legislativas sin especial trascendencia en el diseño de las instituciones, podrá llegarse a “hablar el mismo idioma” penal y procesal penal en la Región.

5. Armonización y modelos regulativos. Pero el que el documento de armonización se limite a incluir en grandes líneas –aun en un modelo de armonización de máximos- los elementos integrantes de los diferentes delitos o, en general, instituciones, no es obstáculo para que paralelamente, y al margen de aquel documento, se propongan modelos regulativos más acabados y que puedan servir como referente para los legisladores de los diferentes países. De esa forma los distintos Parlamentos tendrían “a la vista” los modelos de propuestas normativas que los países están utilizando para confeccionar sus códigos, con lo que la tendencia a la uniformidad sería más acusada, y el logro de la armonización más fácil.

Por lo tanto, se estima conveniente la confección de dos documentos: uno con la expresión de los elementos mínimos a incluir en las concretas regulaciones, y otro con propuestas definidas de tipificación o regulación.

6. Armonización y método: la importancia de los principios generales. Especial referencia al Principio de Legalidad. Obviamente el proceso de armonización referido tiene dos presupuestos necesarios: uno, el estudio de la legislación particular de cada uno de los países que integran el SICA, y el segundo, la participación en unos principios generales informadores del Derecho Penal y Procesal Penal que servirían de guía a las propuestas de construcciones normativas.

Prescindiendo en este momento del estudio particular de las legislaciones penales y procesales nacionales, pues ya ha sido efectuado por la COMJIB de acuerdo con encargo efectuado por el SICA, habría que fijarse exclusivamente en el establecimiento, a grandes rasgos, de los dichos principios informadores de la materia, que se constituirían en los cimientos del sistema de armonización y que tendrían una influencia que iría considerablemente más allá de las concretas regulaciones de las diferentes instituciones o estructuras delictivas. Esos principios

se corresponderían a los que son generalmente aceptados en un Derecho Penal y Procesal correspondiente a un moderno Estado de Derecho.

Debe señalarse que por más que se trata de “principios” ello no significa, como es conocido, que queden al margen de la aplicación diaria del Derecho Penal y Procesal Penal, pues estos Ordenamientos se aplican ordinariamente a través de sus principios, y no son pocas las ocasiones en las que Tribunales Constitucionales declaran contrarios a la Carta Fundamental particulares preceptos por ser, precisamente, contrarios a estos “principios”. Más aún: la sola aprobación y aplicación práctica, consecuente, de estos principios a los distintos códigos de la región, implicaría, a veces, cambios decisivos en sus legislaciones, pues no son pocos los casos en los que alguno de los dichos principios –verbigracia, el mandato de taxatividad en materia penal- resulta severamente conculcado.

De entre los numerosos principios que iluminan la confección del Derecho Penal y Procesal, no es aconsejable prescindir de la referencia particular al que está en la base de todos ellos; me refiero al Principio de Legalidad.

El Principio de Legalidad en materia penal no constituye un mero expediente formal, sino que forma parte de la cultura jurídica de todos aquellos sistemas que siguen el modelo continental europeo. Para éstos las leyes penales son algo más que fórmulas escritas asociadas a una voluntad política. La ley penal no es ningún servicio social de un Estado obsequioso, sino un quebradizo objeto con entidad separada que el Estado únicamente ha de preservar. El Principio de Legalidad penal hace posible y reclama el Principio de Legalidad procesal. La legalidad penal es el presupuesto para la firme organización de la independencia judicial y del juez determinado por la ley. Del Principio de Legalidad penal depende la fuerza de convicción de las decisiones penales tomadas en un proceso; y el crédito que merecen las defensas invocadas depende de la ley. Sin Principio de Legalidad no hay en los Tribunales ambiente alguno posible de racionalidad, como tampoco estudios jurídicos de altura. En definitiva, la preservación del profundo contenido del Principio de Legalidad penal es una de las tareas más responsable y con mayor proyección de las que tiene que llevar a cabo el Estado.

Pero otro de los aspectos de la legalidad penal es el referido a la exigencia de determinación de la pena, lo que requiere algo más que la simple amenaza de que la comisión de una conducta tipificada como delictiva llevará consigo la imposición de una pena de prisión; y tampoco se verá cumplimentada aquélla exigencia en los casos en que aún delimitado en el tiempo el período de prisión con el que se amenaza, el marco penal sea tan amplio que se pueda entender que la limitación es ilusoria.

¿Cuál es el fundamento material de esta exigencia? En primer lugar hay que poner el acento sobre una de las características del moderno Derecho Penal; es decir, hacer hincapié en que estamos ante un Derecho Penal del hecho y no de la personalidad, que de lo que se trata de juzgar son conductas concretas y precisas llevadas a cabo por el imputado, y no sus personales inclinaciones. En este sentido resulta evidente que la aceptación de marcos penales excesivamente amplios pone en peligro este planteamiento, ya que posibilita grandes dosis de subjetivación judicial, lo que facilita, a su vez, la tendencia a “enjuiciar” o a tomar la concreta decisión con atención a la “manera de ser” al “carácter” del sujeto, y no a las particulares y concretas conductas llevadas a cabo por el infractor.

Pero desde luego que la consecuencia más indeseable de la creación de extensos marcos penales es la frecuente conculcación del Principio de Igualdad,

pues el extraordinario recorrido de la pena provocará que de unos tribunales a otros se produzcan grandes diferencias en la determinación final de la sanción. A lo anterior -y también como efecto de la elaboración por el Legislador de marcos penales excesivamente amplios- ha de unirse la consecuencia de un favorecimiento de la tendencia a imponer penas mínimas. Son casos en los cuales los aplicadores suelen huir –por excesivos- del agotamiento de los límites superiores de los marcos punitivos, acudiendo a los límites inferiores de la pena y creando, de esta forma y de hecho, un nuevo marco penal.

Asimismo, una gran amplitud de marcos penales puede llevar consigo una confusión valorativa más que considerable, consecuencia de la similitud entre las sanciones con las que se castigan los atentados a bienes jurídicos de diversas magnitudes.

7. Los ciudadanos como destinatarios de la norma: el conocimiento de su contenido. El camino a la armonización legislativa, y más en el ámbito penal y procesal penal y por las características de estos Ordenamientos, requiere prestar atención, en primer término, al hecho de que los destinatarios de las normas son los ciudadanos, y que toda pretensión de obediencia, de acatamiento del Derecho, implica el hacer comprensible esas normas para que así se pueda dar ese momento del conocimiento normativo que está en la base de la exigencia del cumplimiento. La afirmación de que las normas obligan a pesar de su desconocimiento constituye una exigencia del principio de vigencia pero no del de eficacia, éste último requiere ineludiblemente conocimiento normativo; de ahí que en el mundo del Derecho Penal el error sobre la antijuridicidad de la conducta, sobre la existencia o presupuestos de las causas de justificación, en definitiva: sobre la prohibición, impide la afirmación de la culpabilidad de los sujetos o su afirmación atenuada dependiendo de las posibilidades que hubiera tenido la persona de haber llegado a conocer.

Pero para que esa norma pueda ser conocida es exigible que se pongan en marcha, desde su mismo nacimiento, unos controles internos que faciliten el acceso a su conocimiento; y no me refiero en este momento a la publicación de la misma (lo que, obviamente, constituye una condición de la vigencia normativa) sino a la comprensibilidad de los preceptos, a su accesibilidad. En efecto, los legisladores, en la confección de los preceptos legales, muy frecuentemente utilizan un lenguaje abstruso, en ocasiones sólo comprensible para ellos (ni siquiera para el mundo general de los juristas), con el cual elaboran preceptos larguísimos, casuísticos, reglamentistas, en los que muy difícilmente se percibe, aún por los más avezados hermeneutas, su sentido y, a veces, ni siquiera su intención, su razón de ser.

Pues bien, esta es una forma de legislar que no sólo compromete la eficacia de la norma, sino que se manifiesta como severamente antidemocrática, pues no permite al destinatario de la norma –ese ciudadano anónimo revestido de las cualidades del hombre corriente, lo que muy frecuentemente supone que está desposeído de una gran formación en el mundo del Derecho- llegar a la correcta intelección del precepto, y, por tanto, a ajustar su conducta a lo pretendido por la norma. Todo ello terminará precipitando en ocasiones un incumplimiento involuntario difícilmente subsumible en la institución del error, por lo que, en no pocos casos, se acabará castigando a un buen ciudadano, respetuoso de las leyes hasta donde llegó su comprensión, y víctima de un Ordenamiento que debió hacerse para él, para su protección, buscando su felicidad. Pues no debe olvidarse que la cesión de libertad que, según las teorías contractualistas, efectúa cada ciudadano en favor del Legislativo, se hace para que éste legisle en beneficio de todos, y que por ello cada individuo “traspasa” al Legislativo una porción de su libertad que le permite a éste dictar leyes con alcance general.

En este sentido resulta ineludible elaborar los preceptos penales y procesales usando un lenguaje claro para los ciudadanos, exactamente la lengua que ellos mismos utilizan para sus relaciones ordinarias, puesto que en la redacción de las normas no se trata de que los legisladores hagan obscena y presumida exhibición de su superior formación cultural, sino de que se hagan entender, de que trasmitan adecuadamente el mensaje normativo. Lenguaje limpio, claro, sencillo, utilizando una gramática directa, simple, que huya de todas aquellas formaciones que oscurecen muy frecuentemente el sentido de lo expresado; es decir: hay que utilizar el lenguaje corriente, habitual en la comunicación, porque al pueblo se dirigen los preceptos que se confeccionan. Sólo excepcionalmente –pero la singularidad no debe sustituir la regla- y cuando la precisión del precepto, cuando las exigencias de la taxatividad lo requieran, se deberá acudir al lenguaje técnico, a aquél que sólo es fácilmente comprensible para una minoría de la población; pero en esos casos deberemos asegurarnos que los destinatarios de esa norma concreta son un reducido número de personas que se caracterizan por sus conocimientos especializados. En el caso de que ello no sea así, los poderes públicos estarán democráticamente obligados a realizar esfuerzos suplementarios por hacer accesible el conocimiento de la concreta norma, lo que, en ocasiones, requerirá del Legislador incluir definiciones en los textos legales.

Esta predisposición, además, facilitará los problemas de hermenéutica y pondrá límites a interpretaciones disparatadas. Es decir: ¿hasta qué punto es admisible la discrepancia en la fijación del sentido de las palabras entre el lenguaje ordinario y el jurídico? No debe olvidarse que la lengua es un instrumento que se ha ido amasando durante años, y durante ese tiempo ha ido perfilándose un sentido que suele ser mayoritario contextualmente contemplado. No son aceptables –desde el punto de vista de la lógica, otra cosa es la perspectiva de la defensa penal- las maniobras de los abogados tramposos que para intentar excluir una acusación de injurias buscan y buscan en los diccionarios hasta encontrar, en el más recóndito, un significado que apoye lejanamente sus tesis, aunque se trate de diccionarios cuyo uso terminó en el siglo XVI, al poco tiempo de aparecer Hernán Cortes por tierras americanas, ¡pretendiendo el abogado que su cliente utiliza el mismo lenguaje de los conquistadores y no el de sus padres!

Como dice un conocido autor, aunque de filiación política desgraciada y cuyo nombre es preferible que quede en el olvido, “Es seguro que la interpretación de la ley no se puede situar en oposición abierta al sentido lingüístico y que, por consiguiente, no se puede equiparar aquello que para la comprensión lingüística general significa precisamente lo opuesto. Si un precepto jurídico prohíbe, por ejemplo, llevar perros a las salas de espera, puede que sea viable ampliar el precepto, mediante interpretación extensiva, al caso de que alguien lleve con él un lobo domesticado (caso de que exista una cosa así). Con toda seguridad, la extensión a un oso bailador encontraría oposición. Y el que afirmase que, conforme al sentido regulador del precepto, también los gatos habrían de ser considerados 'perros' se expondría al anatema de la ridiculez. En este caso, el esfuerzo por alcanzar una solución jurídica adecuada podría llegar, a lo sumo, a completar la ley mediante la analogía, si es que ésta se encuentra permitida en el sector jurídico en cuestión”.

Por otra parte no debe olvidarse que la separación del intérprete del sentido del lenguaje, del “ámbito de lo posible” lingüísticamente, constituye, siempre, una opción contraria a las determinaciones constitucionales. Pues traiciona la división de poderes y rompe la pretendida limitación del Estado en materia punitiva.

A la mayor parte de los problemas hermenéuticos se les puede salir al paso, se puede impedir que se planteen, si hay una utilización adecuada de los vocablos - cercana al uso popular de los mismos- en la construcción de los preceptos: el lenguaje es creación pero también cárcel, y los límites al *ius puniendi* del Estado, así como los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, exigen al Legislador penal el ser un estricto carcelero, impidiendo que las palabras definidoras de los modelos penales tengan margen alguno para “cumplir su pena en libertad”. Pero a ello se puede llegar más fácilmente si en el diseño mismo de los preceptos se toma la opción por el “lenguaje popular”, lo que permitirá, también, hacer llegar más fácilmente a los ciudadanos el sentido del mensaje normativo, lo que disminuirá los supuestos de error sobre la prohibición.

Por ello también en los estados en los que existen comunidades que no participan en sus relaciones ordinarias de la lengua mayoritaria que es aquella con la que generalmente se hacen las leyes, es obligado poner al alcance de los ciudadanos normas en su lengua de uso; y ello debe ser entendido no como una concesión o un “bello gesto”, sino con la conciencia de que únicamente de esa forma puede garantizarse la eficacia de la norma al tiempo que se respetan los derechos constitucionales de esas minorías. Es decir, estamos ante una exigencia democrática.

8. La generalidad como técnica tipificadora. Pero, además, los preceptos se debe redactar teniendo en cuenta que son normas generales, dirigidas a una pluralidad de sujetos, evitando el casuismo que únicamente es productor de lagunas que, posteriormente, el Legislador trata de “tapar” mediante otro precepto casuístico que, nuevamente, dejará supuestos fuera de la regulación. Laguna tras laguna no son infrecuentes los casos en los cuales las normas terminan ahogándose en un océano de incertidumbres.

Normas generales, pues, confeccionadas para abarcar una gran pluralidad de supuestos, y que por ello dan lugar a una Jurisprudencia viva, actualizadora constantemente de la norma sin exigir la modificación formal de la misma. Ello permite una mayor estabilización temporal del Ordenamiento y, al mismo tiempo, que la doctrina de los Tribunales no termine cada poco tiempo en la papelera del Legislador, convirtiendo en inútiles los preciosos, y generosos, esfuerzos que día tras día realizan nuestros Jueces, Magistrados y Fiscales.

Facilitar y facilitar tiene que ser la meta del Legislador, y para ello han de construirse los Códigos con una geografía fácil y una sistemática sencilla que permita al operador jurídico el navegar por ellos de forma relajada. Hay que evitar en lo posible los preceptos de párrafos interminables, repetitivos, que se “empeñan” en excepcionar continuamente la Parte General de los Códigos, y que son confeccionados al modo de las antiguas Recopilaciones de leyes y no en clave de codificación.

Generalidad, claridad, brevedad, limpieza, deben ser las palabras orientadoras de la labor del Legislador.

9. Claridad versus obscuridad. Por otra parte hay que tener en cuenta que preceptos oscuros se corresponden, generalmente, con una Justicia desigual y con un clima de inseguridad jurídica. En efecto, debe partirse de la idea de que en cualquier país los operadores jurídicos se cuentan por miles, y que diariamente se realizan decenas o centenares de miles de actos con sentido jurídico. Las normas jurídicas, así, no se dirigen únicamente a los administrados ni a los jueces (en la clásica distinción de norma primaria y secundaria) sino también a otros muchos

sujetos que la intermedian o la aplican: abogados, registradores, notarios, técnicos del Estado, autoridades, fiscales... Es decir, las normas integran supuestos que diariamente se evalúan por una multiplicidad de sujetos, y por ello las dificultades en su elaboración van a transmitirse al hacer de esa multiplicidad de operadores, con la consecuencia de una desigualdad en la aplicación de la misma y la previa de una gran inseguridad. ¡Cuántas veces distintos jueces ante un supuesto en todo similar han aplicado de forma diferente la norma, de manera que lo que pudiera parecer manifestación de independencia judicial pase a serlo de injusticia e iniquidad! Ante semejante situación ¿no es lógico que se produzca un gran descrédito normativo y que cada administrado concluya que no hay en realidad norma, que cada cuál aplica el Derecho que más le conviene?

Si el principio de igualdad es uno de los referentes constitucionales ineludibles, la norma jurídica tiene que procurar que se haga posible su realización, y para ello uno de los condicionantes es que el Legislativo proporcione a los operadores jurídicos un material normativo que facilite, que procure, una interpretación igual.

10. Peligros de las legislaciones anticuadas. La legislación, por otra parte, ha de ser una legislación actualizada, que responda con criterios de modernidad y de Justicia a los nuevos problemas, a los renovados conflictos que se plantean en la sociedad. De otra forma nos arriesgamos a que el Ordenamiento se vea complementado con toda una serie de “normas” procedentes de ámbitos que no están legitimados para su producción.

Es decir, cuando el Juez se enfrenta a leyes antiguas que, por esa misma razón, no infrecuentemente son injustas en su aplicación a una realidad cambiante, el operador jurídico se ve sometido a dos tensiones contrapuestas: optar por la legalidad y ser injusto, u optar por la Justicia material y, por ello, cometer una ilegalidad, una injusticia “en las Fuentes”. Generalmente tratará de encontrar salidas “imaginativas” al conflicto, como aplicar atenuantes forzando la ley, o “cerrar los ojos” a la concurrencia de elementos típicos, y con ello disminuir la pena en el primer caso o negar la existencia del delito en el segundo. Son formas, indirectas, de prescindir del Ordenamiento, de colocarse enfrente del mismo, de convertirse, el Juez, en Legislador. Pero se trata, además, de una conducta “que puede ir a más”, en los casos en que las “salidas imaginativas” no resuelvan el problema de Justicia material, pues en ese caso, no infrecuentemente, el Juez acudirá, en ocasiones, directamente, a la creación normativa, sin tapujos. Es decir: a prevaricar.

¿Podemos afirmar por ello que el Juez es un prevaricador en sentido propio, siendo así que cada uno de nosotros, desde el punto de vista de la Justicia, concordaríamos con su solución? Ciertamente no siempre. Pero, sin embargo, se ha separado de la Ley, dando lugar a una aplicación arbitraria, y con frecuencia desigual, del Ordenamiento Jurídico, lo que abre la “caja de Pandora”.

El problema, además, es que, dicen, al Juez le ocurre lo mismo que a los tigres: que una vez han probado sangre humana no pueden prescindir de ella, y solamente es ahí cuando se habla de “tigres asesinos”; fuera de esa situación jueces y tigres son, al parecer, animales relativamente pacíficos. Pues bien, el Juez, de la misma forma que ese animal, y una vez que ha probado la estupefaciente sensación de crear normas, reglas de conducta para los demás, difícilmente se sustraerá en el futuro a seguir creando Derecho. De esa forma la antigüedad del Ordenamiento creará tres problemas: uno el que se deriva de la vetustez misma de la legislación, dos de igualdad, tres el de “incorporar” a la creación de las normas a un agente no habilitado constitucionalmente para ello pero que pronto se hará un

adicto difícil de deshabituarse: será más fácil hacerlo con el adicto a los narcóticos que con el Juez convertido en Señor del Derecho general y particular, del que dicta la norma y la aplica. Este hecho, no hace falta insistir mucho en el subrayado, ha llevado, y lleva con frecuencia, a la creación de conflictos constitucionales (especialmente con algunas Salas de las Cortes Supremas) difícilmente solucionables.

11. Código penal frente a legislación especial. Se observa también en algunos casos cómo, especialmente, el Código Penal ha perdido autoridad, y cómo, asimismo, han proliferado fuentes diversas a las que debe acudir el Juez para dictar la norma particular que se plasma en la resolución judicial. En efecto, no en pocos supuestos los legisladores han decidido abandonar la idea decimonónica de Código que estaba presidida por la imagen de “universalidad”. Se trata de un abandono que seguramente vendrá avalado por algunas consecuencias positivas, pero que tiene inmediatos efectos negativos; y es que con la legislación especial al Legislador le resulta más fácil huir del sistema del Código y prescindir de los más elevados niveles de garantías que supone la legislación codificada, refugiándose en el mundo de la legislación especial en donde es más sencillo burlar los sistemas construidos para la protección del ciudadano. Es decir: el continuo acudir a la legislación especial suele traducirse en una voluntad de “cambiar las reglas del juego”, y convertir lo que debería constituir una excepción en modelo de comportamiento para sectores enteros del Ordenamiento, desde donde tales patrones terminarán emigrando al Derecho Penal común. Así lo que era excepcional se termina convirtiendo, con mucha frecuencia, en la norma.

El Principio de Legalidad se verá, en esa legislación, más fácilmente vulnerado, mediante el recurso a tipos indeterminados, abiertos, e, incluso, la alegación indisimulada a la analogía creadora, así como por el reconocimiento de un amplísimo, incluso excesivo, arbitrio judicial.

Por otra parte, y además de las consecuencias ya indicadas para el Principio de Legalidad, la decisión de orillar la técnica codificadora origina, entre otros, los siguientes problemas: 1ª) La opción por la legislación especial como sistema global resulta harto inconveniente, porque, precisamente, ha sido a través de esta legislación especial por donde, esencialmente, se ha producido la mayor hipertrofia del Ordenamiento penal. 2ª) El uso de la legislación especial supone también, generalmente, una modificación esencial en la técnica legislativa en relación con la seguida en la elaboración de los códigos. Efectivamente, estos últimos se caracterizan por el uso de cláusulas generales con pretensión de ser aplicadas a una multiplicidad de supuestos, y por ello el lenguaje empleado en la elaboración de los preceptos de los códigos se ajusta a aquella finalidad, tratándose, por lo tanto, de un lenguaje fácilmente integrable en los “códigos” ordinarios de la comunicación. En cambio, las leyes especiales son el reino de lo particular, de lo concreto: “los lenguajes de las leyes, múltiples y discordantes, prolijos y ambiguos, declamatorios y programáticos, hacen ahora imposible un lenguaje unitario..., del cual el intérprete pueda inferir criterios constantes y unívocos de lectura”. 3ª) Provoca un gran desorden en los marcos normativos, lo que es debido tanto a la ya citada hipertrofia legislativa como a las difíciles relaciones que se establecen en el interior del Ordenamiento penal entre el Código y las citadas leyes penales especiales. 4ª) El abuso de la legislación especial suele originar, también, una perversión del sistema de sanciones –por ejemplo, abuso de las penas cortas privativas de libertad-, y la creación de mecanismos peculiares de determinación de la pena.

12. Modernización del trabajo parlamentario. Una moderna ciencia de la legislación está revestida de requerimientos que la hacen especialmente idónea en

los procesos de armonización legislativa, precisamente porque su racionalidad en un proceso de integración regional facilita el llegar a acuerdos, a convenciones donde se una la voluntad de todos los implicados.

Sin embargo hay que tener en cuenta que con mucha frecuencia la práctica parlamentaria, el modo de desarrollarse el “trabajo parlamentario”, viene impidiendo la aplicación de una verdadera “ciencia de la legislación”, imponiendo las mayorías su criterio sin, en algunos casos, valoración, motivación y justificación alguna. En definitiva, el método impuesto en la práctica para la elaboración de la legislación penal –en el que se huye absolutamente del científico más rudimentario- convierte en muchas ocasiones en algo vacío, en papel mojado, el teórico control parlamentario que termina por no servir absolutamente para nada. Por ello parece imprescindible optar por el método científico en la construcción de las leyes, pues se trata de un método con el que es más fácil “encontrarse” con el ideal democrático dado su anclaje en el racionalismo.

En efecto, se trata de implantar un “modo de hacer” en el que la utilización de datos estadísticos, información sobre la efectividad de las incriminaciones y de los instrumentos extrapenales de prevención o tutela, de los medios alternativos de resolución de conflictos, etc., permita decidir ¿cuánto Derecho Penal?, y ¿qué Derecho Penal? hay que implantar. De esta forma, y como señala algún autor, el método científico se convierte en garante del democrático en la construcción de las leyes. Casi se podría decir que pasados tres siglos hay que continuar reivindicando las exigencias de los enciclopedistas en sus mismos términos: abrir las puertas y ventanas a la razón.

Este método tendría, además, una ventaja añadida: limitaría de alguna manera la utilización exclusiva, o casi exclusivamente, política-demagógica que, de cuando en cuando, se hace de la legislación penal, lo que se expresa especialmente en el Derecho penal simbólico, o en un Derecho penal tendente no a la mejor protección de los bienes jurídicos –con la menor afectación de derechos fundamentales- sino a la obtención de la aprobación entusiasta, del aplauso de determinados sectores, lo que pudiera implicar réditos electorales. El problema es que esta forma de hacer las leyes al servicio, en muchas ocasiones, de “extenuantes y discutibles compromisos políticos”, provoca un acelerado desprestigio de la norma como vehículo de defensa de las libertades.

Se trataría, en definitiva, de hacer llegar al mundo de la legislación la misma práctica que afectó, hace ya siglos, a la Jurisprudencia. En efecto, en nuestro Derecho histórico ya se contemplaba la obligación de motivar las resoluciones judiciales en numerosos supuestos; desde este punto de vista resulta llamativo que se considere que el Legislador puede ser, con la única limitación de la Constitución, todo lo arbitrario que quiera, todo lo despótico que desee, hasta el punto de que no esté obligado, ni siquiera, a explicar el por qué de sus resoluciones; y lo que resulta más alarmante –y choca con una tradición racionalista inaugurada hace ya unos siglos-, sus decisiones, sus opciones legislativas, pueden adoptarse marginando el método científico, lo que, obviamente, no resulta, de ninguna forma, admisible. El seguir manteniendo, a estas alturas de los tiempos, la absoluta libertad del Legislador, supone un anacronismo histórico fuera de cualquier justificación. Obviamente no va a resultar fácil imponer controles al Legislador en su actividad, pues nunca ha sido dócil el poder político a aceptar controles por más que haya sido en aras a la racionalidad jurídica, pero ello no significa, desde luego, que se deba renunciar a la tarea de racionalizar el sistema de producción de normas.

Pues bien, esa exigencia de motivación de las decisiones legislativas –que ya no resulta insólita en el mundo jurídico, más aún: en determinados ámbitos, como en el Derecho Comunitario europeo, es moneda común- llevaría consigo un profundísimo significado que tiene que ir más allá de una mera “verificación del cumplimiento de las formalidades competenciales y secuenciales previstas para la elaboración legislativa en la Constitución”. En efecto, la primera exigencia de la motivación consistiría en justificar –con la aportación de datos empíricos, doctrinales, etc.- el por qué de la necesidad de acudir al instrumento penal como técnica de tutela del interés de que se trate; abriéndose, así, la posibilidad de someter a enjuiciamiento el principio de *ultima ratio* de la ley penal. Esta perspectiva tiene una mayor justificación si se parte de una concepción unitaria de lo ilícito que haga comprender las reacciones del Ordenamiento como un *continuum* que comienza con los modelos menos traumáticos de reacción frente a la infracción tanto para el infractor como para la víctima, y finaliza con el uso del modelo penal de prevención/represión.

Una teoría general de lo ilícito, pues, del cual el penal sólo sería una parte, y que serviría para estudiar atentamente las relaciones entre los distintos medios de reacción frente a lo injusto. En este planteamiento, la exigencia de motivación de la legislación penal jugaría a favor de esa consideración unitaria de lo ilícito, del principio de subsidiariedad, y obligaría a emplear una metodología necesariamente interdisciplinar, lo que enriquecería notablemente la discusión legislativa y autorizaría modelos de control constitucional que no se limitaran a una cuasi estéril comprobación de si la norma en concreto ha sido aprobada mediante el instrumento legislativo predispuesto en la Constitución, sino que podría entrar a valorar la corrección no de la opción legislativa en sí, sino de la utilización del concreto instrumento penal frente a otros posibles. El principio de subsidiariedad, así, se hace “justiciable”, y pasa de ser un mero ideal puesto en cuestión una y otra vez por decisiones arbitrarias del Legislativo a un referente de constitucionalidad de las leyes.

13. *Ultima ratio*. Se trata, pues, no únicamente de cómo se tipifican penalmente determinadas conductas sino si es preciso llevar al Código Penal ciertos comportamientos. Pues el éxito no está, necesariamente, de la mano de la mayor y más pesada sanción, dado que gravedad de la sanción y eficacia no están necesariamente unidas, más aun cuando existen márgenes altos de impunidad y de retraso en la Administración de Justicia. En este último sentido más vale en muchos supuestos una sanción administrativa o de Derecho privado pronta y contundente, que un largo proceso penal que termina, a veces, en sanciones ridículas o difíciles de ejecutar.

Permítaseme en este punto acudir a un buen ejemplo de lo que quiero decir, quizás el más afortunado de la legislación española de los últimos ocho años, y que constituye un verdadero referente mundial en la materia. Me refiero a un problema que resulta especialmente acuciante en nuestros países: los accidentes de tráfico con su secuela de muertos, heridos, incapacitados, daños, multimillonarias indemnizaciones y, paralelamente y como consecuencia de lo anterior, altos precios de las primas de los seguros. Pues bien, en el año 2001, en España, los muertos como consecuencia del tráfico vial fueron 5.517; en 2003 los accidentes de tráfico causaron 3.993 víctimas mortales; en el 2008 habían disminuido los muertos a 2.180; en el 2009 fueron 1897 las víctimas; en 2010 han sido 1730 las personas fallecidas, y para el 2017 las defunciones sólo han llegado a 1200 (hace casi sesenta años los muertos fueron 1479, siendo así que el parque de vehículos actualmente es de 32.000.000 frente al 1.000.000 del año 1960). ¿A qué se debe esta drástica disminución de los fallecidos a pesar del aumento del parque de vehículos? Sencillamente a una adecuada combinación de represión administrativa,

penal y tecnología, junto con una depurada gestión burocrática de las sanciones y una política preventiva apropiada. Insistimos en los resultados: de 5517 a 1200 muertos en dieciséis años. Muy sencillo, muy rentable...y muy rápida la obtención del éxito.

Desde luego este modelo punitivo no es aplicable en todos los casos, pues la importancia del bien jurídico protegido junto con la dinámica de la concreta figura no siempre lo permite al menos con la amplitud con que se ha aplicado a los accidentes de tráfico en España, pero es verdad que sí lo es en muchos ámbitos de la represión: es el caso del tráfico de armas, los ilícitos alimentarios o los urbanísticos.

14. La medida de la pena. En fin, no debe olvidarse que las diferentes conductas a regular no tienen, *per se*, una sanción penal ontológicamente asignada. La idea de que cada delito tiene una pena “naturalmente determinada” es radicalmente falsa, y por eso las teorías de la retribución no pueden señalar ningún límite a la extensión de las penas privativas de libertad. La pena, la medida de la pena, viene dada por diferentes factores como los que ahora se expondrán, y que dependen, como es obligatorio colegir de lo que se dice a continuación, del concreto Ordenamiento Jurídico nacional.

Pues bien, a la hora de elaborar pautas adecuadas para establecer criterios que permitan una correcta fijación de los marcos penales correspondientes a los distintos delitos –y respetando, como decía, la realidad plurinacional-, hay que tener en cuenta que nos enfrentamos a un problema referencial y valorativo. Referencial porque la vigencia del principio de proporcionalidad impone el establecimiento de una relación entre importancia del bien protegido y pena con la que se amenaza la conculcación de la conducta impuesta o prohibida. De forma tal que sería infringida la proporcionalidad tanto si, en general, se amenaza con mayor pena el ataque a un bien de menor importancia que la agresión a uno de mayor relieve, como si se castigara con penas distintas el acometimiento -con las precisiones que más tarde se efectuarán- a bienes de igual valor . Es decir: que una vez fijada la pena a imponer por el ataque al (o a los) bien (bienes) de referencia, las posibilidades de elección de pena en relación con otros bienes resultan seriamente mermadas. Pero el establecimiento de marcos penales de referencia no puede hacerse únicamente teniendo en cuenta la distinta importancia de los bienes constitucionalmente contemplados, ya que tal criterio sería marcadamente insuficiente -nos arrojaría, por ejemplo, a castigar con la misma sanción el homicidio doloso y el imprudente, la tentativa y el delito consumado-. Por ello es menester, además, acudir a otras pautas valorativas para fijar la sanción adecuada a cada conducta jurídico penalmente prevista.

El cuáles sean esas referencias va a venir determinado fundamentalmente por: Primero, criterios de proporcionalidad vinculados con la afectación del bien por la conducta desarrollada por el sujeto ; Segundo, la especial posición de éste en el seno del ordenamiento jurídico; Tercero, conclusiones derivadas del principio de fragmentariedad; Cuarto, dado que el Derecho penal no sanciona resultados sino conductas dirigidas a la causación de esos resultados, por las consecuencias derivadas de la confesada función motivacional de la norma penal; Quinto, el grado de participación en el delito; Sexto, planteamientos preventivo generales y especiales, y Séptimo, finalmente, por la peligrosidad del sujeto activo del delito.

15. El “control nacional” de los procesos de armonización. En todo caso volver a señalar que no hay que olvidar que el proceso armonizador debe ser conducido “desde dentro”. Es decir: son los países, y las instituciones de esos países, las que deben tomar los mandos del proceso, de otra forma el intento de

aproximación legislativo nacerá muerto. Ello exige que los operadores jurídicos de cada país “pongan sobre el tapete” los problemas, las soluciones, las lagunas de su propio Ordenamiento, y ellos mismos sugieran las soluciones y lleguen a los acuerdos necesarios con los otros países. En este sentido, los asesores exteriores a los países sólo pueden desempeñar, precisamente, ese papel: el de asesores, pues el necesario consenso es una iniciativa exclusiva de los países.

16. Elementos de diferenciación regional. En fin: todo ejercicio de armonización penal y procesal penal exige determinaciones previas en cuanto a la metodología, la técnica legisladora, los principios, la política criminal y las concretas opciones criminalizadoras; todo ello proyectado en una realidad plurinacional en la que a pesar de las grandes semejanzas culturales siguen persistiendo, lo que es enriquecedor, no pocas diferencias y peculiaridades. Sin una adecuada combinación de todos estos factores cualquier esfuerzo armonizador está condenado al fracaso.

17. Soberanía y democracia. He dicho más atrás que una de las trabas existentes a una correcta y exitosa persecución penal proviene de un concepto trasnochado de soberanía. Esto ha sido puesto de manifiesto por muy diferentes instancias y por todas partes se levantan voces que claman por arrumbar tal concepto, pero sin sustituirle por otro que pueda seguir cumpliendo un esencial papel para la pervivencia de las funciones del Estado democrático, lo cual introduce un inquietante factor de incertidumbre para el desarrollo de las naciones. Y es que si bien es cierto que no se debe seguir manteniendo un concepto de soberanía anclado a las necesidades del siglo XIX, también lo es que los Estados no están sometidos a los mismos riesgos que en el siglo XIX.

Ciertamente debe tenerse en cuenta que a los Estados les acechan actualmente peligros muy distintos a los que les aguardaban hace uno o dos siglos: es decir, hoy existe el convencimiento general de que una armonización penal realizada Estado a Estado, o que una legislación comunitaria (centroamericana) llevada a cabo en el ámbito del organismo de integración de que se trate (en este caso del SICA), no pone en riesgo la soberanía nacional. Más aún, existe el convencimiento de que es precisa, indispensable, para los Estados (y no sólo para los pequeños) la creación de organismos de integración regional para defenderse, para proteger a sus ciudadanos de los peligros que representa tanto el poderío de los grandes Estados como la incansable voracidad de las compañías multinacionales; y que es en ese contexto –“juntándose con otros”- donde mejor se puede defender la soberanía de los países.

En efecto, no pocas voces interesadas claman constantemente, y mientras se cubren con un “halo de modernidad”, por el olvido del concepto mismo de soberanía, que es lo mismo que por el olvido del Estado/Nación. El *desiderátum* de este “pensamiento” sería el de la abolición de todas las fronteras dejando así a los países en manos de las compañías comerciales más poderosas, de las grandes potencias que, no lo olvidemos, representan en la mayoría de las ocasiones los intereses de sus empresas más importantes antes que los de sus nacionales. Semejante planteamiento que lleva muchos años siendo invocado con diferentes coberturas como la de la libertad de comercio, la libre circulación de mercancías, la “tienda mundial”, termina en no pocas ocasiones con un despojo a los nacionales de los Estados menos poderosos de sus más preciados recursos naturales, de las valiosas materias primas que son sostén de sus economías. Control de materias primas o de recursos naturales de todo tipo que en no pocas ocasiones fueron objeto hace unos decenios de un costoso proceso de “reconquista nacional”, y que actualmente, en aras de la libertad de comercio, pretenden ser nuevamente

transferidas de manera definitiva en beneficio de poderosos grupos mercantiles o industriales internacionales.

Pues bien, qué duda cabe que en este ámbito es preciso rearmar el concepto de soberanía aunque con un contenido distinto al que resultó preponderante en los siglos XIX y XX; y que en ese escenario son los Parlamentos Nacionales quienes se constituyen en el primer y último reducto de la independencia y de la democracia de sus naciones.

Por lo tanto, sí a la actualización del concepto de soberanía pero no a su olvido porque resulta esencial para la preservación de la democracia económica de las naciones, que es condición de la democracia política. En ese ámbito, siendo los Parlamentos Nacionales los indispensables Guardianes de la democracia de los países, resulta necesario reforzar su papel, su intervención en los procesos de armonización tanto en los que se refiere a las necesarias modificaciones de las legislaciones nacionales como en la confección del indispensable Derecho Comunitario o Centroamericano. Así, la armonización legislativa, la integración regional, no debe verse como un reflejo de la globalización y de la pérdida de la identidad nacional, sino precisamente de su contrario: de una organización para la resistencia frente a un mundo más voraz con los pequeños actores nacionales.

Concluyo: una gran cantidad de agentes internacionales conspiran hoy en día por imponerse a las voluntades nacionales, desde las organizaciones criminales hasta las grandes instituciones financieras mundiales, desde las organizaciones militares hasta las instancias políticas supranacionales, desde las primeras potencias del primer mundo hasta las poderosísimas compañías mercantiles: todos ellos acechan constantemente a los Estados Nacionales y tratan de imponerse, con éxito en no pocas ocasiones, a la aludida voluntad del Estado/Nación. Pues bien, las organizaciones regionales representan, seguramente, el único instrumento de resistencia frente a estos embates, y ello por dos razones: porque las dichas organizaciones se expresan en el ámbito internacional, y porque es necesario acumular muchas fuerzas para poder presentar exitosamente la batalla.

Hoy las organizaciones criminales están en guerra con las Naciones, con los ciudadanos de los Estados y con la Democracia; y hace falta “mucho músculo” para poder derrotarlas. Fortaleza que no puede ser aportada por las solas fuerzas nacionales sino que únicamente la posibilitará la puesta de acuerdo y el caminar conjunto de las naciones. Ese es el sentido de la armonización legislativa en materia penal y procesal que se está llevando a cabo en Centroamérica de la mano del SICA.

Recomendación bibliográfica

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., dir. (2009), *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2009), *Sobre el principio de legalidad*, Valencia.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.; PÉREZ MACHIO, A.I. y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. dir. (2013) *Armonización penal en Europa*, Donostia.

DELMAS-MARTY, M.; PIETH, M. y SIEBER, U. dir. (2009), *Los caminos de la armonización penal*, Valencia.

DONINI, M. (2004), *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano.

FIANDACA, G. (2002), “La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale” y “Controllo di razionalità e legislaciones penales”, en *Il Diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999), *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid.

GUANATERME SÁNCHEZ-LÁZARO, F. (2007), *Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda*, Granada.

HENKEL, H. (1968), *Introducción a la filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid.

MUÑOZ CONDE, F. (1975), *Introducción al Derecho penal*, Barcelona.

NAUCKE, W. (2000), “La Progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada.

NAUCKE, W. (2006), *Derecho penal. Una introducción*, trad. de la 10ª ed. alemana por Leonardo Garman Brond, Buenos Aires.

PALAZZO, F. (2005), “La política legislativa y los controles de la Ley en Italia”, en J.L. Díez Ripollés y otros (ed.), *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Valencia.

PULITANÒ, D. (2005), “Principio di legalità ed interpretazione della legge penale”, en G. COCCO (ed.), *Interpretazione e precedente giudiziale in Diritto Penale*, Padova.

RUBIO LLORENTE, F. (1997), *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid.

VV.AA. (2013), *Propuesta de armonización de la legislación penal en la lucha contra el crimen organizado en Centroamérica*, Valencia.