

DERECHO PENAL Y GLOBALIZACIÓN*

Joachim VOGEL

I. INTRODUCCIÓN

«Derecho penal y globalización»; es éste un tema relativamente nuevo y, en todo caso, un tema que atiza las emociones.

LOS cambios que el Derecho penal experimenta bajo el signo de la globalización –sea real o imaginariamente– con frecuencia son valorados de modo muy crítico. Así, por ejemplo, *Silva Sánchez* ve en la globalización un «multiplicador» de la expansión general del Derecho Penal por él criticada. El Derecho penal de la globalización, en su opinión, «deberá asumir restricciones de su carácter garantista y será menos propio de un Estado de Derecho, configurándose las reglas de imputación de manera más flexible y relativizándose las garantías procesales». A su vez, por un lado, *Terradillos Basoco* pone en duda que la globalización contribuya a la expansión del Derecho Penal, afirmando que sucede al contrario, que la globalización tiende a la desregulación de mercados y políticas, y, con ello, también a desplazar al Derecho Penal, y ello también allí donde se lo necesita. Por otro, desde su punto de vista, la globalización produce un cuestionable intervencionismo estatal frente a sujetos y modalidades de conducta que perturban el funcionamiento de los mercados globalizados, como, por ejemplo, la emigración ilegal de personas pobres desde el tercer hacia el primer mundo. En la ciencia del Derecho Penal alemana, *Prittwitz* comparte la crítica de que el Derecho Penal globalizado se aparta de principios jurídico-penales tradicionales, lo que en su opinión constituye una dolorosa erosión de nuestra común herencia cultural, además de que en el desarrollo de la globalización hay fenómenos de adaptación y equiparación, perdiéndose estándares de derechos y peculiaridades de las distintas culturas jurídicas. *Schünemann* ve, por un lado, al Derecho Penal «en el primer puesto de la lista de pérdidas» de la globalización, puesto que no se está logrando la protección efectiva de bienes jurídicos globalmente amenazados, como, por ejemplo, el medio ambiente, mediante un Derecho Penal globalizado. Por otro lado, el Derecho Penal global ya establecido, como es el caso

* Título alemán: «Strafrecht und Globalisierung» (manuscrito). Traducción de *Manuel Cancio Meliá* (Universidad Autónoma de Madrid).

del Derecho Penal relativo a las drogas y a la corrupción, en su opinión es en realidad imperialismo y colonialismo jurídico. *Schünemann* conecta esta crítica a la globalización con una crítica a los Estados Unidos de América, que desde su punto de vista intentan, por todos los medios y conforme a sus propias ideas, por un lado, impedir el establecimiento de un Derecho Penal global contrario a sus intereses –como el Derecho Penal internacional medioambiental o humanitario–, mientras que, por otro, tratan de imponer aquel Derecho Penal global que sí sirva a sus intereses, como, por ejemplo, aquél dirigido contra las drogas y la corrupción. Sin embargo, también hay partidarios fervientes de un Derecho Penal globalizado. Desde este punto de vista, es necesario combatir globalmente las amenazas globales como el terrorismo internacional; sería inadmisibles que delincuentes culpables obtengan en algún lugar del mundo un escondite y puertos seguros (*safe harbors*). Si la pena es justa y expresión del gobierno de la Ley (*rule of law*), se argumenta, la justicia penal y el Derecho Penal han de ser impuestos globalmente –en todo el mundo–. De este modo se generará –como lo expresó el anterior presidente de los EE.UU., *Clinton*– una «*global community of crime fighters*». De modo especial, se dice, debe acabarse la impunidad de delitos contra el Derecho de gentes como el genocidio, los delitos de lesa humanidad o los crímenes de guerra estableciendo un Tribunal penal internacional que imponga el cumplimiento del Derecho Penal internacional. Y se afirma que, incluso más allá de lo anterior, es necesario proteger globalmente los bienes jurídicos de todos los estados civilizados.

Para eliminar las emociones y también, al menos en parte, el contenido grandilocuente –de un lado, los defensores de la herencia, limitadora del Derecho Penal, de la Ilustración y del liberalismo político; del otro, los salvadores de la Humanidad, torturada por la macroadelincuencia de los poderosos en política y economía– de la discusión, propongo subdividir el tema «Derecho Penal y globalización» en cuatro subtemas:

- globalización y criminalidad (en el sentido de la realidad empírica de comportamientos punibles o desviados);
- globalización y legislación penal y/o política criminal;
- globalización y aplicación y/o imposición del Derecho Penal;
- globalización y ciencia del Derecho Penal (en el sentido de la ciencia global del Derecho Penal, incluyendo la criminología).

Más allá de esto propongo tratar los subtemas, en un primer paso, de modo descriptivo-analítico, es decir, inquirir primero *sine ira et studio* cuáles son los efectos de la globalización sobre la criminalidad, la legislación penal, etc. (o, precisamente, qué efectos no se producen), para valorar sólo en un segundo paso las modificaciones (o su ausencia) en el plano normativo.

Antes de ponerme a trabajar en la ejecución de este ambicioso programa, aún ha de abordarse la inevitable cuestión previa de qué entiendo por globalización. Mi respuesta es la siguiente: todo aquello que en política, economía y sociedad y en sus correspondientes ciencias se entiende por globalización. Pues la globalización no es un concepto jurídico, y yo como jurista no pretendo decir algo original o propio al respecto. De acuerdo con lo anterior, la globalización comprende especialmente lo siguiente:

- (económicamente) la génesis de mercados globales en los que los agentes económicos –en particular, las empresas transnacionales en cuanto

global players— en principio se mueven con libertad a escala mundial, y en los que, en principio, capital, trabajo, bienes y servicios pueden moverse libremente, lo que es posible gracias al avance técnico (tecnología de transportes, de información y comunicaciones);

– (en el plano político descriptivo) la pérdida de relevancia política (mundial) que sufren los Estados nacionales (*the breaking of nations*), y la génesis de mecanismos de gobierno global (*global governance*);

– (en el plano político normativo) la orientación política con base en los intereses del mundo en su conjunto, la humanidad, y no en intereses nacionales;

– (desde el punto de vista general objetivo) la «aproximación del mundo», la génesis de una comunidad de destino global con los tres subaspectos de una comunidad de la violencia (desde la perspectiva del autor), una comunidad de necesidad y sufrimiento (desde la perspectiva de la víctima) y una comunidad de cooperación;

– (desde el punto de vista general subjetivo) la creciente conciencia del mundo como un todo, la génesis de una ética mundial.

Hasta aquí la introducción. Paso al primer punto:

1. GLOBALIZACIÓN Y CRIMINALIDAD

a) La cuestión de si la globalización supone una modificación de la realidad de la criminalidad o, al menos, de la percepción de la criminalidad, es de naturaleza empírica y debe ser resuelta por la criminología. Ni soy criminólogo ni conozco estudios criminológicos al respecto; habrán de bastar algunas suposiciones prácticamente de lego:

Parece plausible considerar que la realidad de la criminalidad se ha visto modificada por la globalización, pero ello de manera moderada y, por regla general, sin que se haya producido lo que podría llamarse «criminalidad global» en sentido estricto; una denominación que —como anota con razón *Prittwitz*— no debería usarse por el mero hecho de que determinados delitos se cometan en muchos lugares o en todas partes (en tal caso, el hurto sería criminalidad global), y tampoco porque antes, durante o después del hecho se transite por fronteras estatales (esto por sí mismo tan sólo constituye criminalidad transnacional, no necesariamente global). En la medida en que la globalización va acompañada de libertad de movimientos global de personas y cosas, es probable que los *hechos con conexión en el extranjero* sean más frecuentes ahora. De modo especial cabe afirmar que los *hechos a distancia*, en los que el lugar de acción y el del resultado (al igual que los respectivos momentos temporales) se encuentran muy alejados entre sí, serán más frecuentes que antes. En la medida en que la globalización se encuentra vinculada a un incremento de la actividad económica, la *criminalidad económica* necesariamente crecerá. No está claro que ello —como piensa *Terradillos Basoco*— quede compensado por la desregulación de la economía en el marco de la globalización; por ejemplo, por el hecho de que desaparezca la criminalidad aduanera y de economía exterior en las zonas de libre comercio, sobre todo si se tiene en cuenta que el objetivo del *levelling of the playing field* sí que exige una regulación global, incluyendo

los medios del Derecho Penal, como es el caso del Derecho Penal de protección de la propiedad intelectual o contra el cohecho en el tráfico económico internacional. En la medida en que la globalización necesita de información y comunicación modernas, y pueden producirse abusos, se genera *criminalidad contra sistemas de información y comunicación*. Finalmente, nadie debe cerrar los ojos frente a los lados oscuros de la globalización, de indudables efectos criminógenos. La presión migratoria desde regiones que cabe calificar de perdedoras en la globalización hacia las regiones que ganan con ella produce *criminalidad de emigrantes y de tránsito oculto de fronteras*, llegando hasta el *tráfico de personas*. La marginalización y pauperización de formas tradicionales de sociedad y economía puede fomentar el extremismo y el *terrorismo*. Y quien considere que la creación de instituciones de *global governance* –incluyendo la *regional governance*, como, por ejemplo, en el territorio de la Unión Europea– es consecuencia de la globalización, deberá incluir también la *criminalidad dirigida contra instituciones íter y supranacionales*. Parece dudoso que todo esto pueda reconducirse a un denominador común. *Silva Sánchez* opina que las líneas básicas de la «criminalidad de la globalización» quedan caracterizadas mediante los conceptos de criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos. Pero ¿qué pasa entonces con el paradigma de criminalidad verdaderamente global, las redes mundiales terroristas de los impotentes, que actúan cada uno por su cuenta –es decir, localmente–?

Posiblemente, la globalización –aquí en el sentido de «concentración del mundo» y de la conciencia del mundo como todo– ha modificado más que la realidad de la criminalidad, la percepción de determinadas formas de criminalidad, que son consideradas un problema global aunque –por sí mismas– no tengan dimensión global: *global concern over local crime*. En este sentido, desde hace algún tiempo, las violaciones graves de los derechos humanos o las infracciones graves del Derecho Internacional humanitario se conciben como problema de la comunidad de pueblos como conjunto, en ese sentido, entonces, como problema global, aunque se encuentren limitados local y temporalmente, y se pretende que se los juzgue –al menos de modo auxiliar– por una institución global, la Corte Penal Internacional. Es posible que se conviertan artificiosamente en problemas globales campos de la criminalidad que no son realmente globales, como la esclavitud o la piratería, desde hace ya tiempo también la criminalidad relacionada con las drogas y (mucho antes del 11 de septiembre de 2001) el terrorismo internacional, al definírseles como ataques a «la civilización» o «a los intereses comunes de todos los pueblos civilizados».

b) ¿Cómo ha de valorarse todo esto en el plano normativo? Quien caracteriza una forma de criminalidad con el adjetivo «global» o como «problema global» está implicando que se trata de una criminalidad especialmente grave: el criminal no sólo agrede a un individuo o a un Estado, sino que ataca a todo el mundo, realiza con ello un grave injusto y una grave culpabilidad y demuestra ser especialmente malo, peligroso y nocivo. De hecho, en relación con los delitos contra el derecho de gentes se repite con frecuencia que se trata de los crímenes más graves que conoce la Humanidad. Esto puede ser así –piénsese en el genocidio de los judíos europeos–, pero no necesariamente –piénsese en el crimen de guerra de maltratar de obra a un prisionero de guerra–. Y con mayor razón tal argumentación fracasa respecto de la «criminalidad de la globalización», la cual por sí misma y por regla

general no es criminalidad global. Incluso aunque se tratara –como *Silva Sánchez* opina– de una criminalidad organizada de los poderosos, aún habría que fundamentar por qué los poderosos han de ser peores personas que los impotentes cuando actúan de modo criminal y por qué debe considerarse que la criminalidad organizada transnacional especialmente peligrosa y nociva. Se advierte que aquí existe la amenaza de un «pánico moral» que –si se prescinde de los propios intereses, por ejemplo, el interés de la «fortaleza Europa» en impedir que bandas organizadas de tráfico de inmigrantes trasladen a éstos al territorio de la Unión Europea– carece de justificación material.

2. GLOBALIZACIÓN Y LEGISLACIÓN PENAL Y/O POLÍTICA CRIMINAL

a) La cuestión descriptiva y analítica acerca de si la globalización ha cambiado la legislación penal y la política criminal ha de ser –en esto doy la razón a todos los autores inicialmente mencionados– contestada con toda decisión con un sí, y ello porque la globalización conduce a que la importancia de la legislación penal y de la política criminal del Estado nacional disminuya. La realidad jurídico-penal de la globalización y –en términos más bien políticos– de la constelación postnacional puede ser descrita sucintamente a través de la concepción, discutida intensamente desde hace algunos años, del pluralismo jurídico (*legal pluralism*): «Rather than being ordered by a single legal order, modern societies are ordered by a plurality of legal orders». Se trata de ordenamientos jurídicos de diversos planos, infranacionales, nacionales, supra e internacionales. Rigen de distinto modo, de modo directo o mediato, «duro» o «blando», jurídico o social. Y se generan por parte de distintos agentes, estados nacionales, sus parlamentos, gobiernos, administraciones, organizaciones supra o internacionales, agentes no estatales, sociedades. La consecuencia de esto es la interlegalidad (*interlegality*): «We live in a time of [...] networks of legal order forcing us to constant transitions and trespassings. Our legal life is constituted by [...] interlegality». Entonces, en el Derecho lo que interesa no es tanto la estática de un determinado orden, sino la dinámica del proceso de intercambio entre los distintos órdenes. Hay órdenes locales o regionales que son extendidas a escala regional o global, órdenes transnacionales que influyen en los nacionales o provocan la resistencia de éstos, y concepciones de ordenación genuinamente supranacionales o incluso universales. El concepto global de tales procesos de intercambio, la interlegalidad, es el fenómeno clave del Derecho Penal de la globalización. Conduce a nuevos agentes, formas, orientaciones y contenidos de la legislación penal.

Forman parte de los nuevos agentes, en primer lugar, organizaciones ínter y supranacionales como las Naciones Unidas y la Unión Europea. En el marco de las Naciones Unidas, cada vez son más las convenciones que se elaboran con el objeto de una armonización (mínima) global del Derecho Penal, con frecuencia, también de una expansión del Derecho Penal a ámbitos nuevos. Bajo el concepto director «espacio de la libertad, de la seguridad y del Derecho», la Unión Europea está armonizando importantes sectores de la Parte Especial, como, por ejemplo, terrorismo, tráfico de personas, ataques a los sistemas de información o inmigración ilegal. Pero también organizaciones no gubernamentales como Amnistía Interna-

cional o Transparency International, una organización que se dedica a la lucha contra la corrupción, tienen una influencia considerable sobre la legislación penal; se trata de «empresarios morales» modernos, que imponen con gran éxito sus agendas por medio del *lobbying* y de la influencia en la opinión pública. Finalmente ha de mencionarse la influencia de los Estados nacionales sobre la legislación penal de otros Estados nacionales, especialmente, de los Estados Unidos sobre la legislación penal de otros Estados. Distintas evoluciones esenciales en el ámbito del Derecho Penal de los últimos años comenzaron en los EE.UU. De la Parte General, sólo mencionaré los campos del Derecho Penal de la empresa y de las consecuencias jurídicas del hecho, con la vuelta a la retribución (*just desert*), penas privativas de libertad duras y esquematizadas (*sentencing schemes*), una dura agravación por reincidencia (*three strikes-and you are out*) y un desplazamiento del régimen específico para los menores de edad (*you do adult crime-you do adult time*). En la Parte Especial han de mencionarse el Derecho Penal económico y el Derecho Penal informático, el Derecho Penal contra la criminalidad organizada, el blanqueo de capitales y la corrupción internacional, las «guerras» jurídico-penales contra las drogas y el terrorismo y un Derecho Penal sexual remoralizado (*sexual harrassment*) como ámbitos cuyas regulaciones fueron concebidas en los EE.UU. antes de extenderse al resto del mundo, en el pasado, el presente y el futuro. De hecho debe considerarse que la política criminal estadounidense es la más influyente a escala planetaria. Las influencias se producen en el plano político mediante contactos informales entre cuerpos de policía, organismos del gobierno y políticos, pero también a través de presión diplomática abierta, jurídicamente, a través de tratados internacionales que lleva la letra de los EE.UU., y últimamente por medio de resoluciones del Consejo de Seguridad impulsadas por los Estados Unidos.

Las nuevas formas de la legislación penal no se refieren a la legislación penal estatal, que sigue produciéndose, conforme al antiguo principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no discutido hasta el momento, a través de la Ley parlamentaria. Por el contrario, se trata, por un lado, del Derecho Penal internacional en sentido estricto, que sigue siendo Derecho Internacional consuetudinario, cuya vigencia presupone y reconoce el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, es decir, que no –como se dice a veces– lo «codifica». Al menos en la tradición continental, el reconocimiento de un Derecho consuetudinario que fundamente penas genera dificultades, sobre todo teniendo en cuenta que los tipos del Derecho Penal internacional son muy indeterminados y desarrollados a través de Derecho judicial. Por otro lado, la armonización del Derecho Penal de los Estados nacionales ya no se produce exclusivamente a través del tratado internacional, que precisa de aprobación y ratificación parlamentaria, sino cada vez más mediante instrumentos ínter y supranacionales de vinculatoriedad directa, como las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o las decisiones marco del Consejo de la Unión Europea, que deben ser trasladadas al Derecho interno por parte de los parlamentos nacionales sin disponer de un espacio de decisión esencial en cuanto a sus contenidos.

Las nuevas orientaciones de la legislación penal y de la política criminal derivan, por un lado, por la génesis unilateralmente gubernativa del Derecho Penal globalizado y armonizado. Conduce a que se coloque de modo excesivo el acento en los intereses de punición y de persecución penal, partiendo de la idea directriz de que el ordenamiento jurídico-penal nacional es impotente frente a la criminali-

dad que actúa transnacionalmente, de modo que debe ser reforzado. Forma parte de ello el aspecto esencial de que no pueden seguirse tolerando las islas de impunidad: si un solo Estado tolera el blanqueo de capitales, bajo la condición de la globalización de la libertad de movimiento de capitales ello conduce a que todo el dinero del mundo pueda ser lavado en ese Estado, lo que en última instancia priva de objeto la prohibición de blanqueo de capitales de todos los demás Estados. Materialmente, la nueva legislación penal frecuentemente se refiere a campos de criminalidad que se perciben como peligro para el Estado, la economía y la sociedad como tales: corrupción, terrorismo, ataques a los sistemas de información. Frente a ello, la protección del individuo sólo entra en consideración si con ello puede demostrarse simultáneamente el carácter de «empresariado moral»: tráfico de personas, pornografía infantil, violencia contra las mujeres. No se puede evitar la sospecha de que en este ámbito se pretende que una legislación penal activista oculte los verdaderos déficit de ejecución.

Esto nos lleva a los nuevos contenidos de la legislación penal y de la política criminal en la época de la globalización. No admite duda alguna que el Derecho Penal globalizado se concentra en campos «modernos» con características «modernas» en el sentido de la crítica de *Hassemer* y otros. Frecuentemente, se trata de clases de tipos «modernos», como, por ejemplo, los delitos de peligro y de organización, que muestran estructuras de imputación distintas y de prueba más fácil que las del Derecho Penal «clásico». Con frecuencia se incriminan conductas que se hallan en el campo previo o posterior a un daño concreto, como, por ejemplo, la falsificación de tarjetas de créditos o el blanqueo de capitales. Y, en no pocos casos, los sectores en cuestión presentan una alta carga político-moral y son idóneos para desencadenar mecanismos de cabeza de turco (pornografía infantil y xenofobia). Lo más importante es, sin embargo, que el Derecho Penal ya no disfruta de aquel *status* especial que se halla vinculado al postulado de que la pena estatal debe seguir siendo la *ultima ratio* de la intervención estatal. El Derecho Penal y la pena se convierten progresivamente en uno entre varios mecanismos de intervención, en principio, equivalentes: para la represión de la criminalidad, cuando la prevención fracasa; en el «palo» que acompaña la «zanahoria» de los estímulos positivos para el comportamiento conforme a la norma (*compliance*); y últimamente, en forma de la figura distorsionada del «Derecho Penal del enemigo», en parte de una verdadera guerra militar contra los enemigos de la civilización, por ejemplo, los terroristas.

b) El juicio normativo acerca de todas estas modificaciones, en primer lugar, dependerá de cuál sea la actitud de quien lo emite hacia el pluralismo jurídico, la interlegalidad y los nuevos agentes y formas de la legislación penal y política criminal: que sea más bien un «nacionalista» o más bien un «internacionalista» o «supranacionalista». Sin embargo, aquí no sólo se trata de una actitud política, sino de un problema de legitimación, puesto que el Derecho Penal exige un alto nivel de legitimación. En este punto ante todo se plantea la cuestión de la legitimación democrática de agentes distintos de los Estados nacionales democráticos, especialmente, en lo que se refiere a las organizaciones ínter y supranacionales como las Naciones Unidas o la Unión Europea. Respecto de esta última se constata frecuentemente un «déficit democrático» que sería incompatible con competencias sustanciales en materia de legislación penal o política criminal. El argumento resulta sorprendente si se piensa a escala global y de Derecho Internacional público: nadie piensa en negar al Derecho Penal de un Estado no democrático –a salvo de los

límites infranqueables de la lesión de derechos humanos— su vigencia intraestatal o su reconocimiento jurídico-internacional. Sin embargo, de hecho resulta problemático que en una democracia, de acuerdo con cuya Constitución la legislación penal y la política criminal entran en el ámbito competencial del parlamento, intervengan otros agentes que actúan en formas distintas a las leyes del Parlamento; entonces, realmente, se generan problemas jurídico-constitucionales.

Más allá de esto, la cuestión normativa versa acerca de cuánta legislación penal o política criminal globalizada o global debería haber y qué «reservas» deben quedar para los Estados nacionales. Siguiendo a *Schünemann* cabe distinguir a este respecto cuatro planos:

- el Derecho penal global necesario para la protección de bienes jurídicos que ya no pueden ser protegidos de modo efectivo por los Estados nacionales, por ejemplo, el medio ambiente global frente a la contaminación transfronteriza o que tiene lugar en alta mar, o los derechos humanos cuando y en la medida en que son amenazados por los propios Estados nacionales (Derecho Penal internacional en sentido estricto). En este ámbito hay ahora un Derecho Penal más bien demasiado poco globalizado o global, que aquí debe ser valorado positivamente;
- el Derecho Penal global natural de los tipos comunes a todas las naciones (por ejemplo, el asesinato, la violación, el hurto). La globalización en este contexto no significa tanto armonización como cooperación de acuerdo con el principio de mutuo reconocimiento;
- el Derecho Penal global posible de las neocriminalizaciones aceptables para todas las culturas jurídicas que tienen en cuenta nuevas necesidades de protección. En este sector se encuentra en la actualidad el punto de gravedad de los efectos de la globalización sobre la legislación penal y la política criminal;
- negativamente, el Derecho Penal global ya no posible, que ya no es aceptable para diversas culturas jurídicas al contravenir elementos indisponibles en cada caso (el *ordre public*).

3. GLOBALIZACIÓN Y APLICACIÓN O IMPOSICIÓN DEL DERECHO PENAL

a) Bajo el signo de la globalización cambian, además, la aplicación y la imposición del Derecho Penal, y ello en un triple sentido: en primer lugar, los ordenamientos penales nacionales demandan un ámbito de aplicación extraterritorial cada vez más amplio e intenso. En segundo lugar, la aplicación del Derecho Penal se globaliza en el caso individual por la circunstancia de que cada vez son más los presupuestos internacionales y supranacionales que deben ser respetados, interactuando una jurisdicción penal nacional con jurisdicciones penales supranacionales e internacionales. Y, en tercer lugar, la vía clásica de la ejecución extraterritorial del *ius puniendi* nacional —extradición y asistencia judicial en causas penales— es desplazada cada vez con mayor intensidad por el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en asuntos penales. En detalle: ante el trasfondo del incremento de la movilidad de los autores de delitos que la globalización implica, muchos ordenamientos jurídico-penales tienden a abandonar el punto de partida del principio de

territorialidad, conforme al cual el Derecho Penal nacional sólo es de aplicación a hechos cometidos en territorio del Estado. De acuerdo con el principio de ubicuidad, basta con que el resultado –que, a su vez, sufre un proceso de «espiritualización» progresiva– se haya producido en el territorio. Conforme al principio de protección, los bienes jurídicos nacionales son protegidos con independencia del lugar de comisión y de la punibilidad en éste. Mediante el principio de personalidad activa, los Estados someten a sus nacionales a su Derecho Penal, se encuentren donde se encuentren. Finalmente, el principio de justicia universal somete a todo el mundo a un ordenamiento jurídico-penal nacional. En muchas ocasiones, tales extensiones del ámbito de aplicación de los ordenamientos jurídico-penales nacionales vienen exigidas por instrumentos ínter y supranacionales para la armonización del Derecho Penal, como es el caso del Derecho Penal de drogas o relativo a la corrupción. De este modo se pretende crear puntos de conexión para el mayor número posible de ordenamientos penales a efectos de persecución, y con ello también una tupida red de *iura puniendi*; se quiere impedir a los autores de delitos que huyan a un Estado que no tenga *ius puniendi* propio sobre ellos.

Junto con el problema de que un mismo hecho pueda y deba ser valorado conforme a varios Derechos penales nacionales aparece el ulterior problema de que, como consecuencia de la interlegalidad, de la internacionalización y de la regionalización –por ejemplo: europeización– del Derecho Penal, ya descritas, además deberán tenerse en cuenta capas jurídicas ínter y supranacionales. En este sentido puede suceder que un mismo hecho deba ser enjuiciado conforme al Derecho Penal nacional y también conforme al Derecho Penal internacional. En la aplicación del Derecho Penal nacional pueden entrar en juego presupuestos internacionales y supranacionales que obliguen a una interpretación conforme al Derecho internacional o europeo, y, en su caso, a acudir a un tribunal ínter o supranacional (por ejemplo, en el caso de una decisión previa por parte del Tribunal de las Comunidades Europeas).

Finalmente, la aproximación de los Estados en el curso de la globalización conduce a que la aplicación e imposición del Derecho Penal queda modificada mediante el reconocimiento mutuo de resoluciones en asuntos penales en el ámbito de la extradición y asistencia judicial. En sí mismo, el reconocimiento mutuo no es nada nuevo: un Estado al que se le requiere asistencia judicial en asunto criminal –por ejemplo, una extradición– y que acuerda prestarla reconoce con ello la resolución extranjera que subyace a la solicitud (por ejemplo, la orden de detención del juez competente en el Estado que formula el requerimiento). Sólo lo hará si queda garantizada la reciprocidad, sobre todo cuando exista un tratado de asistencia judicial que fundamente deberes mutuos de reconocimiento de los contratantes. El reconocimiento así concebido, sin embargo, sigue siendo una decisión soberana del Estado que lo formula. Este punto de partida se abandona, ante todo, con la concepción europea de la «capacidad de circulación» de las resoluciones en materia penal: se dice que dentro de la Unión Europea deben reconocerse las resoluciones en materia penal «de modo directo, como sucede con frecuencia en Estados federales». El principio del país de origen, conocido del Derecho relativo al libre intercambio de mercancías y servicios –que un bien o servicio que haya sido producido de acuerdo con el Derecho del Estado miembro de origen ha de tener capacidad de circulación en todo el territorio de la Unión–, se dice, ha de ser trasladado a las resoluciones en materia penal. En su conjunto, se afirma, el reconocimiento

no es una decisión soberana, sino una decisión vinculada al Derecho europeo del Estado miembro que lo lleva a cabo. En este sentido, el reconocimiento significa la extensión de consecuencias jurídicas a un territorio ajeno, especialmente, la ejecución en territorio ajeno. El objetivo político-criminal es un reconocimiento prácticamente automático: se pretende eliminar, en lo posible, los requisitos y obstáculos para el reconocimiento, desarrollándose los procedimientos de reconocimiento del modo más fácil y rápido posible. En particular se pretende evitar que una decisión judicial pronunciada en un Estado vuelva a ser cuestionada en otro Estado. Dicho de otro modo, el Estado que lleva a cabo el reconocimiento debe dar confianza incondicional y sin examinar al Estado de la resolución. Para ello, no sólo es necesaria una confianza mutua en las normas jurídicas del otro Estado, sino también en el hecho de que éstas serán aplicadas de modo correcto. En particular, esa confianza puede basarse en un fundamento común de convicciones, en una defensa común de los principios de libertad, democracia y del respeto por los derechos humanos y las libertades básicas, así como del Estado de Derecho. Las consecuencias son considerables. Los requisitos tradicionales de la extradición y de la asistencia judicial, como, por ejemplo, la doble incriminación, desaparecen del mismo modo que obstáculos tradicionales a la extradición o asistencia judicial, como, por ejemplo, la no extradición de nacionales. El Estado de reconocimiento carece de posibilidad de comprobar la resolución inicial, tampoco con base en el criterio de los derechos fundamentales y humanos europeos, y mucho menos con base en los propios derechos fundamentales o en el propio *ordre public*. La comunicación en materia de extradición y asistencia judicial se produce de oficio sin que entren en acción organismos del Gobierno. El procedimiento se estandariza mediante formularios; en el fondo pierde su carácter jurisdiccional y se convierte en un procedimiento administrativo meramente formal, vinculado a plazos breves.

b) La valoración normativa de las modificaciones difiere de caso a caso.

Ante todo merece una valoración crítica la creciente aplicación extraterritorial del Derecho Penal nacional. Puede conducir a que un comportamiento impune o incluso lícito en el lugar de comisión resulte punible de acuerdo con el Derecho aplicable de un Estado extranjero desde el punto de vista del lugar de comisión, por ejemplo, si determinados contenidos ubicados en internet están cubiertos en el lugar de comisión por la libertad de expresión, siendo, sin embargo, ilícitos y punibles de acuerdo con el Derecho de un Estado desde cuyo territorio el contenido resulta accesible. Más allá de esto, el incremento de la aplicación extraterritorial del Derecho Penal puede conducir a que se superpongan diversos *iura puniendi*, teniendo varios Estados simultáneamente competencia para la persecución penal. En tal caso, se genera el peligro de un *forum shopping* jurídico-penal, y pueden darse conflictos positivos de competencia que o bien tienen que ser resueltos a través de un *ne bis in idem* internacional, aún no reconocido, o mediante reglas de preferencia y mecanismos de coordinación, igualmente aún carentes de reconocimiento. La crítica se ha visto reforzada porque la Corte Internacional ha declarado en «Bélgica contra el Congo» que un principio de justicia universal ilimitado es contrario al Derecho Internacional y que la Unión Europea se ha fijado la meta de evitar conflictos de competencia entre los Estados miembro (art. 31 lit. d TUE). De hecho, se ha formulado la propuesta radical de que en principio sólo un Derecho

Penal debería ser aplicable a un hecho y que en principio sólo un Estado debería tener competencia de persecución, imponiendo un principio estricto de territorialidad, con base en el cual resultaría decisivo el lugar de comisión (no el lugar del resultado), puesto que desde el punto de vista de la teoría de la norma y del comportamiento es el lugar de la acción el decisivo. Esto llega muy lejos. Pero es cierto que no deberían construirse artificiosamente resultados acontecidos en el territorio del Estado sin urgente necesidad; habría que desescombrar el principio de protección; habría que limitar el principio de justicia universal a la luz de la jurisprudencia de la Corte Internacional, y habría que sustituir el principio de personalidad activa por la extradición de nacionales propios.

Tampoco se sustraen a toda crítica los efectos de la interlegalidad e internacionalización sobre la aplicación del Derecho Penal: ésta pasa a ser más complicada, menos previsible y más costosa en tiempo, lo que de modo evidente afecta al principio jurídico-penal de determinación y el mandato procesal penal de celeridad.

El nuevo principio de reconocimiento mutuo ha sido sometido a considerables críticas. Se dice que somete al sujeto perseguido a un ordenamiento jurídico-penal extranjero en cuya configuración no tiene derecho a intervenir, siendo por ello antidemocrático. El argumento, desde luego, es débil cuando el sujeto perseguido ha cometido el delito en el territorio del Estado de la resolución. De acuerdo con el principio de territorialidad, reconocido por el Derecho Internacional público, todos están sometidos al ordenamiento penal en vigor en un territorio estatal, y ello también cuando sea extranjero en ese lugar y por ello no pueda participar en su configuración democrática. Más allá de esto, se afirma que el reconocimiento mutuo conduce al dominio del Derecho Penal más punitivo en cada caso, y, además, a una equiparación de estándares propios del Estado de Derecho en el nivel más bajo. Sin embargo, el reconocimiento mutuo sólo conduce a que un *ius puniendi*, una vez fundamentado –sea especialmente punitivo o no–, pueda ser ejecutado aunque el perseguido huya al extranjero o haya medios de prueba ubicados en el extranjero. Pero sí es cierto que el principio de reconocimiento mutuo se nutre en gran medida de intereses del Estado y de persecución, dejando fuera de consideración, en cambio, los intereses individuales del perseguido. Sobre todo aquella modalidad del reconocimiento mutuo que persigue el establecimiento de prohibiciones de nuevo examen debe ser vista críticamente. Da por supuesta una confianza mutua que en última instancia es ciega. El Estado de reconocimiento debe contar con un elenco mínimo de posibilidades de rechazo y nuevo examen que tengan en cuenta la circunstancia de que posiblemente la confianza mutua esté en principio justificada, pero no necesariamente es adecuada en todos los casos individuales. Debe mantenerse la situación de que el *ordre public* internacional y europeo, sobre todo en forma de derechos humanos universales y europeos, constituya el límite del reconocimiento, pudiendo ser comprobado en caso de necesidad también respecto del caso individual.

4. GLOBALIZACIÓN Y CIENCIA DEL DERECHO PENAL

Finalmente queda la cuestión de si nos encontramos en el camino hacia una ciencia global del Derecho Penal, que trabaje –al menos en cuanto utopía– sobre

un Derecho Penal mundial, o de si la situación sigue siendo que la ciencia del Derecho Penal se encuentra enraizada en su Derecho Penal de origen, o, al menos, en la familia jurídico-penal a la que pertenece, cultivando la identidad y la cultura jurídico-penales nacionales y defendiéndolas contra los embates de la globalización. La cuestión, así planteada, pienso, es prácticamente una cuestión de fe, sobre todo teniendo en cuenta que en cierto modo depende de la posición epistemológica de partida: la profesión de fe por un trabajo respecto de un «Derecho Penal mundial» resulta más sencilla a aquel que reconozca una naturaleza de las cosas jurídico-penales más allá de lugar y tiempo, y estructuras de imputación prefijadas ontológicamente o en la lógica material, y más difícil a quien defienda un positivismo y relativismo jurídico-penal. Más allá de estas cuestiones, prácticamente ideológicas, opino que la ciencia del Derecho Penal está cambiando y debe cambiar bajo el influjo de la globalización, y ello en un triple sentido.

En primer lugar, bajo la influencia de la globalización y de la interlegalidad se produce un pluralismo metodológico y solapamientos metodológicos, hacia –así la acertada formulación de *Kühl*– el «principio de la apertura metodológica»: todas las posiciones metodológicas sean «ontologizantes» o «normativizantes», propias de la «lógica material» o «funcionalista», vinculadas a un pensamiento («moderno») de la eficiencia o al pensamiento orientado a principios («europeo tradicional») se admiten como equivalentes. Una discusión acerca de qué método es el único verdadero en el contexto jurídico-penal sería errónea: allí donde se «hace» el Derecho Penal global, especialmente en las instituciones internacionales y supranacionales, la apertura metodológica no es sólo un principio meramente reconocido en el plano normativo, sino una condición, perceptible cotidianamente, de la posibilidad de que haya un Derecho Penal global. La apertura metodológica no debe confundirse con arbitrariedad metodológica. Citando de nuevo a *Kühl*: «en la necesaria discusión en torno a problemas materiales del Derecho Penal es donde todos estos métodos deben demostrar su valía y ello concretamente a través de la calidad de los argumentos obtenidos respetando esos métodos». Aludiendo a la fuerza del mejor argumento se hace referencia a la teoría del discurso, que no es un método jurídico, pero sí un marco metodológico y teórico que precisamente puede mostrar ser fructífero en el contexto de la globalización.

En segundo lugar, la ciencia del Derecho Penal globalizada se aparta del pensamiento sistemático y de las cuestiones categoriales, aproximándose al pensamiento problemático y a las cuestiones materiales, y ello también en la medida en que se trate de la elaboración de concepciones relativas al Derecho Penal vigente es decir, de la dogmática jurídico-penal. Ciertamente, muchos considerarán que constituye una *contradictio in adiecto* una dogmática referida a los problemas y a los casos que no parta deductivamente de conceptos y categorías, ubicándolos en un sistema lógicamente coherente. Pero esto es una discusión en torno a palabras. Las afirmaciones dogmáticas, es decir, aquellas referidas al Derecho vigente, también son susceptibles de ser desarrolladas de modo inductivo partiendo del caso y con conexión con problemas, como demuestra cualquier Derecho de casos, cuyos precedentes, dicho sea de paso, tienen mucho mayor carácter de «dogmas» que las proposiciones teóricas referidas a un derecho legal continental. A pesar de ello hay ciertos ámbitos en la ciencia del Derecho Penal que consideran imprescindible una dogmatización deudora del pensamiento sistemático y categorial para el Derecho Penal y también el Derecho Penal global.

En este contexto, frecuentemente se considera que el respectivo sistema nacional –por ejemplo, el sistema alemán del delito con sus categorías acción, tipo, injusto y culpabilidad– es el más desarrollado, líder o el mejor, por lo que de modo internamente coherente se exige su reconocimiento global. Pero incluso aunque existiera algo así como una mejor dogmática jurídico-penal nacional e incluso si ésta estuviera vinculada al pensamiento sistemático de impronta alemana, no sería correcto ni normativa ni funcionalmente trasladarla sin más a contextos globales. Todos los ordenamientos jurídico-penales nacionales han de reconocerse en principio como equivalentes, lo que implica que también se reconozcan como equivalentes los respectivos métodos del trato con el Derecho Penal. Desde el punto de vista funcional es cometido de una dogmática jurídico-penal global el de formular proposiciones globalmente comprensibles acerca del Derecho Penal. Tal comunicación acerca de los distintos sistemas, sin embargo, difícilmente es posible de momento a causa de las diferencias en las construcciones sistemáticas nacionales, y, además, es de menor importancia porque las cuestiones sistemáticas y categoriales tienen menos importancia que las cuestiones materiales. A la pregunta del profesor alemán de Derecho Penal de si el dolo pertenece al injusto o a la culpabilidad o a ambos, el *barrister* inglés o el *maître* francés constatará que conoce los conceptos de injusto y culpabilidad sólo como categorías principalmente filosóficas o morales y no como categorías primariamente jurídicas; repreguntará qué es lo que jurídicamente depende de la ubicación y cómo lo ven los tribunales alemanes; dar una respuesta pondrá en un compromiso de alguna entidad al alemán. En cambio, los problemas jurídico-penales relativos a cuestiones materiales se plantean en todas partes; de ellas dependen cosas reales y acerca de ellas los penalistas podrán comunicarse a lo largo y ancho del mundo. La cuestión acerca de cuáles son los requisitos que deben plantearse respecto del dolo y de su prueba, el *barrister* y el *maître* la comprenderán de inmediato y podrán decir mucho al respecto; constituye un problema muy elaborado en todos los ordenamientos jurídico-penales. En la comunicación global acerca de problemas y cuestiones materiales cristalizarán concepciones para la solución de problemas que –y éste es, en mi opinión, el cometido principal de una dogmática jurídico-penal global– deben ser elaboradas teóricamente y desarrolladas en su lógica interna para hacer posibles los controles de coherencia y para evitar la arbitrariedad, lo que constituye el justificado objetivo del pensamiento sistemático. De este modo cabe desvirtuar el temor de que una dogmática jurídico-penal orientada a los problemas y a las cuestiones materiales se pierda en una arbitrariedad de derecho libre o de divagaciones tópicas.

En tercer lugar, la ciencia del Derecho Penal bajo el signo de la globalización no debe ocuparse exclusivamente de cuestiones de dogmática jurídico-penal, sino que debe tratar con el mismo peso problemas político-criminales y reconducir aquéllas a éstos, como siempre lo han hecho los grandes –mencionaré a *von Liszt* y a *Ancel*– del Derecho Penal. En el momento actual, la ciencia del Derecho Penal en algunos Estados coloca de modo desproporcionado el centro de gravedad en las cuestiones de dogmática jurídico-penal. En este sentido, en el espacio de habla alemana, si bien hay docenas de manuales dogmáticos de Derecho Penal, sólo hay uno –y no actual– de política criminal. Muy posiblemente una razón esencial de esta situación está en que la política criminal es un campo esencialmente democrático y que la ciencia del Derecho Penal no en todas partes se concibe –como formu-

la *Donini*— como *democrazia penale*, sino como *aristocrazia penale*. De hecho, si hubiera un Derecho Penal ideal cuya ciencia tuvieran profesores de Derecho Penal que trasladaran en escuelas a fieles acólitos, y si la legislación penal sólo produjese sombras más o menos incompletas de aquél ideal. *entonces* sería mejor cultivar la teoría pura del Derecho Penal ideal en vez de entrar en los oscuros y bajos fondos de la política criminal cotidiana. Pero el Derecho Penal, como todo Derecho, debería partir del pueblo. Por ello son los discursos político-criminales llevados a cabo en la opinión pública política del mundo los que determinan la evolución del Derecho Penal, dentro de los límites que trazan los discursos constitucionales y de derechos humanos. Una ciencia del Derecho Penal que quiera enfrentarse a los retos de la globalización será consciente de esto, hará valer su influencia en un momento temprano y participará en el discurso político-criminal global como una voz que únicamente destaca por la fuerza del mejor argumento.

Les agradezco su atención.

RESUMEN

La incidencia de la globalización en el ámbito del Derecho Penal puede estructurarse en torno a cuatro elementos: en primer lugar, en lo que se refiere a la cuestión de la *criminalidad* global, puede afirmarse que no sólo existen nuevas formas de criminalidad transnacional, sino sobre todo una percepción mundial nueva de la criminalidad, que implica que determinados hechos locales adquieran resonancia global. En lo que se refiere, en segundo lugar, a la *política criminal*, cabe constatar que existen nuevas formas de hacer política criminal, llevadas a cabo por agentes políticos ínter o transnacionales nuevos y que incorporan nuevos contenidos, sobre todo, en el ámbito de un (nuevo) Derecho Penal internacional. La cuestión que aquí se plantea ante todo es la de la legitimidad democrática que estos procesos, realizados al margen de los procedimientos intraestatales tradicionales. En tercer lugar, también se aprecian modificaciones en la *aplicación internacional del Derecho Penal*: aparecen cada vez con mayor frecuencia instrumentos de cooperación judicial internacional —en particular, en el marco de la Unión Europea— que modifican la tradicional visión de este ámbito, presidida por el predominio de la noción de soberanía estatal. Finalmente, también en el ámbito de la *ciencia del Derecho Penal* se percibe la nueva situación inducida por los elementos anteriores, en la que deberá abandonarse la concepción de la ciencia penal como conocimiento exclusivamente centrado en un determinado Derecho positivo; en particular será necesaria una apertura metodológica que permita el intercambio entre diversas culturas jurídico-penales.