

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.4

EL DERECHO PENAL ANTE LA GLOBALIZACION Y LA INTEGRACION SUPRANACIONAL* **

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

SUMÁRIO: 1. Introducción – 2. Globalización, integración supranacional y delincuencia – 3. La política criminal frente a la delincuencia de la globalización: 3.1 Las vías de configuración de un Derecho penal de la globalización; 3.2 La dogmática frente a la delincuencia de la globalización; 3.3 Los principios político-criminales en el Derecho penal de la globalización.

1. Introducción

El examen de la respuesta jurídico-penal a la delincuencia generada por los fenómenos de la globalización y de la integración supranacional puede acometerse desde, al menos, dos perspectivas. Una de ellas es, estrictamente, la del examen de los mecanismos actuales y futuros de cooperación internacional a partir de una contemplación estática de los ordenamientos nacionales vigentes; en esta línea, procedería estudiar, entre otros temas, la institución de la extradición así como la eventual modificación de los principios de competencia jurisdiccional penal de los Estados.¹

En este ámbito se dan importantes diferencias entre los países del common law, que sólo raramente admiten excepciones al principio de territorialidad, y los de Derecho continental, más dispuestos a relativizarlo, acogiendo el principio de “vicarious administration of criminal justice”, además del principio personal y del de protección universal.²

La outra perspectiva posible, en cambio, há de centrarse en cómo la delincuencia de la globalización puede llegar a modificar el bagaje conceptual de la teoría del delito, así como las garantías formales y materiales del Derecho penal – y del Derecho procesal penal.³ Esta última es la perspectiva que

(*) ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; APC: Archives de Politique Criminelle; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JZ: Juristenzeitung; KritJ: Kritische Justiz; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; RTDPE: Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

(**) Palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim.

(1) Cf., en esta línea, los trabajos contenidos en McDonald (ed.), Crime and Law

Enforcemet in the Global Village, Highland Heights/Cincinnati 1997.

(2) Entre otras diferencias. Cf. Eser, Basic Issues of Transnational Cooperation in Criminal Cases: A Problem in Outline, en Criminal Science in a Global Society: Essays in Honor of Gerhard O. W. Mueller, Littleton Col. 1994, p. 3 y ss., 11-12.

(3) Prescindo de otras cuestiones importantes, como si existe o no un deber de interpretar el Derecho penal nacional conforme al Derecho de la intergración, o si existe o no un deber de introducir preceptos penales

aquí se seguirá, lo que permite modificar ligeramente el título propuesto por el de ¿qué modificaciones pueden experimentar el sistema del Derecho penal clásico y sus principios político-criminales en virtud de la globalización y la integración supranacional?

Mi hipótesis es que el Derecho penal de la globalización y de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unifico, pero también menos grantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación⁴ y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales. En este punto, por tanto, el Derecho penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se percibe en las legislaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha contra la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción.

Esta hipótesis se basa en algunas constataciones básicas. Por un lado, la globalización dirige al Derecho penal demandas fundamentalmente *prácticas*, en el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad.⁵ Expresado de otro

modo, en este punto la reflexión científica no surge como producto de una aspiración intelectual de unidad de perfección teórica.⁶ Más bien, se trata de responder a exigencias del poder político o de las instancias de aplicación judicial del Derecho, impotentes en la lucha de los ordenamientos nacionales contra la criminalidad transnacional. Por ello, no se trata aquí en primera instancia de discutir las condiciones de posibilidad de una ciencia supranacional del Derecho penal, cuanto de construir concretas respuestas jurídico-penales supranacionales. A la ciencia se le pide simplemente disponer las bases respuestas. Esta situación es esencialmente incompatible con la *preocupación sistemática* y, en particular, con el manejo de un sistema al que la vocación distintiva ha hecho significativamente complejo.⁷

p. 331 y ss., 336; también, Dannecker, JZ 1996, p. 873.

a partir de las directivas comunitarias, pues ello tiene que ver, según creo, de modo muy específico con el estado de desarrollo jurídico de la Unión Europea. Sobre ello, por todos, Dannecker, *Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, JZ 1996, p. 869 y ss., 871, 873.

(4) En contra, Tiedemann, *Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung*, en *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag*, München 1998, p. 411 ss., 433-434, quien sostiene que la integración ha de conducir a la limitación de la punibilidad que se deriva de las construcciones de la Parte General de *Rechtsgut* alemana.

(5) Así, expresamente, para la política criminal de la Unión Europea, Vogel, *Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts*, JZ 1995,

(6) A propósito del Derecho penal de la integración europea, lo señala con claridad Perron, *Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?*, en *Festschrift für T. Lenckner zum 70. Geburtstag*, München 1998, p. 227 y ss., 246: "Motor der europäischen Rechtseinheit ist nicht die romantische Rückbesinnung auf das gemeinsame Kulturgut, sondern die *Einsicht in die Notwendigkeiten der Globalisierung der Wirtschaft*"; "Die Anforderungen an das europäische Strafrecht sind daher *eminenter praktischer Natur*". Las cursivas son mías.

(7) Aludiendo, por ejemplo, a la construcción alemana de las categorías del injusto y de la culpabilidad, Perron, *Lenckner-FS*, p. 235, aunque insistiendo en la necesidad de esta diferenciación en el plano supranacional, dada la importancia del manejo del concepto de hecho antijurídico no culpable (p. 241, 242), frente a lo que ocurre, por ejemplo, en Inglaterra. En cambio, Tiedemann, *Lenckner-FS*, p. 423-424, señala que la distinción entre antijuricidad y culpabilidad y culpabilidad es innecesaria para la formulación de reglas y, para la simplificación del Derecho desde perspectivas pro-

En segundo lugar, la delincuencia de la globalización es *económica*, en sentido amplio, (o, en todo caso, lucrativa, aunque se pongan en peligro otros bienes jurídicos).⁸ Ello significa que la reflexión jurídico-penal tiene, por primera vez, como objeto esencial de estudio delitos claramente diversos del paradigma clásico (el homicidio o la delincuencia patrimonial tradicional). Se trata de delitos calificados criminológicamente como *crimes of the powerful* (de sujetos poderosos); de delitos que tienen una regulación legal insuficientemente asentada; y de delitos cuya dogmática se halla parcialmente pendiente de elaboración. Todo lo cual há de redundar en una configuración de los mismos sobre bases significativamente diversas de las del Derecho penal clásico (de la delincuencia pasional o de los *crimes of the powerless*).

En tercer lugar, la exigencia de dar respuesta a la globalización y su delincuencia se concibe, en general, en términos *punitivistas*, esto es, de evitación de hipotéticas lagunas, así como de rearme jurídico-penal frente a modelos de delincuencia que crean una fuerte sensación de inseguridad no sólo a los individuos, sino también – y de modo muy especial – a los propios Estados. Si a esto se añade el evidente déficit de ejecución (*Vollzugsdefizit*) de la normativa penal en estos ámbitos, dada la magnitud de la tarea asumida, parece

razonable pensar en que la menor *certainty* de la consecuencia jurídico-penal (o, en otras palabras el inevitable carácter selectivo de la represión) se vea compensado con una mayor severity de la misma (esto es, con un reforzamiento de los aspectos *simbólicos* de la sanción).

Por fin, en cuarto lugar, en la respuesta a la delincuencia transnacional no parece posible que el Derecho penal de la globalización prescinda de la tradición prescinda de la tradición jurídico-penal anglosajona (del *common law*), significativamente distinta de la continental europea.⁹ En efecto, en el Derecho penal de la integración europea parece impensable una imposición lineal de la tradición jurídica alemana que nos resulta más próxima, ignorando las perspectivas británica (y también las francesas).¹⁰ En una respuesta global a la delincuencia mundial, parece asimismo imposible prescindir de los países anglófonos y, por tanto, de su Derecho.¹¹

Si este elemento se superpone a los anteriores, parece razonable partir de la idea de que en cada uno de las materias debatidas en orden a su configuración “global” tienda a imponerse la solución más sencilla¹² y, con ello, probablemente

cesales-prácticas (teniendo en cuenta, además, el sistema de jurado), perfectamente prescindible.

(8) En este sentido, para el Derecho penal de la unificación europea *Paliero* Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht Italien, ZStW 110 (1998), p. 417 y ss., 420. Sobre otros aspectos de la globalización y la delincuencia, en particular los flujos migratorios, Hess, Die Zukunft des Verbrechens, KritJ 1998, p. 145 y ss.

(9) Para quienes siguen pensando que las divergencias no son tantas es aconsejable la lectura de la clarificadora descripción de *Ashworth*, Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht England, ZStW 110 (1998), p. 461 y ss., 472.

(10) Más orientada al Derecho procesal la anglosajona; más caracterizada por el legalismo la francesa. Ambas, menos preocupada por los aspectos sistemáticos de las reglas de imputación.

(11) Lo advierte con razón *Perron*, Lenckner-FS, p. 228.

(12) *Perron*, Lenckner-FS, p. 239: “...der ohnehin unvermeidliche Kompromiß (*könnte*) auch zugunsten einer noch einfacheren, wesentlich pragmatischeren Anordnung der

también más *laxa*. En tal extremo, no parece que haya de influir sólo la mentalidad punitivista o defensorista com la que se plantea la globalización del Derecho penal. También debe contarse com las resistencias psicológicas de cada cultura (o variante cultural) jurídico-penal a renunciar a instrumentos represivos asentado en la misma. El riesgo que com todo ello se asume es evidente: descontextualizada una determinada solución de Derecho sustantivo de sua marco procesal e institucional, es muy posible que el Derecho penal global resulte en conjunto más represivo que cualquiera de los sistemas que hayan contribuido a su génesis.¹³

2. Globalización, integración supranacional y delincuencia

La *globalización* – como salto cualitativo de la internacionalización – es una

Strafbarkeitsvoraussetzungen getroffen werden (...), wie sie beispielsweise in Frankeich oder England üblich ist”.

- (13) De nuevo aquí he de discrepar de Tiedemann, Lenckner-FS, p. 433. Este autor advierte la ausencia de construcciones y finuras sistemáticas en Francia e Inglaterra, se bien apunta que en la primera ello se suple com una orientación a la vez práctica y legalista-positivista, mientras que en la segunda el mecanismo de compensación es la unidad del pensamiento sustantivo y procesal. Pero, aunque tales compensaciones fueran suficientes – lo que debe valorarse –, lo cierto es que parece difícil que se consiga, en un Derecho penal de la integración, respetar la unidad orgánica que una determinada institución tiene en su país de origen, de modo que lo esperable es que las transacciones y compromisos redunden en la asunción de aspectos parciales que podrían tener el efecto que se apunta en el texto. Como apunta, por lo demás, Pieth, Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Kriminalität, ZStW 109 (1997), p. 756 y ss., 758, armonización del Derecho penal significa com frecuencia expansión del Derecho penal.

de las características definitorias de los modelos sociales postindustriales. En esa medida, se trata, obviamente, de un fenómeno, en principio, económico, que se define por la eliminación de restricciones y la ampliación de los mercados. Cuestión distinta es que, a partir de esta consideración, pueda tenerse en cuenta, junto a la globalización de la economía, outro importante fenómeno, cual es el de la globalización de las comunicaciones, como consecuencia de las innovaciones técnicas. Pero, en última instancia, la globalización de las comunicaciones no es sino un correlato de la globalización de la economía, que hace preciso abaratar los costes de transacción (y requiere, por tanto, esa mayor rapidez de comunicaciones). Por su parte, también la integración es básicamente una noción económica. La integración aparece inicialmente guiada por la idea de conseguir un mercado común de varios países, com libre tráfico de personas, capitales, servicios y mercancías y la consiguiente eliminación de las barreras arancelarias internas y otros obstáculos al libre cambio. La integración regional no es, pues, sino un aspecto de la general globalización, que da cuenta de una especial intensidad de las relaciones.¹⁴

Los fenómenos de la globalización económica y la integración supranacional tienen un doble efecto sobre la delincuencia. Por un lado, – aunque esto interesa aquí en menor medida – dan lugar a que determinadas conductas tradicionalmente contempladas como delictivas, deban dejar de serlo, pues lo contrario se convertiría en un obstáculo a las propias finalidades perseguidas com la globalización y la integración supranacional. En efecto, conductas vulneratorias de barreras y controles estatales a la libre circulación pasan de

(14) Pieth, ZStW 109 (1997), p. 756.

ser punibles a no serlo. Un ejemplo reciente es el de la normativa penal española en materia de transacciones económicas con el exterior que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró inaplicable en el año 1995.¹⁵

Pero, por otro lado, los fenómenos económico de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas. Así, la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto – criminalidad rancelaria –, fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de la instituciones de la integración. Por lo demás, generan la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. Criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización.¹⁶

En efecto, desde el punto de vista estructural, las características más significativas de la criminalidad de la globalización son dos. Por un lado, se trata de una criminalidad, en sentido amplio, *organizada*. Es decir, que en

ella intervienen colectivos de personas estructurados jerárquicamente, ya sea en las empresas, ya incluso en la forma estricta de la organización criminal. La disociación que ello produce entre ejecución material directa y responsabilidad determina, asimismo, que el resultado lesivo pueda aparecer significativamente separado, tanto en el espacio como en el tiempo, de la acción de los sujetos más relevantes en el plan delictivo. Desde el punto de vista material, la criminalidad de la globalización es criminalidad de sujetos poderoso, caracterizada por la magnitud de sus efectos, normalmente económicos, pero también políticos y sociales. Su capacidad de desestabilización general de los mercados así como de corrupción de funcionarios y gobernantes son rasgos asimismo notables.¹⁷

3. La Política, criminal frente a la delincuencia de la globalización

Frente a la naturaleza económica de los fenómenos de la globalización y la integración el Derecho penal es, obviamente, un producto político y, en particular, un producto de los Estados nacionales del S. XIX, que adquiere su plasmación última en las codificaciones respectivas.¹⁸ Así las cosas, el tema *El Derecho penal frente a la globalización y a la integración económica* no es sino la caracterización del modo en que

(15) En sentencias de 23 de febrero (asunto *Bordessa*) y de 14.12.1995 (asunto *Sanz de Lera*).

(16) Cf. *Pearce/Woodin* (ed.), *Global Crime Connections. Dynamics and Control*, Houndmills, etc. 1993; *Ryan/Rush* (ed.), *Understanding Organized Crime in Global Perspective. A Reader*, Thousand Oaks/London/New Delhi 1997.

(17) Sobre la importancia de la corrupción internacional de funcionarios públicos y los esfuerzos por combatirla, cf. la detallada exposición de *Pieth*, ZStW 109 (1997), p. 758 y ss.

(18) Sobre el debilitamiento del Estado frente a la delincuencia de la globalización, *Hess* KritJ 1998, p. 153; pero al mismo tiempo, sobre el endurecimiento general de la Política criminal en términos de hacer frente a la inseguridad u mostrar efectos simbólicos (p. 155-156).

desde un Derecho nacional, que aparece como el último bastión de la soberanía nacional,¹⁹ se afronta un problema transnacional. A mayor abundamiento, los Derechos nacionales sólo en ocasiones muestran similitudes, de modo que en muchos casos expresan más bien importantes divergencias culturales o de tradiciones jurídicas. Ello sitúa cualquier abordaje conjunto del problema de la criminalidad de la globalización ante importantes dificultades adicionales.²⁰

3.1 Las vías de configuración de un Derecho penal de la globalización.²¹

El objetivo fundamental del Derecho penal de la globalización es, como se ha indicado al principio, eminentemente práctico. Se trata de proporcionar una respuesta uniforme o, al menos, armónica a la delincuencia transnacional, que evite la conformación de *paraísos jurídico-penales*. La existencia de tales “paraísos” resulta especialmente disfuncional cuando se trata de combatir una modalidad de delincuencia, en la que el lugar y el momento de la intervención de los principales responsables de las organizaciones pueden resultar perfectamente disponibles. Ahora bien, la obtención de tal respuesta tendencialmente uniforme no es fácil. De entrada, podería pensarse en una suficiencia de los procesos de armonización de legislaciones en los preceptos correspondientes²² (de

los que la integración europea ofrece ya algunos ejemplos).²³ Sin embargo, ello com ser necesario e importante, no resulta suficiente.²⁴ Es preciso además, homogenizar las reglas legales de la Parte General que determinan esencialmente la aplicación que haya de darse a tales preceptos específicos.²⁵ Es más, seguramente lo anterior también resulta insuficiente si no se trabaja de modo simultáneo en una construcción supranacional relativamente homogénea del sistema del Derecho penal, de los conceptos y categorías de la teoría jurídica del delito, así como de los principios y garantías político-criminales fundamentales.²⁶

“importación” jurídica: cf. *von Münch, Rechtsexport und Rechtsimport*, NJW 1994, p. 3.145 y ss.

(23) Cf. *Kühl*, *Europäisierung der strafrechtswissenschaft*, ZStW 109 (1997), p. 777 y ss., 784, aludiendo a los conocidos ejemplos del blanqueo de capitales, la sanción del “insider trading”, la protección de los intereses financieros de la Unión Europea y, en fin, la asimilación del tratamiento de la corrupción de funcionarios comunitarios al de la propia de los funcionarios nacionales.

(24) Se trataría con ello de superar, o al menos complementar, el método comparatista con el de un discurso con pretensiones unitarias. Cf. las observaciones de *Courais* *Struktur – und Auslegungsaspekte des angelsächsischen Strafrechts*, GA 1981, p. 533 y ss., 533. Sobre el origen del método del “Derecho comparado” en el fenómeno codificador que pone fin al predominio del “*Ius Commune*”, *Perron*, *Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?*, en ZStW 109 (1997), p. 281 y ss., 284-285.

(25) Vid. El importante esfuerzo constructivo de *Tiedemann*, *Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts*, en FS *tür Jescheck*, II, Berlin 1988, p. 1.411 y ss; así como de sus discípulos *Vogel*, JZ 1995, p. 331 y ss.; y *Dannecker*, JZ 1996, p. 869 y ss..

(26) A estos dos aspectos aluden *Kühl*, ZStW 109 (1997), p. 784; *Perron*, *Lenckner-FS*,

(19) Precisamente en esta cuestión es donde comúnmente se sitúa el mayor obstáculo a la unificación. Cf., por ejemplo, *Pagliari*, *Limiti all’ unificazione del Diritto penale europeo*, RTDPE 6, 1993, p. 199 y ss., 203.

(20) Cf. *Eser*, en *Criminal Science*, p. 5.

(21) Cf., para el caso europeo, *Delmas-Marty*, *Vers un Droit pénal européen commun?*, en APC 19, 1997, p. 9 y ss., 12 y ss; *Pagliari*, RTDPE 6, 1993, p. 204 y ss.

(22) En donde desempeñan un importante papel los fenómenos de “exportación” e

Aquí surgen dificultades muy relevantes. Por un lado, ni la asimilación, ni la armonización legislativas garantizan en ningún caso la homogeneidad de las respuestas, aparte de plantear dificultades de índole constitucional.²⁷ Ello ni siquiera se garantiza con la adopción de tratados de unificación sectorial del Derecho penal, que no pueden abordar su aplicación uniforme por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. En fin, la atribución del *ius puniendi*, tanto en su dimensión legislativa como jurisdiccional,²⁸ a instancias supranacionales tropieza, al menos por el momento, con los *déficits democráticos* de las instituciones surgidas de los procesos de integración, cuanto más si se trata de otro tipo de instancias supranacionales. En la medida en que las penas que se impongan sean privativas de libertad (no tanto si se trata de penas pecuniarias o de penas privativas de derechos) no parece posible hoy por hoy atribuir a órganos de instituciones supranacionales el ejercicio del *ius puniendi* contra la delincuencia de la globalización.

p. 227-228. Por supuesto, ello no quiere decir que la configuración de un modelo dogmático unitario sea suficiente (crítico, Perron, ZStW 109 (1997), p. 300), pues los aspectos prácticos y de funcionamiento del sistema penal en su conjunto desempeñan un papel esencial si de lo que se trata es de obtener una justicia penal supranacional. Pero desde luego, el modelo dogmático constituye un aspecto fundamental.

(27) Por ejemplo, en relación con los mandatos de criminalización, discutidos ya desde hace tiempo en el marco de la Unión Europea.

(28) Esta es la línea del llamado *Corpus Iuris* (Delmas Marty, dir.), 1997, germen de un Código penal modelo para la Unión Europea. Cf. el documentado comentario de *Choclán Montalvo*, Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El *Corpus Iuris* europeo (I y II), en *La Ley*. Revista jurídica española, n. 4.475 y 4.476, lunes 09 de febrero y martes 10.02.1998.

Por tanto, parece que lo más probable será la adopción de tratados de uniformización, también en temas de Parte General,²⁹ acompañados de esfuerzos por garantizar de facto (mediante encuentros, seminarios, etc) una aplicación lo más homogénea posible de los mismos.

3.2 La dogmática frente a la delincuencia de la globalización

El Derecho penal de la globalización no es Derecho penal. Como se indicó al inicio, se concentra en la delincuencia económica u organizada y en modalidades delictivas conexas con éstas. De ahí que se produzca un cambio significativo en cuanto al modelo de delito que sirve de referencia a la construcción dogmática: En lugar del homicidio del autor individual se trata, por ejemplo, de abordar actos de corrupción realizados por una empresa que, a su vez, comete delitos económicos. A partir de tal constatación, se produce una importante disyuntiva: o bien se acomete una sectorialización de las reglas de la Parte General del Derecho penal,³⁰ o bien se asume que, debido a la poderosa fuerza atractiva de la nueva criminalidad, también las modalidades clásicas de delincuencia vean modificadas las reglas por las que se han venido rigiendo. Lo primero, que vendría a configurar lo que de modo gráfico puede expresarse como "Derecho penal de dos velocidades", significa en realidad la renuncia a la teoría del delito como teoría general del ilícito penal (y, en esa medida, aparentemente un retroceso histórico); lo segundo, por su parte, supone la desactivación del sistema general de reglas configurado, con una más que obvia vocación garantista, a partir de la constatación de la gravedad

(29) Así también *Vogel*, JZ 1995, p. 334.

(30) En favor de la sectorialización, *Tiedemann*, *Lenckner-FS*, p. 419.

de las consecuencias jurídico-penales, en particular por referencia al homicidio. Probablemente, pues, si la disyuntiva se plantea entre los referidos dos males, haya que inclinarse por el mal menor, esto es, a mi juicio, por la primera opción.

La homogeneización de las reglas legales de la Parte General y de los propios criterios dogmáticos de imputación en un plano global podría, por lo demás, pugnar en teoría con la naturaleza *cultural* de la dogmática. En efecto, por mi parte, comparto la convicción, profundamente arraigada entre los penalistas,³¹ del carácter supranacional de la ciencia del Derecho penal. Ocurre, sin embargo que, como es sabido, dicha convicción se había asentado durante largo tiempo en la creencia acerca de que el Derecho penal se hace supranacional por su vinculación con determinadas estructuras lógico-objetivas (así, las de la acción, de la culpabilidad o de la autoría)³² de las que se derivaría el conjunto del sistema dogmático de modo deductivo-axiomático.³³ Ello determinaría que nuestra ciencia fuera no sólo transnacional, sino, más aún, global, universal, desvinculada de referencias espacio-temporales, independiente de culturas y sistemas de valores. Modernamente, en cambio, se rechaza por muchos la posibilidad de construir de modo completo el sistema dogmático del Derecho

penal sobre la única base de las verdades — supuestamente permanentes e inmutables-inherentes a las estructuras lógico-objetivas. De este modo, sin negar la importante función de límite que tiene la realidad del ser³⁴ — en particular el concepto de persona y los derechos que le son inalienables —, a la que obviamente no puede oponerse la construcción dogmática, se tiende de modo creciente a construir el sistema, en el seno de un marco ontológico que se estima bastante amplio,³⁵ sobre la base de conceptos normativos. Estos adquirirían su contenido concreto desde perspectivas teleológicas, conformadas a partir de las finalidades político-criminales del Derecho penal. Unas finalidades político-criminales que no se reducen a meras consideraciones utilitaristas- sociales de eficiencia empírica sino que comprenden de modo esencial consideraciones valorativa derivadas de un principio de respeto a la dignidad humana y a las garantías fundamentales del individuo (en definitiva, son *culturales*).³⁶

(31) Al "sueño" de *von Liszt* con una ciencia penal universal alude *Perron*, ZStW 109 (1997), p. 282 nota 6. El tema de la *Strafrechtlehrertagung* (jornadas anuales de penalistas de lengua alemana) de 1997 fue, asimismo, el de la "Internationalisierung des Strafrechts".

(32) Finalidad, poder actuar de otro modo, dominio final del hecho, respectivamente.

(33) Así en *Armin Kaufmann*, Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft, en *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio 1985, p. 100 y ss.

(34) De nuevo sobre ello, Kühl, ZStW109 (1997), p. 787.

(35) Sobre la reducción del Derecho penal a una serie de principios generales, *Perron*, ZStW 109 (1997), p. 283.

(36) Cf. cómo se observa que es éste el punto de vista desde el que se trata de construir una aproximación común a los problemas en Fletcher, *Criminal Theory as an International Discipline*, en *Eser/Fletcher* (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung Rechtsvergleichende Perspektiven*, II, Freiburg 1988, p. 1.595 y ss., 1621: "The most significant consequence of the conference was the recognition that we share a common discipline. Both German and American thinkers, it turns out, are committed to systematic as well as to pragmatic analysis. It may be that many Americans are discovering the virtues of systematic thought as many German scholars are finding new insights in pragmatic, case analysis. The German may be importing Bentham, and we, Kant and

De la relación dialéctica de lo uno y otro han de surgir, sin duda, enunciados valorativos concretos, cuya aptitud para dotar de contenido a las categorías sistemáticas debe quedar fuera de duda.³⁷ En efecto, la adopción de esta perspectiva puede permitir dotar al sistema del Derecho penal de un innegable carácter supranacional, si se toma como punto central de referencia la comunidad cultural y de valores que subyace a las constituciones occidentales actuales.³⁸

Hegel. If we sense that we are becoming one intellectual community, we can only be confident that the discussions of the future will be even deeper and more searching".

(37) Cf. al respecto *Silva Sánchez*, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, Barcelona 1992, p. 103-178.

(38) Roxin, *Strafrecht AT*, I, 3. ed., München 1997, § 7.º V, n. marg. 84 nota 76: "Freilich beruht die über die nationalstaatlichen Grenzen hinausgreifende Allgemeingültigkeit strafrechtsdogmatischer Eingriffen weniger auf ontischen oder sachlogischen Gegebenheiten (...) als auf dem im internationalen Meinungsaustausch erarbeiteten Konsens über die leitenden Kriminalpolitischen Zwecksetzungen und der gemeinsamen Diskussion unterschiedlicher Problemlösungsmöglichkeiten. DaB verschiedene Rechtsordnungen ggf. divergierende Wertentscheidungen treffen, hindert die Kritik dieser Lösungen nach dem Stande der international erreichten strafrechtsdogmatischen Erkenntnis nicht" (Desde luego, la vigencia general de las perspectivas de la dogmática penal, más allá de las fronteras de los estados nacionales, se asienta menos en datos ónticos o lógico-objetivos que en el consenso obtenido en el intercambio internacional de opiniones acerca de las finalidades rectoras de la Política criminal, así como en la discusión común de las diversas posibilidades de solución de los problemas. Que distintos ordenamientos jurídicos adopten, llegado el caso, decisiones valorativas divergentes, no impide la crítica de estas soluciones a partir del estado del conocimiento alcanzado en el plano internacional sobre la dogmática jurídica penal).

Mas ello implica un factor de *relativización*. Una ciencia del Derecho penal basada exclusivamente en las estructuras lógico-objetivas, o que limite a constituir el sistema de problemas o de estructuras de imputación,³⁹ puede ser *plenamente* universal. En cambio, una ciencia penal de rasgos teleológico-valorativos, si bien puede ser supranacional, independiente de los ordenamientos jurídicos nacionales, no puede independizarse de las culturas, de los sistemas de representaciones valorativas: tiene, por tanto, obvios condicionantes espaciotemporales.⁴⁰ Por poner un ejemplo evidente, difícilmente se llegará a un acuerdo valorativo *completo*, en cuanto

(39) No puede ignorarse, en efecto, que existe otra vía metodológica distinta de la de las estructuras lógico-objetivas desde la cual la ciencia del Derecho penal de hace auténticamente universal. Se trata de la propuesta de Hruschka de centrarse en la conformación del sistema de casos problemáticos y de estructuras de imputación, dejando para un nivel secundario, y de discutible estatuto científico, el tema de las respuestas a los problemas, esto es, en suma, el tratamiento valorativo de las estructuras de imputación. Cf. Hruschka, *Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von Georg P. Fletcher, Rethinking Criminal Law*, GA 1981, p. 237 y ss; *El mismo*, *Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?*, JZ 1985, p. 1 y ss. También, del mismo autor, la "Vorbemerkung" de las dos ediciones de su *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin 1983 (1.ª) y 1988 (2.ª).

(40) En contra, aunque obviamente partiendo de una concepción según la cual la teoría del delito no es un producto teleológico-valorativo, sino puramente ontológico, Hirsch, *Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?*, en FS für G. Spindel, Berlin 1992, p. 43 y ss, 50-51, 53: "...las diferencias culturales no tienen influencia alguna en el ámbito en el que se trata de la elaboración científica de las doctrinas generales del delito".

a la atribución de finalidades político-criminales al Derecho penal, y por tanto tampoco en cuanto a la concreta atribución de contenido a las categorías y conceptos del sistema dogmático, entre el mundo occidental, el mundo islámico y el del extremo oriente.⁴¹ En efecto, la relación entre razonamiento de principios y razonamiento utilitarista, así como la articulación de la relación individuo-sociedad, entre otras cuestiones, tienen lugar en unos y otros ámbitos culturales de modo sustancialmente distinto.⁴² De ahí que, desde este punto de vista, la labor de la ciencia penal *no sólo* discurrirá en el marco generado por las *estructuras ontológicas* y en el que establece, en virtud del principio de legalidad, el respectivo *Derecho positivo nacional*,⁴³ sino que se vería evidentemente limitada por los condicionantes que establece un determinado *horizonte valorativo común*. Así las cosas, el penalista podrá dedicarse, sin marco alguno que le constriña, a elaborar de modo universal las estructuras lógico-objetivas que pueden condicionar – a mi juicio, de modo no determinante hasta el mínimo detalle – la ulterior construcción doctrinal. De la misma manera, y en idénticos términos,

a elaborar los sistemas de problemas y las estructuras formales de imputación. Cuando pretenda, sin embargo, construir el *concreto sistema de proposiciones (de soluciones a los problemas)* en el que se expresan los contenidos últimos de la *dogmática como disciplina práctica*, há de moverse en un contexto valorativo determinado (además de los obvios marcos, antes indicados, del plano ontológico y del Derecho positivo). A partir de ahí, la cuestión radica en determinar quiénes pueden llegar a compartir un “contexto valorativo” de configuración dada. A reserva de estudios más concretos al respecto, me inclino por recurrir al término ambiguo de “lo occidental” para designar a la comunidad de sujetos en la que nos hallamos comprendidos.⁴⁴ Ello, con las obligadas

(41) La importancia de la diversidad de las representaciones valorativas, con concreta referencia al extremo oriente, la subraya Courakis, GA 1981, p. 534-535.

(42) En su polémico y trascendente trabajo “The Clash of Civilizations”, publicado en la revista *Foreign Affairs*, Summer 1993, p. 22 y ss, 25, señala el professor Samuel P. Huntington que “las personas de diferentes civilizaciones tienen puntos de vista diversos sobre las relaciones entre Dios y el hombre, el individuo y el grupo, el ciudadano y el Estado, padres e hijos, marido y mujer, así como perspectivas distintas sobre la importancia relativa de derechos y responsabilidades, libertad y autoridad, igualdad y jerarquía”.

(43) Un marco, éste, que en la construcción conceptual de la teoría del delito resulta especialmente amplio y flexible.

(44) Dicho término, ciertamente, es susceptible, a mi juicio, de comprender no sólo el occidente europeo sino también los países eslavos del Este de Europa, así como los países americanos (del norte, centro y sur de América). Ello supone adoptar una postura distinta a la de *Huntington*, para quien la civilización occidental se contrapone no sólo a las orientales (confuciana, japonesa, hindú), la islámica y la africana, sino también a la eslavo-ortodoxa y a la “latino-americana”. La razón de acoger este punto de vista es la existencia de innegables vínculos en los valores sobre los que se asientan las estructuras estatales vigentes – o las que se aspiran a construir –, así como la evidente base cristiana de las culturas de todos estos pueblos. De todos modos ello no conlleva olvidar la existencia de posibles divergencias relativas en el seno de “lo occidental” por razón de peculiaridades culturales. Pero son divergencias en el seno de un sistema cuyos trazos generales se comparten. Lo mismo sucede con las diferencias ideológicas, que obviamente también incidirán en aspectos concretos de la configuración de las categorías dogmáticas, contra lo que pretende *Hirsch*, Spindel-FS, p. 53, para quien se trata de “la búsqueda de soluciones materialmente correctas de modo general, sin que las valoraciones

matizaciones de que, en primer lugar, lo occidental no es una referencia estática, sino dinámica, en la medida en que su significado varía con el tiempo⁴⁵ y su extensión espacial también puede ser variable. Y, en segundo lugar, que el establecimiento de un marco valorativo común no implica la pretensión de una construcción definitiva (cerrada) del sistema, sino que, por el contrario, debe aceptarse de antemano la existencia presente y futura en el seno de dicho marco de *discrepancias culturales relativas*,⁴⁶ de configuración *técnica y práctica* del sistema del Derecho penal,⁴⁷ así como, obviamente, *ideológicas y científicas*. Más bien se trata de establecer una referencia negativa según la cual no podrían participar el la trabajosa construcción de esa ciencia común quienes no participaran del mismo horizonte valorativo asimismo común.

ideológicas desempeñaran papel alguno en ello”.

(45) Para expresarlo podemos acudir a la interesante noción de *Zeitgeist*. Sobre el influjo de tal “espíritu del tiempo” en la conciencia jurídica y social así como en el sentimiento jurídico, con una interesante exposición esquemática sobre los cambios producidos (en el ámbito occidental) en los últimos años, cfr. *Würtenberger, Zeitgeist un Recht*, 2. ed., Tübingen 1991, p. 105 y ss.

(46) Un ejemplo sencillo, que cita Würtenberger, *Zeitgeist*, p. 108 y ss., es el de la distinta actitud de los ciudadanos alemanes y norteamericanos en torno a la noción de Estado social, a pesar de que, como él constata, se advierten aproximaciones relativas en los últimos años.

(47) Es muy revelador el estudio relatado por *Perron, ZStW* 109 (1997), p. 291 y ss. sobre el diverso modo de resolver técnicamente un caso típico de homicidio bajo el *battered woman syndrome* en ocho países de la Europa occidental y en Estados Unidos. Si bien, existía una coincidencia en el sentido de imponer una pena de gravedad intermedia.

Es evidente, desde luego, que este modelo constructivo plantea no pocos obstáculos derivados de la dificultad tanto de la determinación de los presupuestos valorativos de referencia,⁴⁸ como de las condiciones de su puesta en común para los diversos países. Así se explica que las primeras críticas a tal modo de proceder se hayan centrado en la inseguridad de un sistema centrado en consideraciones valorativas de este género, e incluso en su menor cientificidad(!). Sin embargo, ello es perfectamente rebatible. Como claramente lo es la afirmación⁴⁹ de que el sistema teleológico tiene un carácter nacional (por su vinculación a un determinado ordenamiento constitucional) que se opone frontalmente a las pretensiones transnacionales de la dogmática.⁵⁰ Creo, precisamente, que es virtud de las obras de la dogmática de signo normativista la de poner de relieve cómo ese carácter transnacional, y sin embargo valorativo, es posible en los países que pertenecen

(48) A partir de declaraciones muy genéricas o de modelos culturales relativamente difusos.

(49) Que encontramos en *Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600 – Jahr – Feier der Universität zu Köln*, Colonia 1988, p. 399 y ss, 416; proponiendo también como única posibilidad de modelo transnacional del sistema del Derecho penal el supuestamente asentado en realidades ontológicas, *Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin 1990, p. 34 y ss, 44 y ss; de nuevo *Hirsch, Spendel-FS*, p. 44, 49.

(50) Cf. el intento de *Baldó Lavilla*, Estado de necesidad y legítima defensa, Barcelona 1994, p. 43 y ss., de construir la resolución de los conflictos de intereses que plantean las situaciones de necesidad mediante principios operativos de segundo nivel, derivados de las ideas rectoras de libertad y solidaridad, subrayando el carácter transnacional de tal ordenación (p. 44 nota 32).

a un mismo ámbito de cultura: la occidental, en nuestro caso.⁵¹

En lo que aquí interesa, sin embargo, y teniendo en cuenta el señalado carácter sectorial (básicamente económico-empresarial) de la delincuencia propia de la globalización, conviene poner de relieve que las diferencias culturales son seguramente muy inferiores a lo que se suscitaría en relación con situaciones en las que los conceptos de persona y sociedad se vieran más implicados. Así las cosas, el problema no se deriva tanto de la contraposición de modelos culturales, entendidos como "conjunto de representaciones valorativas sobre la persona y la sociedad", cuanto de la diversidad de tradiciones jurídicas.⁵² Estas, en la materia que aquí interesa, se manifiestan en la contraposición de una tradición jurídica continental de importante influencia alemana (países de lengua alemana, Europa de Este, Italia, España, Portugal, Iberoamérica, etc.), la tradición francesa y la tradición del *common law*.

(51) Cf. también en este sentido Schünemann, La Política Criminal y el Sistema del Derecho penal (trad. Martínez Escamilla), ADPCP 1991, p. 693 y ss., p. 712-714: "...ha de constatarse actualmente, por lo menos en las sociedades occidentales, una nivelación rasante de las decisiones fundamentales y convicciones básicas político-criminales (...). A causa de esta comunidad en la convicciones básicas-político-criminales incluso hoy me parecen más favorables que antaño las perspectivas de nivelación de los ordenamientos jurídicos nacionales así como de los sistemas jurídico-penales". Lo que incluiría a los países anglosajones, en los que Schünemann detecta tanto una aproximación a modelos sistemáticos como la creciente acogida de criterios político-criminales característicos de la prevención de integración.

(52) Cf. asimismo Grasso, Les perspectives de formation d'un Droit pénal de l'Union Européenne, APC 18, 1996, p. 7 y ss., 31 y ss.

Sin ánimo de exhaustividad alguna, pueden mencionarse las siguientes cuestiones como características de la dogmática de la globalización, en la que las cuestiones probatorias adquieren por otro lado una trascendencia excepcional. La *imputación objetiva* tiene a perder – ya en los Derechos nacionales – su vinculación con relaciones de necesidad con arreglo a leyes. En su lugar, se plantea la suficiencia de relaciones de probabilidad. Esta tendencia puede acentuarse en la medida en que se asiente la propuesta de algunos autores de proceder a una *inversión* de la carga de la prueba en este punto (por ejemplo, en materia de medio ambiente).

La responsabilidad en *comisión por omisión*, sometida en nuestro ámbito a precisas exigencias con vocación de aplicación restrictiva (sobre la base de la idea de la identidad estructural en el plano normativo con la comisión activa), se está transformando al aplicarse al ámbito de los delitos de empresa o de estructuras organizadas (como infracción del deber de vigilancia). Existe la posibilidad cierta de que – en el marco de un Derecho penal global – se acabe asimilando a las figuras, mucho más laxas, de la *vicarious liability* anglosajona o la *responsabilité du fait d'autrui* francesa.⁵³ Algo parecido puede suceder en la imputación subjetiva, donde la trabajosa distinción entre dolo eventual y culpa consciente puede difuminarse en la amplia figura de la *recklessness*.

En el ámbito de las formas de intervención en el delito, tienden a imponerse fórmulas de *no distinción entre autoría y participación*; algo que ya se advierte en el plano de la pura

(53) Entendiendo, sin embargo, que estas figuras, anglosajona y francesa, respectivamente, constituyen la correspondencia de la autoría en comisión por omisión, Tiedemann, Lenckner-FS, p. 431.

tipificación si se examinan los tipos de delito en materia de tráfico de estupefacientes o de blanqueo de capitales.⁵⁴

En fin, la tendencia a examinar las eximentes en términos procesales como *defences* conduce a que las causas de justificación y de exculpación se conciban como elementos que no sólo deben ser razonablemente alegados, sino incluso probados por el imputado.⁵⁵

3.3 Los principios político-criminales en el Derecho penal de la globalización.

Como hemos indicado, el paradigma del Derecho penal clásico es el homicidio de un autor individual. No resulta aventurado sostener que la mayor parte de las garantías clásicas del Derecho penal adquieren su fundamento en esta constatación. El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado (aunque haya otros muy relevantes como el terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada – armas, blancas, niños). La delincuencia de la globalización es delincuencia económica, a la que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad (de la clásicamente denominada legislación) *excepcional*, a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene. Sucede, aquí, por tanto, algo similar a lo reflejado sumariamente en cuanto a las reglas dogmáticas de imputación.

A título, de nuevo, puramente ejemplificativo, aludiremos a algunos aspectos de los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad. En cuanto al primeiro, no me detendré en si puede estimarse que el mismo tiene un equivalente funcional en la regla *stare decisis* (o vinculación por el precedente) del ámbito anglosajón; aunque sí manifestaré que ello no es tan evidente como algunos afirman.⁵⁶

Más relevante es, a mi juicio, el manifiesto abandono del *mandato de determinación* en los tipos que, con toda probabilidad, pasarán a configurar el Derecho penal de la criminalidad transnacional.⁵⁷

En el plano procesal, la configuración del Derecho penal de la globalización como un instrumento represivo que da repuesta a exigencias de la política determina que el conflicto entre los sistemas orientados al principio de legalidad procesal y a la búsqueda (tendencial) de la verdad material y aquellos en los que rigen de modo general el principio de oportunidad, la posibilidad de acuerdos y, en fin, criterios dispositivos, presumiblemente acabe inclinándose del lado de estos últimos.⁵⁸

(54) Cf. otros temas, incluyendo mención a los sistemas sancionatorios, en Pagliaro, RTDPE 6, 1993, p. 202-203.

(55) Como ocurre en Francia, Inglaterra, e incluso en España y en la jurisprudencia tradicional italiana. Ello le lleva a Tiedemann, Lenckner-FS, p. 433, aparentemente, a partir de la afirmación de lo excepcional de la solución alemana contraria, a proponer su abandono (!).

(56) Quizá, por ejemplo, Pagliaro. RTDPE 6, 1993, p. 200-201. Cf., en el sentido del texto, la descripción de Ashworth, ZStW 110 (1988), pp. 464-465.

(57) Sobre el hecho de que una concepción demasiado estricta del mandato de determinación puede oponerse a las exigencias de efectividad y probabilidad del Derecho de la integración (por ejemplo, en la materia de los actos realizados en fraude de ley), Vogel, JZ 1995, p. 338.

(58) Plantea la cuestión, aunque sin efectuar pronósticos, Perron, Lenckner-FS, p. 245. Tampoco en lo que se refiere a la relevancia del testimonio de coimputados, así como a la validez del empleo de confidentes, parece que el Derecho penal de la globalización esté en condiciones de desviarse de lo que es ya tendencia con-

En cuanto al principio de culpabilidad, es cierto que existe en el plano internacional un consenso en cuanto a la admisión de la relevancia del error de prohibición. Pero también que esto, pese a su importancia, no es lo decisivo; por contra, lo determinante es qué se entiende por error (frente a conocimiento) y cuál es el baremo de la evitabilidad. Por otro lado, está clara la acogida en el Derecho penal de la globalización de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, lo que no es indiscutible desde perspectivas de culpabilidad.⁵⁹ En fin, parece evidente la dificultar de rechazar figuras que impli-

can una presunción de culpabilidad, pero se hallan absolutamente arraigadas en sus tradiciones jurídicas de origen, como la *strict liability* o las *infractions matérielles*.⁶⁰

Por fin, el principio de proporcionalidad no deja de verse comprometido por la sanción penal de conductas meramente imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos (así, por ejemplo, en el caso del blanqueo de capitales). Asimismo, por la evidente proliferación de tipos de peligro muchas veces standard, tanto imputados en comisión activa, como en comisión por omisión.

solidada en los diferentes ordenamientos nacionales.

⁽⁵⁹⁾ Al menos, parece claro que es preciso determinar con claridad cuál es el círculo de personas físicas integradas en la estructura, cuyas acciones desencadenan la responsabilidad de la persona jurídica. Además, es preciso determinar cómo se construye la imputación subjetiva de la persona jurídica en caso de actuaciones de órganos colegiados, en las que unos miembros obran con dolo y otros no; si cabe una suma de conocimientos individuales, cada uno por sí mismo insuficiente, para conformar el dolo de la empresa; si causas de exclusión de la responsabilidad concurrentes en el miembro de la empresa pueden beneficiar a ésta o no; etc. Alude a ello Vogel, JZ 1995, p. 341.

⁽⁶⁰⁾ En efecto: es sabido que en Francia e Inglaterra se acoge la existencia de *infractions matérielles* o bien ilícitos de *strict*

liability, lo que, desde nuestra perspectiva constituye una vulneración del principio de culpabilidad. Cf. Ashworth, ZStW 110 (1998), p. 467 y ss. Pues bien, incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las admite en tanto en cuanto se configuren como presunciones *iuris tantum* de culpabilidad (esto es, procesalmente rebatibles). Cf. sobre ello Tiedemann, Lenckner-FS, p. 428-429. Pero es evidente que ello desnaturaliza nuestra concepción sustantivo-procesal del principio de culpabilidad, al igual que podría afirmarse a propósito de la responsabilidad por hecho de otro, etc. Sin ánimo de abundar en instituciones que estimamos vulneratorias del principio de culpabilidad en la doctrina continental actual, a las mencionadas puede añadirse la *constructive liability* (equivalente al *versari in re illicita*): Ashworth, Principles of Criminal Law, 2. ed., Oxford 1995, p. 85-86, aunque estimádola restringida a delitos dolosos contra la vida o integridad.