

LA VIGENCIA DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO:
EFECTOS DE LA GLOBALIZACIÓN

Luiz Otavio de Oliveira Rocha

Fiscal en São Paulo/Brasil.

Doctorando en Derecho Penal por la Universidad Complutense de Madrid

Vicepresidente del Centro de Derecho Criminal Internacional-CEDICI.

RESUMEN: Los principios fundamentales que rigen la aplicación de las leyes penales en el espacio, son los siguientes: 1) *territorialidad*; 2) *pabellón* (o de *protección de intereses*, o *real* o de *defensa*); 3) *nacionalidad* o de la *personalidad*; y 4) *derecho universal* (o *principio universalidad*). El Derecho Internacional Penal surge como el sistema de Derecho Penal concebido para reprimir las infracciones que atentan contra los bienes jurídicos considerados más relevantes por la comunidad internacional de Estados. Las fronteras nacionales no constituyen obstáculo significativo para la actuación de las organizaciones criminosas.

PALABRAS CLAVE: Globalización, Derecho Internacional Penal, Supranacionalidad, Derecho Penal, Teoría del Delito.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. III. GLOBALIZACIÓN Y DERECHO PENAL. IV. DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL. V. CRIMINALIDAD ORGANIZADA *versus* DERECHO PENAL TRADICIONAL. VI. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN. VII. TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN. VIII. LA SUPRANACIONALIDAD. IX. INSTRUMENTOS ACTUALES DE JUSTICIA UNIVERSAL. X. PERSPECTIVAS DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL INTERNACIONAL. XI. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Hace pocos años, uno ciudadano de Vancouver, Columbia Británica, Canadá, si compró seis botellas de vino en una tienda por las que pagó 78 dólares. El momento en que le entregó al vendedor, un vietnamita, su tarjeta de crédito, fue invitado por él a dar una ojeada en algunos productos puestos a venta con descuento, lo que desvió su atención. Mientras tanto su tarjeta era pasada en una lectora magnética debajo de la caja, tras lo que fue de nuevo leída delante del cliente, en otra lectora por encima de la caja. Antes de que el hombre de Vancouver pudiera consumir cualquiera de las botellas de vino, los datos de su tarjeta ya habían sido entregadas a alguien de Hong Kong por e-mail. Allá el receptor del mensaje recogía gran cantidad de datos tomados del mismo modo en distintos países, y los enviaba a Malasia. Después de 24 horas, una nueva tarjeta con los datos del cliente de Vancouver, y otras decenas más, estaban listas para ser trasladadas a Italia, acomodadas en paquetes de cigarrillo. En el Aeropuerto Internacional de Subang, en Kuala Lumpur, el portador de la tarjeta "canadiense" se compró una botella de 'whisky' en la tienda "free shop" y puso el paquete de cigarrillos en la respectiva bolsa, llegando horas más tarde en Italia, donde nadie en la aduana se preocupó en examinar aquellos regalos de "free shop", que luego fueron pasados a otro individuo en Milán. 25 tarjetas del total falsificado habían sido vendidas a un ruso en la ciudad de Praga, que días después mandó un comparte a Londres. Éste, entonces, hizo en "Harrod's" una gran compra, que correspondió a casi todo el límite de 20 mil dólares de la tarjeta de Vancouver. Todos los artículos allí adquiridos, como relojes de buenas marcas, bufandas etc., fueron llevados por tierra a Moscú, donde fueron puestos a venta en la tienda "Gum", ubicada entre La Plaza Roja y el Kremlin, por precios mucho más significativos que los US\$18.157 que aparecieron en la factura de la tarjeta del ciudadano canadiense, la que fue cancelada por la administradora luego de su reclamación. Los investigadores de la empresa de tarjetas descubrieron unos indicios en torno de la fraude, pero no lograron detectar el involucramiento de La "Tríada China" y la "Camorra" en la operación. Y sin que fuera identificado ni siquiera un responsable, ninguna agencia de combate al crimen de cualquier país iba a ocuparse del caso. De todas maneras, nadie jamás tuvo la certeza de qué jurisdicción debía conocer los hechos...

Ese episodio verídico, relatado por JEFFREY ROBINSON¹, en nuestro entender constituye un magnífico ejemplo de las dificultades con las que depara el Derecho Penal de la Globalización. De ahí habernos decidido reproducirlo en el principio de este trabajo, ya que creemos que habrá de ser de bastante utilidad tenerlo en mente al reflejar sobre las cuestiones que abordaremos en las páginas siguientes.

El estudio de la vigencia de la ley penal en el espacio es probablemente el tema del Derecho Penal que viene recibiendo el mayor influjo del fenómeno de la globalización.

Postulados clásicos como el del monopolio estatal de la distribución de la justicia penal, los principios de *territorialidad* y de *justicia universal*, de la *personalidad* y *protección de intereses*, porque amparados en un concepto de soberanía que experimenta la más significativa mutación desde que nació como concepto jurídico, están clamando por la reformulación de sus contornos.

Parece que no cabe duda que es imprescindible atender esa demanda. Teniendo en cuenta que las enormes transformaciones que provoca la globalización implican también el incremento de la criminalidad de carácter transnacional², es imperioso reaccionar con la adecuación del instrumental jurídico interno de los países si se quiere impedir que esa criminalidad transite libremente por los caminos de la nueva economía global.

En ese contexto, y como punto de partida para el desarrollo del tema que nos interesa, entendemos conveniente hacer aquí algunas consideraciones al respecto

¹ ROBINSON, Jeffrey, *A globalização do crime* (traducción para el portugués del original "The Merger", por Ricardo Inojosa), Rio de Janeiro, Ediouro Publicações SA, 2001, págs. 20-23.

² Como subraya MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Política Criminal y Globalización*, trabajo publicado en "Derecho Penal y Globalización", Ed. Porrúa, México, 2001, pág. 352, "en los tiempos que corren, hablar de *internacionalización del delito* es referirse a una gran cantidad de fenómenos que se presentan hacia el interior de los Estados y que, debido a múltiples facotes, trascienden las fronteras nacionales, ramificando sus actividades y logrando con ello que crezcan notablemente sus ámbitos de influencia".

de esos ingredientes.

Sin embargo, cabe antes una breve advertencia.

El tema relativo a la vigencia y el ámbito espacial de aplicación de las normas penales está presente en la mayoría de los códigos penales del planeta³. Así, por ejemplo, en el Código Penal Brasileño es tratado en los artículos 5º a 8º, y en el Código Penal Federal de México en los artículos 2º a 6º⁴. Hay, por supuesto, doctrina abundante acerca de los institutos correspondientes.

Sin embargo, como es nuestra intención examinar con prioridad los aspectos novedosos que lo afectan, no vamos a seguir el orden sistemática con la que el tema es abordado en la gran parte de las obras de Derecho penal. No habría espacio disponible para profundizarnos en el examen de los aspectos generales, a los que por cierto tendrá acceso el lector que desee profundizarse en su estudio y de toda materia aquí referida.

II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

Los principios fundamentales que rigen la aplicación de las leyes penales en el espacio, como es sabido, son los siguientes: 1) *territorialidad*; 2) *pabellón* (o de *protección de intereses*, o *real* o de *defensa*); 3) *nacionalidad* o de la *personalidad*; y 4) *derecho universal* (o *principio universalidad*)⁵. Según el principio de la *territorialidad*, la ley penal a ser aplicada a los hechos ocurridos dentro del territorio de un país es la ley de ese país, independientemente de la nacionalidad del agente, una vez que es dentro del territorio que los Estados ejercen su *soberanía*, de la que el poder de distribuir la Justicia Criminal es uno de los principales atributos. En Brasil, por ejemplo, ese principio está consagrado en el artículo 5º del Código Penal que, además de fijar la regla general que acabamos de mencionar, define en su párrafo único qué se debe entender por territorio nacional, que abarca no solamente el espacio físico comprendido por las fronteras (territorio en sentido real: la superficie - solo y subsuelo -, las aguas territoriales y el espacio aéreo), como también las embarcaciones y aeronaves brasileñas a servicio del gobierno en el extranjero, o las mercantes y privadas que se encuentren en alto-mar (territorio *virtual*). La norma correspondiente del Código Federal de México es la del artículo 5º y sus fracciones.

Hay casos, sin embargo, que la ley penal de un país es aplicada a los agentes de crímenes cometidos fuera de su territorio, cuando entonces se da la *extraterritorialidad*. Es el artículo 7º del Código Penal que contiene los casos de extraterritorialidad de la ley penal brasileña, que pueden ser así clasificados: a) extraterritorialidad incondicionada (art. 7º, I):- la ley brasileña es aplicada

³ El Nuevo Código Penal Español, introducido en 1995, es una excepción, atribuida por José CERREZO Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, Introducción, 5ª edición, Ed. Tecnos, 1996, pág. 193, a la "precipitación del legislador" español, que se apresuró en la tramitación del Nuevo Código quedándose sin tiempo para incluir en él esa materia, provocando "desacierto sistemático" consistente en la supervivencia del artículo 23 de la "Ley Orgánica Del Poder Judicial", de 1º de julio de 1985, que regulaba la materia con anterioridad.

⁴ "Artículo 2. Se aplicará, asimismo: I.- Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tenga efectos en el territorio de la República, y II.- Por los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron. Artículo 3. Los delitos continuos cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República, se perseguirán con arreglo a las leyes de ésta, sean mexicanos o extranjeros los delincuentes. La misma regla se aplicará en el caso de delitos continuados. Artículo 4. Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes: I.- Que el acusado se encuentre en la República; II.- Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró, y III.- Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República. Artículo 5. Se considerarán como ejecutados en territorio de la República: I.- Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales; II.- Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto; III.- Los cometidos a bordo de un buque extranjero surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación. En caso contrario, se obrará conforme al derecho de reciprocidad; IV.- Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores, y V.- Los cometidos en las embajadas y delegaciones mexicanas. Artículo 6. Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general."

⁵ A éstos se relacionan otros principios, como los de legalidad, especialidad, identidad de la norma (el hecho que fundamenta la extradición debe constituir delito tanto en el país requeriente como en el requerido, por lo que se habla también de "principio de doble incriminación"), la no entrega por delitos políticos, puramente militares o por faltas o sanciones administrativas y, por ende, la no entrega de nacionales).

incondicionalmente, aunque el agente haya sido juzgado en el extranjero (art. 7º, § 1º); se fundamenta la norma en el *principio de defensa*, que determinó la inclusión, en la fracción I, de las letras “a” (crímenes “contra la vida o la libertad del Presidente de la República”), “b” (“contra el patrimonio o fe pública de la Unión” y otras personas jurídicas de derecho público y privado listadas) y “c” (“contra la administración pública, por quien está a su servicio”), y de la *universalidad*, recogido en la letra “d” de la misma fracción (“de genocidio, cuando el agente sea brasileño o domiciliado en Brasil”); y, b) extraterritorialidad condicionada (art. 7º, II):- la ley brasileña es la aplicable desde que presentes determinadas condiciones: 1) tratarse de crimen que Brasil se obligó a reprimir en virtud de tratado o convención – (art. 7º, II, letra “a”); 2) el agente sea brasileño (*principio de personalidad* - letra “b”); 3) sea el crimen practicado en aeronaves o embarcaciones privadas brasileñas en territorio extranjero “y ahí no sean juzgadas” (*principio de la pabellón* – letra “c”); o, aún, 4) sea practicado por extranjero contra brasileño fuera de Brasil, considerados determinados requisitos (*principio de la defensa* - art. 7º, § 3º, cc. inciso II y § 2º).

Para que se pueda dar aplicación al principio de la territorialidad, es necesario, también, que se tenga claro el “lugar” donde el crimen fue practicado.

Entre las varias teorías volcadas a precisar el lugar del crimen (*locus commissi delicti*), la legislación brasileña adopta la teoría de la “ubiquidad”, admitiendo el Código Penal (artículo 6º) como lugar del crimen aquél en que “...ocurrió la acción u omisión, en el todo o en parte, bien como donde se produjo o debía producirse el resultado”. Como observa MAGALHÃES NORONHA⁶, esa postura “se justifica plenamente cuando las diferentes fases de un crimen ocurren en países distintos, a fin de que no se quede él impune”. El Código Federal de México trata de esa cuestión en los artículos 2º y 3º, estableciendo que la ley mexicana se emplea en cuanto a los “delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tenga efectos en el territorio de la República”, extendiendo esos efectos a los delitos permanentes o continuados “cometidos en el extranjero, que se sigan cometiendo en la República”.

El examen de las legislaciones que acabamos de mencionar proporciona al lector, sin mayores dificultades, la comprensión del significado de cada uno de los principios arriba mencionados, enseñando, además, que es el *principio de territorialidad* lo que tiene más trascendencia, por su directa implicación con el principio de *soberanía*.

Las declaraciones de extraterritorialidad de la ley penal hechas por un Estado no implican en general en la interferencia de la soberanía de otros. El grado de eficacia de tales declaraciones, sin embargo, siempre dependerá de la aceptación de su legitimidad en el ámbito internacional, en especial cuando el agente que se quiere enjuiciar se encuentra en territorio de otro Estado (situación que sólo puede ser resuelta por medio de la extradición).

Es justamente ahí que radica una de las diferencias fundamentales entre los casos generales de *extraterritorialidad* y el principio de *justicia universal*. Las situaciones en las que el Estado extiende su potestad hacia más allá de sus fronteras, con arreglo en los principios de *personalidad* y de *protección*, derivan de razones que no mantienen correspondencia con los fundamentos del principio de *justicia universal*.

De hecho, cuando la ley brasileña establece el *principio de personalidad* (art. 7º, II, “b”, del Código Penal), pretende, entre otras cosas, garantizar la aplicación de la ley penal a los brasileños que hayan cometido infracciones penales en el extranjero, relativamente a los cuales, caso fuera requerida la extradición por el país

⁶ NORONHA, Magalhães, *Curso de Derecho Procesal Penal*, São Paulo, Ed. Saraiva, 4ª ed., 1971, pág. 46. Aduce ese autor, sin embargo, que la teoría de la ubiqüidade “no es deseable cuando el *iter criminis* se desarrolla en distintas unidades del País y la consumación ocurre en otro u otros (como puede suceder con los delitos permanentes), ya que eso facilitaría los conflictos positivos de competencia.

donde la infracción fue cometida, ésta habría de ser negada por fuerza de la norma de la fracción LI del artículo 5º de la Constitución Federal⁷, que prohíbe la extradición de brasileños⁸.

Asimismo, cuando la ley recoge el *principio de protección* (o "del pabellón" art. 7º, I, "la", "b" y "c"), también busca la extensión de la soberanía hacia el exterior, lo que también tendrá eficacia solamente si el país competente reconocer esa extensión con base en el principio de territorialidad. Como consecuencia, surgen a veces situaciones de difícil solución cuando el país donde fue practicada la infracción se niega a acatar el correspondiente pedido de extradición.

El *principio de justicia universal*, distintamente de los anteriores, remete la idea de *justicia mundial*, mas bien de universalización de la distribución de la justicia. Según este principio, un Estado reserva para si el derecho de perseguir hechos cometidos por sus nacionales o mismo por extranjeros, aunque en territorio de otro Estado, "cuando lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por todo la comunidad internacional y en cuya protección ésta se encuentra interesada"⁹.

Tal es el caso de la jurisdicción penal española, que se considera competente para juzgar el General Augusto Pinochet Ugarte por los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura chilena. Al acoger irrestrictamente el *principio de justicia universal* (artículo 23.4, *Ley Orgánica Del Poder Judicial*), España se declara apta a perseguir los delitos de "genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, los relativos a la prostitución y los de corrupción de menores el incapacitados, tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes y cualquier otro que, según los tratados el convenios internacionales deba ser perseguido en España", cualquiera que sea el país donde haya sido la infracción practicada, independientemente de la nacionalidad del agente¹⁰.

En el caso Brasileño, a pesar de que el *principio de justicia universal* ha sido acogido de modo expreso solo parcialmente en el Código Penal, en cuanto al crimen de genocidio y "cuando el agente sea brasileño o domiciliado en Brasil" (art. 7º, I, "d", del CP)¹¹, se verifica que la reciente influencia del internacionalismo ya se hace presente en su ordenamiento jurídico, dando causa, por ejemplo, a la inclusión en la Constitución Federal de 1998 de norma destinada a posibilitar la extradición de brasileño naturalizado, en los casos de "comprobado involucramiento en tráfico ilícito de drogas" (artículo 5º, LI, de la Constitución de Brasil)¹².

Lo que queda claro es que en nuestros días el principio de *justicia universal* corresponde a la asunción por un Estado del firme propósito de juzgar a los autores de crímenes de índole internacional que hayan sido cometidos dentro o fuera de sus fronteras, en cuya represión se encuentra interesado en la condición de miembro de esa comunidad.

Seguimos, entonces, tratando de los hechos que posibilitaron la valorización

⁷ Constitución de la República Federativa de Brasil, artículo 5º, fracción LI: "ninguno brasileño será extraditado, salvo el naturalizado, en caso de crimen común, practicado antes de la naturalización, o de comprobado involucramiento en tráfico ilícito de entorpecentes y drogas afines, en la forma de la ley".

⁸ En ese caso, despliega el principio de Derecho internacional *aut debere, aut iudicare* (o se entrega, o se juzga), que determina el juicio en el país, actuando los tribunales brasileños en sustitución al tribunal del local donde ocurrió la infracción.

⁹ Cf. GARCIA ARÁN, Mercedes, *El principio de Justicia Universal en la L.O. del Poder Judicial español*, em *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal – El caso Pinochet*. València: Ed. Tirant lo Blanch, 2000, pág. 67.

¹⁰ También lo acoge integralmente, por ejemplo, el Código Penal Alemán, cuyo artículo 6º autoriza la Justicia de ese país a juzgar "independientemente del Derecho del lugar de comisión" de la infracción, los autores de los mismos crímenes aludidos en la citada norma española y, también, los "delitos cometidos con energía nuclear, explosivos, con emisiones radioactivas, la promoción de publicaciones pornográficas, el falseamiento de talones de *eurocheques* y tarjetas de crédito de *eurocheques*, y las estafas en subvenciones".

¹¹ Sea como fuere, el Código Penal emplea (artículo 7º, fracción II, letra "a") fórmula genérica que supone que Brasil puede conocer otros "crímenes internacionales", aunque solamente cuando el agente sea brasileño o domiciliado en Brasil, siempre que se tratar de crímenes "que, por tratado o convención, Brasil se obligó a reprimir".

¹² El apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 9.455, de 7 de abril de 1997, que "Define los crímenes de tortura y da otras providencias" se refiere al tema expresamente: "La tipificación de los crímenes definidos en este Proyecto significa una evolución en el ordenamiento penal brasileño. Relativamente al crimen de tortura, se reafirman los compromisos internacionales asumidos por Brasil en la Convención de Cartagena, de 9 de diciembre de 1985, promulgada por el Decreto nº 98.386, de 9 de noviembre de 1989, que dispone sobre las medidas a ser adoptadas por los Estados y Partes, para la prevención y castigo de los crímenes de tortura, y en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratamientos o Penas Cruelles, Despiadadas y Degradantes, promulgada por el Decreto nº 40, de 15 de febrero de 1991."

del mencionado principio en la teoría jurídica, así como sus consecuencias más visibles.

III. GLOBALIZACIÓN Y DERECHO PENAL.

El fenómeno de la Globalización, por manera con la que viene afectando nuestra civilización – de forma más notable en el ámbito de las relaciones económicas –, ya fue por algún autor comparado a los “Grandes Descubrimientos”, que desde el Siglo XV proporcionaron enorme difusión del comercio y de las ciencias, pero, también, el apareamiento de nuevas formas de delinquir y nuevos perfiles de delincuentes.

De hecho, la conquista de nuevas rutas marítimas y el descubrimiento de nuevos continentes también hizo posible la actividad de los corsarios, piratas, *bucaneros* y *filibusteros*¹³, los que supieron aprovecharse de las dificultades de comunicación y de ocupación de los vastos espacios recién descubiertos y terminaron por causar considerables pérdidas humanas y perjuicios a las economías de las potencias marítimas.

Al final del siglo XX, impulsado por episodios históricos que alejaron los obstáculos que antes impedían su eclosión, de los cuales destacarse la desintegración de la Unión Soviética (URSS) y la caída del “Muro de Berlín”, nueva ola expansionista empezó se expandió por todo el planeta, trayendo, como la anterior, serios dilemas.

La actual población del planeta es la primera a vivenciar el fenómeno de la gran transformación por la que pasa la sociedad mundial, que gradualmente deja de presentarse como un colectivo de países o bloques nacionales claramente identificables por sus reglas jurídicas y economías interdependientes y subordinadas a núcleos de poder estatales, asumiendo la forma de una sociedad cosmopolita, que asume el aspecto de bloques transnacionales y de cooperación mutua.

Como parte de ese proceso, se observa una intensa fricción entre los sistemas jurídicos internos, que trae como consecuencia una “crisis en diversos renglones del quehacer estatal”¹⁴, que ve disminuida más y más su capacidad de intervenir en sectores de la economía influenciados por la economía global¹⁵, bien como sobre cuestiones no menos relevantes como la preservación del medio ambiente, el respeto a los derechos humanos etc. En esos campos, que envuelven intereses compartidos por la comunidad global, los espacios vienen siendo paulatinamente ocupados por los microsistemas de poder y por las organizaciones internacionales – la ONU y una multiplicidad de Organizaciones No Gubernamentales, como la Amnistía Internacional, Greenpeace etc.

Una cuestión fundamental que hay que examinar, sin embargo, se refiere a las consecuencias de esa rápida e irrefrenable internacionalización de la economía, desde la constatación de que un pequeño grupo de países, básicamente los que componen la Unión Europea, EEUU, Canadá y Japón, detiene 75% del PIB mundial, con una población que no sobrepasa 20% del total, quedándose los más del 80% restantes con solamente 25% de la riqueza.

De hecho, la desigualdad de grado de desarrollo cultural, técnico y científico

¹³ Los corsarios se distinguían de los piratas en la medida que actuaban bajo los auspicios - con una “patente de corso” - de un gobierno constituido. Solamente atacaban a los barcos “enemigos”, quedándose con parte del producto de los saqueos. No obstante, nada impedía que si volviesen piratas (cf. TRUJOL Y Serra, Antonio. *Historia Del Derecho Internacional Público* (título original: *Histoire du droit international public*; versión española de Paloma García Picazo). Madrid: Ed. Tecnos, 1995, pág. 54). Los “filibusteiros” eran los piratas que actuaban en los Siglos XVII y XVIII en el Mar del Caribe, y los “bucaneiros” una variante que atacaba principalmente la flota y las poblaciones coloniales españolas (cf. *Gran Diccionario Enciclopédico*. España: Editorial Planeta-De Agostini SA, Editor Artur Klein, 2000).

¹⁴ Cf. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “*Política Criminal y Globalización...*”, op. cit., pág. 350. De acuerdo con el autor, pág. 351, “por tales razones, han dicho algunos expertos que la historia de los Estados modernos esté quizá llegando a término y ha iniciado una época en la cual el mundo se organiza en grandes espacios políticos”.

¹⁵ Como observa MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *Derecho Penal y Globalización*, México, Ed. Porrúa, 2001, pág. 29, “la internacionalización de la producción y la creciente importancia del comercio exterior en el comportamiento de la economía disminuyen asimismo la capacidad de los gobiernos de intervenir en la misma, exceptuando las inversiones en infraestructura y educación. En la Unión Europea el proceso de pérdida de soberanía es aún más patente”.

de las naciones dominantes con relación a los que forman la mayoría, proporcionan a favor de ellos ventajas competitivas que no pueden ser ni de lejos alcanzadas, trayendo consigo el riesgo de establecimiento de un “gobierno económico mundial”¹⁶, en función de las dificultades de los países menos desarrollados de adaptarse a las reglas de los mercados globalizados, aunque cumpliendo con las exigencias puestas para mejorar su capacidad de “competición”, tales como la estabilización de los precios, equilibrio presupuestario, privatizaciones, reducción de beneficios sociales etc., de resto dictadas por los mismos países que detienen el rígido control de la riqueza mundial.

Ese estado de cosas hace surgir la duda sobre en qué medida el Estado, como ente político, quedará vaciado de su gama de poderes, ya que aparentemente se encuentra cada vez menos capacitado para controlar la globalización, con su economía volátil¹⁷, sus inagotables flujos de información y comunicación y, en la estela de todo, el crecimiento de las corporaciones criminosas – que en algunas partes ya operan como verdaderos micro estados, poseyendo grande capacidad operativa y flexibilidad mayor que la de los aparatos estatales encargados de combatirlos.

A todo eso aún se añade la paradójica necesidad que tienen los mismos países más ricos (los que componen el llamado “Grupo de los Siete”) de recurrir al endeudamiento (en los últimos años la divida externa de Estados Unidos se duplicó y la de Alemania aumento de cinco veces con relación al PIB de esos países), lo que produce, también para ellos, un aumento de la dependencia relativamente a los agentes económicos y, en cierta medida, la disminución del espacio ocupado por el poder político¹⁸. Surge, así, un ambiente propicio a la reducción de la eficacia de los mecanismos de control de la propia economía interna (por la expansión de los niveles de corrupción), que gradualmente se desformaliza, con eso contribuyendo aún más para el desmantelamiento de la unidad política.

No se puede negar, por tanto, que la globalización siembra campo fértil para la manifestación de nuevas formas de delinquir, que pueden ser observadas tanto del punto de vista del objeto de nuevos delitos, por el aumento de la cantidad de bienes de consumo en circulación, que despiertan la natural ambición del ser humano por bienestar¹⁹, como del punto de vista de la depreciación de los mecanismos de control de la actividad económica por el estado, que redundan en el incremento del comercio en zonas específicas, en las cuales es menor el nivel de organización administrativa, propiciando la expansión irrefrenable del número de (pequeñas) empresas, mermando la capacidad de fiscalización del cumplimiento de las obligaciones fiscales, laborales, de seguridad etc., o, de otro lado, por el aumento de las estafas empresariales y, finalmente, de la propia corrupción de los agentes públicos encargados de fiscalizar el orden económico.

En suma, la acelerada expansión de las políticas de libre mercado en la globalización, hace posible el surgimiento de una especie de criminalidad organizada, de acentuado trazo económico, para cuyo tratamiento (conocimiento, evaluación y combate) ya no se muestran eficaces los instrumentos comprendidos en los límites del conocimiento jurídico-penal tradicional²⁰, haciéndose necesario un

¹⁶ La expresión fue cuñada con el propósito de criticar los rumbos de la globalización por Felipe González, ex-jefe del gobierno español y uno de los artífices de la transición democrática española, en colóquio con Anthony Giddens, director de la *London School of Economics* durante encuentro ocurrido en España, mencionado por MÁRQUEZ PIÑERO, R., ob. cit., pág. 12.

¹⁷ Las recientes crisis de los mercados financieros de Rusia, Hong Kong, México y, mas recientemente, de Argentina y Brasil, demuestran claramente que, en función de la rapidez con que los mercados pueden transferir para cualquier punto del planeta grandes cantidades de valores, gracias a los recursos proporcionados por la electrónica/informática, los Bancos Centrales de los países ya no tienen la capacidad de interferir de forma absoluta en las cuestiones financieras y monetarias que les afectan.

¹⁸ Que, en lo decir de WEBER, Max (citado por MÁRQUEZ PIÑERO, R., ob. cit., pág. 20), *Economía y Sociedad* (trad. de Medina Echavarría y ots.), México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1984, págs. 42-43, nada más es que “la posibilidad de hacer prevalecer la propia voluntad, aún contra la resistencia de los demás”.

¹⁹ Que a la vez resulta en el incremento de la ocultación fiscal y del alijo, así como en la ocultación de las ganancias ilícitas que les corresponden, por medio del “lavado de dinero” etc.

²⁰ Cf. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “*Política Criminal y Globalización...*”, op. cit., pág. 357, “mientras que hasta hace algún tiempo estábamos acostumbrados sólo a un tipo de delincuencia, que ha sido caracterizada como *delincuencia tradicional* o *común* – también llamada *convencional* -,

mayor aporte de conocimiento oriundo de otras áreas del conocimiento, como son la Economía y el Derecho Internacional²¹.

Resulta bastante clara, por tanto, la conexión entre la reciente valorización del Derecho Penal Económico, que pasa a existir “*específica y sustancialmente como una nueva rama del Derecho Público, pero sin olvidar que su estudio supera ampliamente los métodos formalistas y entre de lleno en el amplio campo de lo económico y de lo social*”²², con la creciente interacción entre tales modificaciones del ámbito económico y las instituciones jurídicas, independientemente de que nos encontremos ante el impasse de siquiera poder rellenar con a claridad deseable los exactos contornos de esa novísima disciplina²³.

Surge, también, el Derecho Internacional Penal como disciplina autónoma, inicialmente volcada al tratamiento de los crímenes internacionales *estricto sensu*, que son aquéllos que afectan los bienes jurídicos de mayor trascendencia para la humanidad y que la comunidad internacional considera dignos de protección directa, por medio del establecimiento de instrumentos de promoción de *justicia universal*, como son los Tribunales Penales “Ad Hoc” para a Ex-Yugoslavia²⁴ y Ruanda²⁵ y, más recientemente, el Tribunal Penal Internacional de carácter permanente creado al final de la Conferencia de Plenipotenciarios realizada en Roma, de 15 a 17 de julio de 1998, que ha sido instalado el mes de junio de 2002 en la Haya, con competencia para juzgar los autores de crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra cometidos a partir del primer de julio del mismo año.

IV. DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

Aunque no sea el propósito de este trabajo discutir en profundidad la cuestión, entendemos necesario afirmar que entre las dos designaciones arriba preferimos la de “Derecho Internacional Penal” para hacer referencia a los instrumentos de carácter supranacional de realización de la Justicia Penal, por entender que en la denominación “Derecho Penal Internacional”, más tradicional, predomina la vinculación con el Derecho interno de los Estados²⁶, refiriéndose a las normas que

en la que era relativamente fácil identificar al victimario y a la víctima, así como el interés jurídico que se ve afectado, y frente a la cual se ha confeccionado todo un determinado tipo de policía criminal y de sistema de justicia penal, como medio de control social, en los últimos años han aparecido otros fenómenos con otras características que han aumentado el sentimiento de inseguridad e igual han motivado nuevas medidas político-criminales.

²¹ Al respecto, observa MÁRQUEZ PIÑERO, R., ob. cit., pág. 18, que “en nuestra época, a consecuencia de los adelantos técnicos y científicos, hemos entrado en una etapa de conocimiento interdisciplinario, en la que no es fácil lograr obtener una indagación completa sobre una materia sin la necesaria concurrencia de los datos proporcionados por otras disciplinas”.

²² Cf. MÁRQUEZ PIÑERO, R., ob. cit., pág. 25.

²³ En ese sentido TIEDEMANN, Klaus, *Poder económico y delito. Introducción Al derecho penal económico y de La empresa* (traducción de Amelia Mentilla Villegas), Barcelona, Ed. Ariel, 1985, pág. 9, llega a afirmar que los conceptos de Derecho Penal Económico y crimen económico “no son claros ni unívocos” (en el mismo sentido, del autor, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, Ed. Ariel, 1993, págs. 250, 251, 253 y ss.).

²⁴ El Tribunal Penal Internacional para a Ex-Yugoslavia fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través de la Resolución n. 827, de 25.05.1993, con el propósito de responsabilizar los autores de los crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario cometidos durante la guerra que culminó con la fragmentación de Ex-Yugoslavia en diversos Estados, “dar una respuesta adecuada a las víctimas de tales crímenes, prevenir la ocurrencia de nuevas violaciones del Derecho Internacional Humanitario (básicamente las graves violaciones a los Convenios de Ginebra de 1949, las violaciones a las leyes y costumbres de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad) en la región y contribuir para la restauración de la paz por medio de la promoción de la reconciliación entre los pueblos que habitan la región”.

²⁵ El Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través de la Resolución n. 955, de 08.11.1994, con el propósito de contribuir al proceso de reconciliación en Ruanda y el mantenimiento de la paz en la región, por medio de la sustitución de la cultura local de la impunidad por la de la responsabilidad.

²⁶ También JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, II, 3a. ed, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág., ob. cit., pág. 720, siempre fue contrario a “Para JIMÉNEZ DE ASÚA no era correcto “llamar Derecho penal internacional al estudio de las cuestiones suscitadas por los conflictos entre leyes nacionales de distintos Estados y por las relativas posibilidades de extraterritorialidad de algunos de sus preceptos”, prestando apoyo integral a BELING, de quien prestaba la siguiente puntualización: “Es corriente designar las consideraciones al respeto con el título de *Derecho penal internacional*, aunque no se trata en realidad de un verdadero Derecho ‘internacional’, sino más bien de derecho ‘nacional...’”. En la doctrina reciente (v., por ej., HUET, André & KOERING-JOULIN, Renée, *Droit pénal international*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, págs. 23 a 26), se resalta con frecuencia la necesidad de que la expresión “derecho penal internacional” sea entendida en sentido amplio, pues las palabras “derecho penal” incluyen no apenas derecho penal propiamente dicho o derecho penal sustantivo, que establece las infracciones punibles y fija los límites de la responsabilidad individual y las sanciones correspondientes, como también el procedimiento penal, o el derecho procesal penal que determina la competencia de los tribunales represivos y atribuye efectos a las sentencias que pronuncian. En otros términos, el “derecho penal internacional” es a una sola vez derecho penal internacional sustantivo y derecho penal internacional procesal. Por otro lado, también se afirma que la palabra “internacional” debe ser tomada en su sentido más amplio, en la medida que el derecho penal puede ser internacional por su objeto o también por su origen. Es internacional por su objeto cuando la infracción de que se trata es cometida por agente o contra víctima de nacionalidad extranjera; el agente o la víctima están localizados en territorio diverso del país donde fue cometida la infracción; la infracción fue cometida - total o parcialmente - por un nacional de ese mismo país en el extranjero o en perjuicio de intereses de ese país; y es internacional por el origen cuando la infracción está entre aquéllas que afectan bienes jurídicos de grande trascendencia para la comunidad internacional y que, por exigencia del Derecho internacional, se haya comprometido el país

tratan de los aspectos penales y procesales relacionados al conflicto de normas en el espacio (extradición, inmunidades etc.)²⁷.

Es posible identificar en la doctrina una ligera preferencia de los penalistas por la terminología “Derecho Penal Internacional”, y a la vez de internacionalistas por la de “Derecho Internacional Penal”. Entendemos, sin embargo, que ambas pueden convivir sin conflicto. La humanidad ya empezó a edificar instrumentos de carácter supranacional, con eso superando el escepticismo que alimentaba críticas como la de MANZINI²⁸, que negaba la propia existencia de un derecho penal que abarcara también el término “internacional”, por no existir en la práctica delitos o sanciones internacionales, o aún la de FERRI²⁹, para quien “el Derecho penal internacional existirá solamente cuando se organice entre los Estados una Justicia penal común a ellos”.

De ahí entenderemos que el Derecho Internacional Penal surge como el sistema de Derecho Penal concebido para reprimir las infracciones que atentan contra los bienes jurídicos considerados más relevantes por la comunidad internacional de Estados (crímenes internacionales *stricto sensu*: Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad, Genocidio y, en el futuro, el crimen de Agresión) o los que, maximizados por el fenómeno de la globalización, tornan aconsejable o necesaria la coordinación de los países afectados en favor de una represión más eficaz (crímenes internacionales *lato sensu*, fronterizos o transnacionales: el tráfico internacional de drogas y armas, el falseamiento de moneda, las grandes estafas financieras, la trata de personas y el comercio internacional de menores, los daños a cables submarinos, el terrorismo etc.). Y el Derecho Penal Internacional se mantiene como disciplina que regula los conflictos de leyes penales en el espacio, referenciado al Derecho interno de los países³⁰.

Aparentemente, las dificultades para llegar al consenso en torno de la definición de “Derecho Penal Internacional” y “Derecho Internacional Penal” están asociadas a factores político-temporales que pueden ser así condensados: a) la novedad que significó para doctrina internacionalista el reconocimiento del individuo como sujeto del Derecho Internacional; y b) la insistencia de gran parte de la doctrina en atribuir carácter exclusivamente “penal” (y, por tanto, vinculado al Derecho interno) a la nueva disciplina, justificada parcialmente por la ausencia de una comunidad internacional políticamente estable (situación que se transformó sensiblemente, como comentamos en este trabajo) que pudiera aceptar la idea de creación de mecanismos supranacionales equiparables a la jurisdicción interna penal de los Estados.

A pesar de que la doctrina internacionalista no ve obstáculo a la responsabilización del individuo por infracciones a los “crímenes de derecho internacional” desde el fin de la Primera Guerra Mundial³¹, el segundo factor, por otra

a reprimir introduciendo el respectivo tipo penal en su legislación interna (como son los casos de los delitos de “lavado de dinero”, de tráfico de drogas, tortura etc.), o, aún, esté prevista en norma supranacional que deba prevalecer sobre el Derecho penal interno (como los crímenes de guerra, genocidio y lesa humanidad).

²⁷ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Ed. Reus, Madrid (traducido da 20ª edição alemã por Luis Gimenez de Asúa), 4ª ed., 1999, págs. 112, afirmaba que “la denominación es completamente inapropiada”, seguido por GARRAUD, BATTAGLINI, ANZILOTTI (citados por JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “Tratado...”, Vol. II”, op. cit., pág. 719) y otros.. El autor justificaba la asertiva con el argumento de que todas las normas penales resultantes de compromisos asumidos por Estados soberanos por vía de tratados poseen naturaleza interna, de tal modo que “la fuente de su obligatoriedad, en el Derecho del Estado, es la ley nacional y el tratado internacional”. Ya con relación a los que llama de “sistema de la administración de justicia mundial”, de forma coherente con la concepción estricta vigente en el principio del siglo XX en cuanto al principio de soberanía estatal, afirma que “es científicamente insostenible y prácticamente inaplicable” (op. cit., pág. 115).

²⁸ MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Diritto Penale Italiano, T. I*, Turin, 1950, pág. 142: “...no esistono nè reati nè pene di Diritto internazionale, e quindi neppure un Diritto penale internazionale in senso proprio”.

²⁹ FERRI, Enrico, *Principios de Derecho Criminal* (trad. de J. A. Rodríguez Muñoz). Madrid, 1933, pág. 149).

³⁰ Aunque pueda subordinarse en algunas situaciones a las normas del Derecho Internacional Penal, como ocurrirá, por ejemplo, si el Consejo de Seguridad encarga al TPI el examen de determinada situación envolviendo individuo de un Estado “no parte” del Tribunal - por no haber ratificado el Estatuto respectivo, confeccionado durante la Conferencia de Roma (caso en que el Tribunal actuaría como genuina instancia supranacional de justicia penal, afectando intereses de personas o países no subordinados directamente a su jurisdicción), o también en las situaciones en las que estén involucrados miembros de las fuerzas armadas de EEUU, que ya ha logrado establecer decenas de acuerdos bilaterales para impedir la entrega de sus nacionales al TPI en cualquier situación.

³¹ La doctrina internacionalista entiende que el Tratado de Versalles (arts. 227 y 228) ha sido el que afirmó por primera vez la conformidad de la responsabilidad individual por la práctica de actos contrarios a los principios humanitarios y del derecho de guerra, generalmente reconocidos en los tratados y en el derecho consuetudinario internacional. Al respecto, WOLFHART SAUL (de la organización alemana “Sociedad Internacional para los Derechos Humanos”), *El Tribunal Penal Internacional desde el punto de vista de la política y de las fuerzas armadas*, artículo publicado

parte, hizo con que enfriara los ánimos de muchos de los más influyentes autores en la postguerra en cuanto a la perspectiva de creación de una Corte Penal supraestatal dotada de capacidad para juzgar los crímenes considerados más graves por la comunidad internacional, contribuyendo a la formación de una verdadera ola de desesperanza que produjo efectos hasta muy poco tiempo.

Pero, como observa BASSIOUNI³², las dificultades que determinaron el retraso en la creación del Tribunal Penal Internacional, cuya existencia había sido planteada por KELSEN hace más de 50 años³³, no eran apenas las de naturaleza política, pero también jurídica, por la enorme barrera que representaba la existencia de enfoques distintos entre los “penalistas” e “internacionalistas”, hasta que si volviera factible la adopción de un texto universalista en el Estatuto de la Corte Penal Internacional³⁴.

Lo cierto es que el TPI es hoy mucho más que una promesa. De facto, al considerarlos la magnitud de los obstáculos que se tuvo que solventar desde que se propugnó por primera vez, hace más de 70 años, la creación de mecanismos que permitieran juzgar y punir individualmente los responsables por la práctica de “actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra” sin consideración a sus cargos o posiciones de comando, no hay como negar el valor intrínseco de la creación de ese Tribunal, que emerge como, uno de los mayores logros del Derecho sobre la fuerza³⁵, de la moral sobre la Política³⁶. Y esto, como estima Escobar HERNÁNDEZ, “con independencia de las valoraciones sobre el fondo que puedan realizarse más

originalmente en inglés y traducido por el “Equipo Nizkor” (edición electrónica: <http://www.derechos.org/nizkor/impu/tpi/saul.html>), comenta que “tenemos un ejemplo en las Convenciones de la Haya de 1907; entonces llegó incluso a establecerse un tribunal permanente de arbitraje, aunque sus decisiones no eran vinculantes. Incluso después de la I Guerra Mundial se mantuvo la justificación de que los excesos cometidos en el campo de batalla no eran producto de una organización estatal anónima, sino de la voluntad individual, protegida por la soberanía del estado y por su función soberana. En el Tratado de Versalles se rompió el principio válido hasta entonces de que sólo los estados estaban sujetos al derecho internacional, y se incorporó el principio de la responsabilidad individual.” BASSIOUNI, M. C., *Derecho Penal Internacional, Proyecto de Código Penal Internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 61, tras narrar tres escasos precedentes de los siglos XIII, XV y XVII, reconoce que “después de la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Versalles de 1919 estableció el principio de punibilidad de los crímenes de guerra...”. TERNON, Yves, *El Estado Criminal – Los genocidios en el siglo XX* (traducción de Rodrigo Rivera), Ed. Península, Barcelona, 1995, págs. 22-23, observa que “el Tratado de Sévres, firmado el 10 de agosto de 1920, preveía igualmente la responsabilidad penal de las personas que habían organizado en Turquía el exterminio de los armenios a lo largo de la guerra. Según los términos del artículo 230, la Sociedad de Naciones debía crear un tribunal competente cuya autoridad sería reconocida por el gobierno turco. Sin embargo, este tratado nunca fue ratificado y fue anulado por el tratado de Lausana de 24 de julio de 1923, el cual incorporaba una cláusula de amnistía para todos los actos cometidos entre 1914 y 1923. Como observa JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed, Traducción de José Luiz Manzanares Samaniego, Ed. Comares, Granada, 1988, págs. 105-106, “de acuerdo con la definición tradicional, sólo los Estados eran sujetos de derecho internacional, de modo que solamente ellos podían ser titulares de los derechos y obligaciones establecidos por el orden jurídico internacional... El Derecho internacional clásico desconocía la responsabilidad de las personas individuales. No concedía al individuo ningún derecho pero tampoco le imponía deber alguno. La doctrina dominante en ese ámbito jurídico consideraba ‘inimaginable’ que una norma de derecho internacional pudiera ser infringida por personas individuales. Hay delitos del individuo, pero no delitos contra el derecho internacional... No obstante el panorama cambió desde finales de la Primera Guerra Mundial. Dentro de ciertos límites, se entiende que la persona individual es sujeto de derechos y deberes dentro del Derecho internacional, y por ende resulta concebible que las infracciones graves de determinadas normas nucleares de aquél sean consideradas como delitos internacionales que han de castigarse directamente conforme al repetido derecho. V. tb. BUERGENTHAL, Thomas et al, *Manual de Derecho Internacional Público*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, págs. 11-12.

³² BASSIOUNI, M. Cherif, de formación jurídica anglosajona, como Secretario-General de la Asociación Internacional de Derecho Penal fue uno de los grandes responsables por la tarea de aproximación que culminó con la elaboración de un modelo compatible con las respectivas exigencias mínimas, participando de la elaboración de los proyectos que resultaron en el texto presentado a los representantes de los 160 países que participaron de la Conferencia de Roma de 1998. Para un examen minucioso de la evolución de esos proyectos, vide Alicia Gil, G., *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia, Colección Interciencias-UNED, 1999, pág. 63 y segs.

³³ KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, Fondo de Cultura Económica (traducción para el español de Florencio Acosta, de 1943, a partir de la primera edición en inglés, de 1942), México, 1996, págs. 193-4, afirmaba que “otra objeción que se esgrime contra el establecimiento de una jurisdicción internacional obligatoria es que es deficiente el ordenamiento jurídico internacional que hay de aplicar el tribunal y que no hay un cuerpo legislativo internacional investido de poder para reformar ese ordenamiento. Este argumento, basado en el parangón con el Derecho nacional, afirma que sólo es posible una jurisdicción internacional obligatoria si al mismo tiempo hay una especie de parlamento internacional competente para la creación de Derecho por mayoría de votos... Este argumento es incorrecto en todos los sentidos, pues la obligación de someterse a las decisiones de los tribunales precede al establecimiento de un órgano legislativo, es decir, a la creación consciente del Derecho por un órgano central... Dentro del área singular de cada Estado, se ha aplicado durante siglos un orden jurídico que no podía cambiar ningún legislador, pero que se desarrolló, exactamente del mismo modo que el Derecho internacional de nuestros días, por la costumbre y los acuerdos...”.

³⁴ BASSIOUNI, M. Cherif, “Derecho Penal Internacional...”, págs. 77-79 y 88-89.

³⁵ En contra de lo dicho por HERZOG, J. B., “Recuerdos de Nüremberg” (conferencia dictada el 3 de mayo de 1949 en la Universidad de Chile, bajo los auspicios del Instituto Chileno-Francés de Cultura), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, n.º s. 8 y 9, de mayo y junio de 1949, Santiago de Chile, para contestar a los “escépticos” críticos de Nüremberg: “Ciertamente que algunos, que no se recomiendan necesariamente por la doctrina jurídica, y que se encuentran más bien en los círculos filosóficos, literarios o sencillamente mundanos, donde reina el escepticismo, consideran que el Tribunal de Nüremberg no es sino un instrumento erigido por los vencedores para ejecutar a los vencidos; su sentencia, obtenida por la victoria y condicionada por la fuerza, no es sino un abuso de la fuerza y de la victoria. (...) Contesto yo a estos escépticos que Pascal, hace ya mucho tiempo respondió su argumento. Ellos han olvidado su célebre apóstrofo: ‘La justicia sin la fuerza es impotente, la fuerza sin la justicia es tiránica; es preciso pues colocar juntos la fuerza y la justicia’”.

³⁶ La convivencia de la moral y la política ha sido siempre una paradoja de la ciencia política, habiéndose ocupado de ella Maquiavelo y todos los que le sucedieron. KANT, I., *Sobre la paz perpetua* (presentación de Antonio Trujol y Serra y traducción de Joaquín Abellán), 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 48, por ej., estimando las dificultades de esa convivencia, afirmó que “... yo puedo concebir un *político moral*, es decir, un político que entienda los principios de la habilidad política de modo que puedan coexistir con la moral, pero no un *moralista político*, que se forje una moral útil a las conveniencias del hombre de Estado”.

adelante”³⁷.

V. CRIMINALIDAD ORGANIZADA *versus* DERECHO PENAL TRADICIONAL.

Las raíces del fenómeno que suele llamarse “criminalidad organizada” encontrarse en los siglos XVII y XVIII. El criminal francés Louis Mandrin, el “Rey de los Contrabandistas”, el conocido pirata inglés Henry Morgan, así como “Hawkins” y “Drake” (estos últimos con la condescendencia de la monarquía inglesa), tuvieron bastante éxito en sus épocas actuando de forma algo organizada³⁸. Pero esos modelos de organizaciones, basadas en la figura del jefe, no son comparables a las organizaciones criminales de nuestro siglo, que poseen ya cierto grado de autonomía institucional, superviviendo al desaparecimiento de sus dirigentes

Como observa MINGARDI³⁹, aunque organizaciones como la Mafia Siciliana, las “Triadas Chinas”, la “Unión Corsa” y la “Yakuza”, sean centenarias, “es solamente en el comienzo del siglo XX que la racionalización presente en las actividades económicas pasó a ser empleada en las actividades ilícitas”.

En la Conferencia de Naciones Unidas sobre el crimen organizado, que tuvo lugar en Nápoles, en 1994, con la participación de 40 países, fueron consideradas las más destacadas organizaciones las siguientes: Cosa Nostra (Sicilia, Italia, 5.000 miembros), Camorra (Campaña, Italia, 6.700), Ndrangheta, Calabria, Italia, 5.600), “Sacra Coroa Unita” (Puglia, Italia, 1.000), Cosa Nostra Americana (Estados Unidos, 3.000), Triadas Chinas (China y sudeste asiático, 30.000), Yakuza (Japón y sudeste asiático, 87.000), Mafia Rusa (Rusia y ex-repúblicas soviéticas, 5.700), Carteles Colombianos (Colombia y América) y Mafia Nigeriana (África, Europa y América)⁴⁰.

Las mafias italianas constituyen el paradigma de la capacidad operacional de las organizaciones criminales de perfil moderno⁴¹. Como reconocen las autoridades italianas, no obstante el esfuerzo concentrado⁴² (y aquí aludimos a las “leyes de emergencia” de los años setenta y ochenta, que permitieron la prisión de un gran número de mafiosos, incluso algunos de los más destacados jefes, como Totó Riina, que fue detenido tras el suministro de valiosas informaciones por criminales “arrepentidos”, entre ellos Tomaso Buscetta) y operaciones coordinadas con organismos represivos de distintos países en las tres últimas décadas, no se puede afirmar que la Mafia esté erradicada en aquel país⁴³.

³⁷ ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., en *Crimen internacional y jurisdicción universal – el caso Pinochet* (Coordinadores: Mercedes García Arán y Diego López Garrido), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 229. La autora también considera que “...la adopción del Estatuto de Roma y la futura institución de la Corte Penal Internacional significan el triunfo de los criterios de humanidad y justicia y su plasmación en mayores aportaciones a la cultura jurídica del presente siglo” (ídem, pág. 269). En ese sentido, estamos totalmente de acuerdo con RODRIGUES CARRIÓN, Alejandro J. y PUEYO LOSA, Jorge, *Palabras previas*, in La Corte Penal Internacional, Ariel Derecho, Barcelona, 2001, IX, cuando afirman que “aunque la Corte resultara un fracaso en su consolidación y funcionamiento, ha enseñado una forma de construir el Derecho internacional”.

³⁸ Cf. el sociólogo brasileño MINGARDI, Guaracy, autor de la tesis doctoral “El Estado y el Crimen Organizado”, presentada ante el Departamento de Ciencia Política de la “Universidade de São Paulo”, en enero de 1997, cuyo resumen fue publicado en la Revista del ILANUD - Instituto Latino Americano de Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente, n. 8, São Paulo, Brasil, 1998, páginas 7-28, titulado “¿Qué es Crimen organizado? Una definición de las ciencias sociales”.

³⁹ MINGARDI, Guaracy, “¿Qué es Crimen organizado?...”, pág. 8, op. cit.

⁴⁰ Fuente: ANSA NEW'S AGENCY, Organized Crime, an Conference Naples, november, 21/23, 1994.

⁴¹ Según GOMES, Luiz Flávio y CERVINI, Raúl, “*Crime Organizado - enfoque criminológico jurídico -lei 9.034/95- e político-criminal*”, Ed. RT, 2ª. Ed., São Paulo, Brasil, 1997, págs. 95-102 y 244-245, las características principales de las organizaciones criminales son las siguientes: actividad ilícita, actividad clandestina, jerarquía, previsión de lucros, división del trabajo, uso de la violencia, mimetismo con el Estado⁴¹, venta de mercaderías ilícitas, venta de servicios ilícitos, planeamiento empresarial, uso de la intimidación, clientelismo, ley del silencio para miembros y asociados, monopolio por la violencia y control territorial por la fuerza, admitiéndose que de este conjunto de características sólo el “clientelismo, la ley del silencio, el monopolio de la violencia y el control territorial por la violencia” son características del delito organizado, teniendo en cuenta que las demás suelen estar presentes en otras manifestaciones de criminalidad no necesariamente organizada. V. tb. HAGAN, Frank, “*The Organized Crime continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model*”, Criminal Justice Review, 1983; y MINGARDI, Guaracy, “¿Qué es Crimen organizado?...”, pág. 8, op. cit.

⁴² Que, no se puede negar, dañó significativamente la estructura de esas organizaciones, , continúan actuando bajo los mismos padrones, habiendo crecido el número de asesinatos atribuidos al mando de la mafia.

⁴³ Según el estudio de CHINNICI, Giorgio & SANTINO, Umberto, “*L'omicidio a Palermo e provincia negli anni 1960-1966 e 1978-1984*”, Università di Palermo, Palermo, 1986, en el primer de esos periodos un 34,31% de los homicidios ocurridos en Palermo y provincia fueron atribuidos a la Mafia, a la vez que un 54,95% se le atribuyó en el segundo periodo.

Pero la faceta más aflictiva del crimen organizado tal vez sea su capacidad de minar las estructuras políticas y sociales⁴⁴, componiendo con las estructuras estatales una verdadera simbiosis⁴⁵, demasiado peligrosa para la estabilidad social de algunas naciones en particular y para el suceso de las actividades coordinadas de represión⁴⁶. Y es precisamente por eso que MORENO HERNÁNDEZ⁴⁷ puntualiza que “la internacionalización del delito, tomando como ejemplo el *tráfico de drogas* – o el *lavado de dinero* –, pone de manifiesto no sólo la crisis del Estado-Nación contemporáneo, sino también la crisis de diversas políticas, como la relativa a la *política criminal* y la de los *sistemas de justicia penal* tradicionales, así como la crisis de los *criterios y principios* que los rigen.

Así, a vía de ejemplo, indica CERVINI⁴⁸ que “en Colombia... y según estadísticas oficiales, viven actualmente del cultivo de la coca aproximadamente 300 mil personas, y más de 180 mil en Bolivia”, lo que supone una grande interferencia de las actividades relacionadas a la transformación, producción y distribución de la cocaína en la economía formal de estos países. Ese autor advierte aún para el hecho de que “los barones de la droga han conseguido fragmentar los países productores y consumidores, constituyendo verdaderos enclaves políticos y militares y, en algunos casos, estableciendo ‘territorios libres’, como ciertas zonas de la selva colombiana...”.

En efecto, no cabe duda que la corrupción de autoridades públicas y la complicidad de sectores del gobierno con la criminalidad organizada, bien así la connivencia de los bajos eslabones del funcionalismo, son elementos determinantes en las actividades de las organizaciones criminales, con lo cual queda clara “la diferencia entre la organización criminal y las formas rudimentarias de asociación delictuosa o de pandilla”⁴⁹. Pero eso no es todo. Adviértese que con sus típicos mecanismos de presión económica (sobornos, chantajes), física (atentados, secuestros) e psicológica (amenazas), no buscan esas organizaciones buscar tan sólo asegurar⁵⁰ mejores condiciones para la realización de sus actividades típicas, sino que van más allá y anhelan por su intermedio formar una base política⁵¹ que les asegure un cierto *status* jurídico y perspectivas favorables a sus intereses.

Sobre el tema, ZARAGOZA AGUADO⁵² añade que el informe de la Comisión de Investigación de la Difusión de la Delincuencia Organizada vinculada al Tráfico de Drogas presentado al Parlamento Europeo el 2.12.1991, distingue *delincuencia organizada* y *delincuencia institucionalizada* bajo la concepción de que el primer término incluye toda forma de actividad delictiva ejecutada con alguna estructura

⁴⁴ HASSMER, citado por GOMES, Luiz Flávio (“*Crime Organizado...*”, pág. 74, op. cit.) observa que “la criminalidad organizada no es sólo una organización bien hecha, no es sólo una organización internacional, pero es, en definitiva, la corrupción de la legislatura, de la Magistratura, de la Fiscalía, de la Policía, o sea, la paralización estatal en el combate a la criminalidad ... es una criminalidad difusa que se caracteriza por la ausencia de víctimas individuales, por la poca visibilidad de los daños causados así como por un nuevo *modus operandi* (profesionalidad, distribución de tareas, participación de “gente no sospechosa” métodos sofisticados etc.). Aún más preocupante, para muchos, es fruto de la elección individual y integra ciertas culturas” (HASSMER, Winfried, “*Tres Temas de Derecho Penal*”, Porto Alegre, Brasil, Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, pág. 85 *et seq.*).

⁴⁵ STILLE, Alexander, citado por MINGARDI, Guaracy (op. cit., pág. 11), refiriéndose a la Mafia afirma que “su habilidad para atraer y corromper autoridades públicas ha sido característica de la Mafia desde el principio, y su garantía de impunidad por más de 130 años. El advenimiento de la democracia y la expansión del derecho al voto propició nuevas posibilidades para la adquisición de influencia política. Por medio del control de sustanciales bloques de votos, grupos de la Mafia ayudaron a elegir político que en cambio ayudaron a ellos” (in “*Excelent Cadavers*”, Pantheon, New York, 1995). Por su parte, GOMES, Luiz Flávio (“*Crime Organizado...*”, págs. 96-97, op. cit.), añade que “El Crimen organizado, no raramente, de acuerdo con su grado de desarrollo, termina por formar una simbiosis con el Poder Público, sea por su alto poder de corromper, sea en virtud de su alto poder de influenciar. Puede que de la misma estructura de la organización hagan parte agentes del Poder Público”.

⁴⁶ Ejemplo: el periódico “O Estado de São Paulo”, de São Paulo, Brasil, en la edición del pasado 23 de setiembre, notició la pérdida del mandato electivo del diputado Hildebrando Paschoal (tras votación secreta de la “Cámara de Diputados de Brasil” en la que hubo 394 votos en contra, 41 a favor y 25 abstenciones), como resultado del proceso en el que se le inculpaba de que de envolvimento con el narcotráfico y liderazgo de un grupo de exterminio en la provincia de Acre.

⁴⁷ MORENO HERNÁNDES, Moisés, “*Política Criminal y Globalización...*”, op. cit., pág. 355.

⁴⁸ CERVINI, Raúl, “*Crime Organizado...*”, pág. 250, op. cit.

⁴⁹ V. MORENO HERNÁNDES, Moisés, “*Política Criminal y Globalización...*”, op. cit., págs. 353 y 359.

⁵⁰ DEL PONTE, Carla, “*Crimen Organizado...*”, pág. 141, op. cit.) ejemplifica con la mención al siguiente hecho: “Una reciente transmisión de televisión daba cuenta de las amenazas de muerte proferida, en Ginebra, contra un funcionario de la administración cantonal que había negado un permiso de residencia a un súbdito ruso. Algunos días después de la difusión de esta información, el periodista fue objeto de iguales amenazas”.

⁵¹ MINGARDI, Guaracy, tras mencionar que un gran número de mafiosos fueron procesados y condenados en los 80 y 90, añade que “otro aspecto que actuó en contra de la Mafia fue la pérdida de sus aliados en el Partido Demócratacristiano italiano, muchos de los cuales han pasado a la condición de sospechosos, teniendo que defenderse de los magistrados de la operación *manos limpias...*” (“¿Qué es Crimen organizado? Una definición de las ciencias sociales”, pág. 10, op. cit.).

⁵² ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “*El blanqueo de capitales...*”, pág. 597, nota, op. cit.

organizativa⁵³, al paso que la delincuencia institucionalizada se identifica con lo que suele llamarse “sindicatos del crimen” (v.g., Mafia, Camorra, Carteles Colombianos, Yakuza japonesa y otras). La distinción se hace no solamente bajo criterios estructurales, sino también teniendo en cuenta los fines de una y otra especie⁵⁴: “los sindicatos del crimen persiguen la penetración en las instituciones económicas y políticas de nuestra sociedad con el fin de garantizar el cumplimiento de su programa delictivo y conquistar parcelas de poder más o menos amplias”, como “verdaderos contrapoderes, antagónicos y paralelos a los poderes legales”⁵⁵.

Adicionalmente, cabe subrayar que pese a las dificultades de estimar las cantidades de dinero movimentado por el narcotráfico en todo el mundo (derivadas naturalmente del hecho de esas actividades son practicadas al margen de la legalidad y siempre bajo un manto de clandestinidad), hace algunos años que se calcula que equivalen a una cantidad superior al Producto Nacional Bruto de muchos países⁵⁶ y el tráfico internacional sigue siendo la fuente principal del blanqueo de capitales⁵⁷ a nivel mundial⁵⁸.

VI. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN.

Como ya tuvimos oportunidad de observar en otra oportunidad⁵⁹, las fronteras nacionales no constituyen obstáculo significativo para la actuación de las organizaciones criminosas (que tienen actuación “geocéntrica”⁶⁰, como define BERIA DI ARGENTINE⁶¹). Aparentemente lo confirma el reciente hallazgo del involucramiento de uno de los líderes del tráfico de drogas en Río de Janeiro (Brasil) con las “FARC”, el más importante grupo guerrillero colombiano (y que ocupa hace décadas parte de su territorio), manteniendo angostas relaciones con el narcotráfico.

También es cierto que a medida que las organizaciones criminales se están dotando de medios cada vez más complejos y refinados⁶², reacciona la comunidad

⁵³ MINGARDI, Guaracy (“¿Qué es Crimen organizado?...”, págs. 21 y 22, op. cit.) ofrece ejemplo bastante claro de esa especie de organización, extraído de la obra de MILLS, James (“Imperio Subterráneo - donde el crimen y los gobiernos se encuentran”, Ed. Best Seller, São Paulo, Brasil, 1989), que es el de la organización mantenida por Donal Steinberg en Estados Unidos con el único propósito de introducir drogas en aquel país, la cual contaba con no más de dos decenas de personas y pese a eso pudo traficar una cantidad “igual, sino superior, a la de cualquiera banda mafiosa”.

⁵⁴ Hay que advertir, sin embargo, que el término “delincuencia organizada” es largamente empleado para indicar una como otra forma de expresión de la criminalidad.

⁵⁵ Cf. TURONE, Giuliano, “L’impostazione dell’inchiesta sulla criminalità organizzata”, de la obra “Manuale Pratico dell’Inchiesta Penale”, Giuffrè Editore, Milán, 1986 (citado por ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, in “El blanqueo de capitales y la receptación”, artículo publicado en la colección “Delitos y Cuestiones Penales en el Ámbito Empresarial, Manual VI, Ed. Expansión, Madrid, 1999, págs. 597-598).

⁵⁶ En materia publicada en la edición de 20.09.1999 del periódico “O Estado de São Paulo”, de São Paulo, Brasil, el periodista Pepe Escobar afirma que hoy Naciones Unidas calcula que el negocio global de las drogas ya es superior en valor al P.I.B. brasileño y alcanza ya el doble de la suma de 500.000 millones de dólares mencionada por ZARAGOZA AGUADO in “El blanqueo de capitales...”, pág. 598, nota (véase nota n° 32).

⁵⁷ Según KASPER-ANSERMET, Laurent (“El secreto bancario...”, in “Narcotráfico, Política y Corrupción”, Ed. Temis, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1997, pág. 143), “El tráfico de estupefacientes se tiene como el principal proveedor del dinero sucio”.

⁵⁸ ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, in “El blanqueo de capitales...”, pág. 598, nota, op. cit., menciona la suma de 500.000 millones de dólares, superior al P.I.B. de España.

⁵⁹ Artículo intitulado “Agente encubierto: innovación de la ley 10.217/2001”, publicado en la “Revista Jurídica”, de la Escuela Superior del Ministerio Público de São Paulo, Brasil, Año 1, n. 1, janeiro-junio de 2001 (y también en la Revista Iberoamericana de Ciencias Penales, n. 4, Porto Alegre-Rs, coord. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli y Pedro Krebs; disponible, aún, en la dirección de internet del Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCrim, a partir de 19.06.2001: www.ibccrim.org.br).

⁶⁰ Por poner un ejemplo, la edición de 12 septiembre 1999 (domingo) del periódico “EL PAÍS” (N° 1227) contenía el siguiente titular: “Jefes de la mafia rusa dirigen sus negocios en Moscú desde lujosas villas de Marbella. La policía sostiene que los ‘capos’ detenidos blanquean el dinero sucio en el sur de España. PABLO ORDAZ, Madrid”. En su contenido hablaba de “Un jefe de la mafia y un banquero investigados por la justicia rusa dirigen sus negocios desde Marbella, donde disfrutan -en compañía de sus familias, guardaespaldas y testaferros- de mansiones de lujo, cuentas multimillonarias, un yate en Puerto Banús y un Rolls Royce con matrícula de Gibraltar. Según el Grupo II contra el Crimen Organizado de la Policía de Málaga, Leonid Terekhov, de 44 años, organiza las actividades criminales de Medvedkovo, uno de los más peligrosos clanes de Moscú. Sus ingresos proceden del control de casinos y el contrabando de armas, alcohol, gasóleo y caviar. Terekhov da protección en Marbella a Alexander Sigarev, de 53, acusado de la quiebra intencionada de bancos y de blanqueo de dinero. De película. Pero de verdad. Nunca la policía española -ni tampoco la de ningún otro país- llegó a saber sus nombres, sus planes secretos, los números nunca rojos de sus cuentas bancarias; también sus fobias, sus desconfianzas internas. (...) Según un informe policial en poder del juez de Marbella, “se tiene conocimiento de que Sigarev participó en la apropiación de 73 millones de dólares”. O lo que es lo mismo: más de 10.900 millones de pesetas.(...)”

⁶¹ BERIA DI ARGENTINE, Adolfo, “Relato sobre Aspectos Sociales-Económicos, XI Congreso Internacional de Defensa Social: La internacionalización de las sociedades contemporáneas en el campo de la criminalidad y las respuestas del Movimiento de la Defensa Social”, Buenos Aires, 27.10 a 1.11.1996, Repartido memográfico, pág. 2.

⁶² Las Naciones Unidas ya captan indicios de utilización de Internet por los traficantes de drogas, lo que resultaría facilitado por el “carácter no regulado de este sector” de las comunicaciones internacionales. En el documento E/CN. 7.1999/9, del 17.12.1998, distribuido en el 42º. Período de Sesiones del Consejo de Seguridad (16 a 25 del pasado marzo), titulado “La oferta y el tráfico ilícito de drogas, incluidos los informes de los órganos subsidiarios de la Comisión, y los efectos de las redes de comunicación, como la Internet, sobre el problema de las drogas”, pág. 17, se observa que “en algunas páginas de la Internet hay detalles sobre las fuentes de precursores químicos y equipo de laboratorio para la fabricación ilícita de drogas, con indicación de los fabricantes de esos materiales que se prestarían a aceptar pedidos de delincuentes o que están situados en Estados cuyas leyes o sistemas reglamentarios, de licencias y de vigilancia no están a la altura de las normas internacionales. En otras páginas se dan amplios detalles de los precios callejeros actuales de todas las drogas ilícitas, desglosados por países y hasta por ciudades. El

internacional, como contrapartida, por medio de la promoción de reformas legislativas en los ordenamientos internos de los Estados con el propósito de aumentar el grado de eficacia de la represión a sus actividades.

Ahora bien, como el proceso de integración supranacional es movido básicamente por pautas de intereses económicos⁶³, se encuentra condicionado por el carácter multifacetario de los institutos que caracterizan las diversas familias del Derecho⁶⁴, con predominancia inevitable del Derecho del "Common Law", que corresponde a la única grande potencia mundial de nuestros días, los Estados Unidos de América⁶⁵.

De ahí que se está formando paulatinamente un Derecho represivo transnacional (Penal y Procesal Penal) de naturaleza ecléctica, colmado de características ni siempre bien ajustadas a los contornos establecidos por la doctrina de la postguerra que engendró la concepción de Estado Democrático de Derecho⁶⁶. Esa situación viene favoreciendo la introducción en las legislaciones internas de los países de tradición jurídica romano-canónica - no sin resistencia, por cierto -, de las modernas técnicas de investigación conocidas como *encubrimiento de agentes*, *arrepentimiento de criminosos*, *entrega vigilada o controlada* etc., derivadas todas ellas del Derecho del "Common Law" (que también dio origen a los mecanismos de *protección de testigos y expertos*), concebidos según parámetros aparentemente inconciliables con el Derecho latino⁶⁷.

Resultado bastante visible de esa actividad fue la aprobación, el 20 de diciembre de 1998, en Viena, de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos, que fue seguida de la elaboración de otros documentos multinacionales (como el Convenio n. 141 del Consejo Europeo sobre "*lavado*", *identificación*, *embargo y aprehensión de producto de delito*), estableciendo las líneas básicas que deben orientar la adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales con vistas a tornarlos homogéneos y, tanto cuanto posible, unificar la represión a esta forma de criminalidad en lo que atañe a la tipificación de los delitos de lavado de dinero, aprehensión y decomiso de los productos de los crímenes e incremento de la cooperación internacional.

El Parlamento Europeo, por medio de la Resolución de 16 de noviembre de 1993, también se ocupó de la materia, instando a los Estados miembros (actualmente en número de 15) a que hagan el posible para adaptar sus legislaciones de modo a permitir una mejor actuación contra las actividades relacionadas con el lavado de dinero proveniente del tráfico de drogas. En fecha más reciente vino elaborado el Plan de Acción para la lucha contra la delincuencia organizada del "Consejo de la Unión" (28.4.1997), por el "Grupo de Alto Nivel" creado por el Consejo Europeo en la reunión de Dublín (13 y 14.12.1996), bien como

acceso a estos datos puede ayudar a las organizaciones delictivas a seleccionar ciertos mercados locales, diversificando su gama de materiales y extendiendo sus redes delictivas".

⁶³ V. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal - Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas, Ed. Civitas, 1999, pág. 68.

⁶⁴ Básicamente podemos distinguir tres grandes familias o sistemas jurídicos: la del Derecho Continental (o *civil law*), derivada del Derecho romano-germánico, presente en los países latinos y Alemania; la del "*Common Law*", derivada del Derecho Inglés, en los países anglosajones, en las ex-colonias británicas y, principalmente, Estados Unidos; la del Derecho Islámico, influenciada por los principios de la religión musulmana, en los países donde predomina la religión de Maomé.

⁶⁵ Cf. RAMONET, Ignacio, *Situación actual del proceso de globalización*, en *El proceso de globalización mundial - Hacia la ciudadanía global*, Barcelona: Ed. Octaedro, 2000, pág. 12.

⁶⁶ Acerca del tema, MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, "Política Criminal y Globalización...", op. cit., pág. 370, observa que a pesar de que en las últimas décadas la idea de Estado Democrático de Derecho se viene expandiendo en el plano internacional, "es de lamentar que no sucede lo mismo en la realidad práctica. En ésta es frecuente observar una orientación muy distinta, consistente en un endurecimiento constante de las medidas penales, que se manifiesta en la creación de nuevos tipos penales e en el incremento desproporcionado de las punibilidades, entre otras formas". SILVA SÁNCHEZ, J. M., ob. cit., pág. 64, pronostica que el Derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional será, de hecho, un Derecho crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de censura y se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales. Y aduce, en este punto, que el Derecho penal de la globalización no hará más que acentuar una tendencia que ya viene manifestando en las legislaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha contra criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción.

⁶⁷ La legislación brasileña ya ha acogido todos esos institutos. Cuidan de las hipótesis en las que se puede premiar el "arrepentido" las Leyes 9.080, de 19.07.1995, 9.613, de 3.03.1998 y 9.807, de 13.07.1999. El retraso de la acción policial con vistas a un mejor aprovechamiento de las pruebas del hecho ilícito se encuentra previsto en la ley 9.034, de 03.05.1995. Y la Ley 10.217, de 11.04.2001 es la que trata del "agente encubierto". Sobre el último véase el artículo de nuestra autoría, *Agente encubierto: innovación de la ley 10.217/2001*, al que ya hicimos aquí referencia.

las actas y recomendaciones resultantes de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre drogas realizada en Nueva York (8 a 10.06.1998).

Lo que resulta claro, sin embargo, es que a pesar de los esfuerzos de Naciones Unidas en favor del establecimiento de métodos de vigilancia y control de los flujos de dinero que transitan a cada día por el mundo, con énfasis en el intercambio de información y la cooperación policial, de ministerios públicos y judicial, y la actualización y uniformización de las leyes que correspondan, es aún largo el camino que hay que recorrer para que se los instrumentos represivos de rango internacional puedan equipararse al grado de complejidad estructural y profesionalismo que han logrado alcanzar las organizaciones criminales⁶⁸.

Con lo anterior se advierte que son pocos los que dudan que los “los instrumentos penales tradicionales y las clásicas técnicas de investigación no sirven para hacer frente a un fenómeno criminal de tales características y dimensiones”⁶⁹, y que no es posible enfrentar la criminalidad moderna de grandes proporciones, “informatizada o ‘digital’, con el Derecho Penal y procesal clásicos... Pensar de otra forma es lo mismo que comparar los medios de comunicación y transporte del siglo pasado con los actuales”⁷⁰.

VII. TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL DE LA GLOBALIZACIÓN.

De lo que hemos dicho hasta ahora ya se puede inferir que el estudio del amplio espectro de la criminalidad organizada, dadas las características de continuidad y velocidad con las que se manifiesta el fenómeno⁷¹, debe estar centrado en la busca de soluciones capaces de abarcar las cuestiones multidisciplinarias que le afectan (sin prescindir de ramas no jurídicas del conocimiento), ya que los esfuerzos hasta ahora emprendidos contra algunas de sus manifestaciones, en especial el narcotráfico (y sus reflejos en el lavado de dinero), no parecen haber surtido el efecto deseado.

Entramos, entonces, en el campo de los cuestionamientos sobre la eficiencia del modelo represivo adoptado por la mayoría de los países, en sus respectivos ordenamientos internos, bien como de las tendencias que ya pueden ser bien visualizadas acerca de los métodos de tratamiento que serán progresivamente adoptados⁷².

Mientras algunos autores ven en la formulación de nuevos tipos penales, el agravamiento de las penas y el establecimiento de mecanismos procesales más amplios (por ejemplo, la ampliación de los plazos de prisión provisional) como la mejor estrategia para la lucha contra la expansión de la criminalidad organizada, otros pugnan por el refuerzo de la prevención y el empleo más efectivo de los medios de control administrativos y financieros, y no faltan los que abogan por el empleo exclusivo de los institutos del Derecho Penal clásico con el argumento de que con muy difíciles de compatibilizar las nuevas teorías defensoras de la “anticipación de la tutela penal” – en especial por la incertidumbre en cuanto a lo bien jurídico protegido - con las garantías fundamentales de la persona.

Los que parece inevitable, en nuestro entender, es que sean progresivamente

⁶⁸ De acuerdo con MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “*Política Criminal y Globalización...*”, op. cit., pág. 359, “esta forma corporativa implica una estructura directiva, cuadros operativos, acervo tecnológico, ciclos de financiamiento, relaciones con otras corporaciones criminales, programas de expansión, jefaturas de proyectos, desarrollo y entrenamiento de personal, actividades de reclutamiento, control interno y, en general, todo aquello que podría tener cualquier gran corporación lícita”.

⁶⁹ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “*Política Criminal y Globalización...*”, op. cit., pág. 367, citando ANTHONY, Serge y RIPOLL, Daniel, añade que “las organizaciones delictivas aprovechan en forma regular prácticamente todos los aspectos de los adelantos científicos y tecnológicos para colaborar a través de las fronteras nacionales e idear estrategias mundiales que ningún Estado puede contrarrestar por sí solo”.

⁷⁰ Cf. GOMES, Luiz Flávio, “*Crime Organizado - enfoque criminológico jurídico -lei 9.034/95- e político-criminal*”, Ed. RT, 2ª. Ed., São Paulo, Brasil, 1997, pág. 68.

⁷¹ La gran velocidad con la que se expande la delincuencia organizada criminalidad es probablemente el motivo principal que impulsa a muchos autores a proponer métodos y recursos extremados para su represión.

⁷² Según MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “*Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México*”, Ed. Ius Poenale, CEPOLCRIM, México, 1999, pág. 309 y ss., “gran parte de la insuficiencia de los resultados obedece a que no se ha entendido bien todos los factores causales del fenómeno, por un lado, ni todas las consencuencias en su magnitud y complejidad, por el otro”.

formuladas propuestas en el sentido de perfeccionarse los instrumentos de cooperación internacional y, lo que es bastante más significativo, en el sentido del establecimiento de órganos de justicia supranacional que deban encargarse de la represión a las infracciones que afectan los bienes jurídicos cuya protección la comunidad internacional considera prioritaria.

Es que, a pesar de que no son pocos los que creen que la evolución del Derecho Internacional está condicionada de modo inexorable a los intereses de las grandes potencias, y que las decisiones de la *realpolitik* representan un embarazo invencible en la construcción de mecanismos de justicia universal, lo cierto es que, sin menosprecio a la influencia de las potencias mundiales, no cabe negar el espectacular desarrollo de la teoría de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario que resultó de la firme actuación de Naciones Unidas en la postguerra, de modo que ya no es tan fácil sostener que las últimas intervenciones militares levadas a cabo en el marco de una acción colectiva decidida en su ámbito hayan derivado de intereses (económicos o políticos) exclusivos pertenecientes a aquéllas⁷³.

Así que concordamos con LUIGI FERRAJOLI⁷⁴ cuando afirma que “debemos rechazar las actitudes excesivamente escépticas y resignadas que comparten junto con los defensores del orden desigualitario existente la misma falacia realista que en derecho internacional adopta el nombre de *principio de efectividad...* y asumir como tarea científica y no sólo política la crítica jurídica de las dimensiones de invalidez y falta de plenitud del derecho vigente y la formulación de las garantías del derecho futuro...”. De hecho, “ninguno de los problemas que afectan al futuro de la humanidad puede ser efectivamente resuelto, y ninguno de los valores de nuestro tiempo puede ser realizado fuera del horizonte del derecho internacional”.

VIII. LA SUPRANACIONALIDAD.

El término *supranacional*, que se ha venido empleando con frecuencia para adjetivar la justicia de alcance universal que se intenta establecer con la creación del TPI, ha estado siempre conectado a la idea de que la humanidad camina de modo inexorable hacia un sistema global de gobierno, que habrá de sustituir o al menos aminorar la rotundidad con la que actúa el principio de soberanía estatal, sentando las bases de un nuevo orden mundial, en el que el espíritu nacionalista se sujetará al espíritu universalista. En definitiva, se alude a la concepción del “Estado universal” de KANT⁷⁵ y KELSEN⁷⁶.

En ese sentido, WECKMANN⁷⁷ afirma que “el espíritu nacionalista que... es una creación puramente humana, básicamente irreal y fácilmente deleznable, representa en los tiempos modernos –especialmente a través del Estado soberano, su creación- un espíritu particularista de división que debe ser suprimido si ha de lograrse una verdadera unión beneficiosa para el género humano. (...) Una vez que haya sido aceptada sin reservas la noción de la existencia de un orden jurídico universal, normativo, objetivo, con validez propia, y basado en los eternos postulados del derecho natural, los Estados sólo podrán ser concebidos como corporaciones parciales dentro de una más amplia comunidad, y los órdenes

⁷³ Y no invalida esa opinión la última intervención norteamericana en Iraq, en la medida que, al no haberla ejecutado Estados Unidos con autorización de Naciones Unidas, dió causa a la resucitación del debate en torno del rol del Consejo de Seguridad (su forma, constitución, deberes etc), lo cual puede resultar en consecuencias importantes para el Derecho Internacional Público, como la reducción de espacio político para acciones fuera de un marco colectivo bien acordado...

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías - la ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, págs. 155 y 157.

⁷⁵ Como subraya TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Presentación a Sobre la paz perpetua* (traducción de Joaquín Abellán), Ed. Tecnos, 6a ed., Madrid, 1998, pág. XVII, aunque Kant dudara que fuese factible la instauración del “Estado universal”, y con él la paz perpetua, propugnaba como “realizable en todo caso... la aproximación al mismo mediante el adecuado proceso de asociación de los Estados”.

⁷⁶ V. KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1ª reimp., México, 1996, pág. 153 y ss.

⁷⁷ WECKMANN, Luis, *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., México, 1993, pág. 290.

jurídicos estatales sólo tendrán validez como órdenes parciales sometidos al orden universal, al derecho supraestatal del futuro”.

La supranacionalidad, sin embargo, es para otros autores, como ROSENSTIEL⁷⁸, algo utópico y irreal, fruto de devaneo del jurista⁷⁹ que “si bien no se adapta a los rodeos de lo político, no puede resistir al deseo de integrar cualquier individualidad jurídicamente sospechosa en una u otra categoría jurídica preexistente, pero todavía más reivindicará, si es que puede hacerlo, la paternidad de una nueva categoría jurídica”. ROSENSTIEL considera que “a diferencia del orden nacional, o incluso de orden internacional, el principio de ‘supranacionalidad’ aplicado a las comunidades europeas, se nos aparece como una creación esencialmente empírica, una improvisación, un impulso razonado, en alguna medida, y por esto es por lo que es un fenómeno auténticamente político... pero de política nacional; no es la conclusión jurídica lógica de las tensiones sociológicas preexistentes. Lo ‘supranacional’ es un injerto más que una eclosión política espontánea y en esto es lo que reside a la vez su cautivadora originalidad y desconcertante inconsistencia en tanto que sistema autónomo”.

Sobresale como aspecto fundamental en este debate, tal como se había visto en las obras de KANT y KELSEN, el modo con lo cual se concibe el principio de soberanía, que actúa como eje alrededor del cual orbitan las diferentes posturas sobre la naturaleza de los organismos supranacionales y determina el grado de creencia en su existencia y desarrollo.

Al tiempo que WECKMANN⁸⁰ critica la idea de Estado como un valor absoluto, puesto que “ha ahogado los verdaderos valores absolutos y universales, los derechos humanos”, y propone que “la tarea del Estado debe ser precisamente la de amparar y hacer avanzar esos derechos humanos mediante la creación de una noción más laxa de soberanía estatal”⁸¹, ROSENSTIEL⁸² entiende que es “erróneo hablar de una soberanía fragmentada, disminuida, reducida o relativa”, en la medida que “no es posible considerar las comunidades ‘supranacionales’ como super-Estados, porque lo propio del Estado es el ser poder antes de ser función. Sólo lo político hace a un órgano superestatal; luego, si se retiran las prerrogativas políticas esenciales a los Estados nacionales, pierden éstos su significación actual en el plano internacional”⁸³. Mientras el primer autor propone la extinción de la soberanía, en cuanto “obstáculo supremo que impide la unidad jurídica del género humano”⁸⁴, el segundo argumenta que “la soberanía es una cualidad, una propiedad; no permite ni adición, ni sustracción. Por ser superlativa... lógicamente su división es imposible, de tal suerte que no tolera cerca de sí más que cantidades de dimensiones y orígenes semejantes. La soberanía no conoce más que órdenes iguales u órdenes sometidos”⁸⁵.

⁷⁸ ROSENSTIEL, Francis, *El principio de supranacionalidad – ensayo sobre las realciones de la política y el derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pág. 24.

⁷⁹ Para FREUND, Julien, Prefacio a *El principio de supranacionalidad – ensayo sobre las realciones de la política y el derecho*, ob. cit., pág. 17, “la institución supranacional no es más que un estadio políticamente provisional y jurídicamente inconsistente”.

⁸⁰ WECKMANN, Luis, *El pensamiento político medieval...*, ob. cit., pág. 290.

⁸¹ VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, 3ª ed., Ed. Aguilar, Madrid, 1961, pág. 9, también admite la relativización de la soberanía, considerando el concepto de soberanía relativa “plenamente compatible con la existencia de un Derecho internacional”.

⁸² ROSENSTIEL, Francis, *El principio de supranacionalidad...*, ob. cit., pág. 52.

⁸³ Por ese motivo sostiene ROSENSTIEL, F., *El principio de supranacionalidad...*, ob. cit., pág. 25, que “El principio de *supranacionalidad* no puede, por consiguiente, constituir una categoría ‘en sí’, no se basta a sí mismo porque presupone un entorno político nacional. (...) Es, pues, imposible, e incluso carece de interés, aislar el fenómeno jurídico de la *supranacionalidad* de su medio político ambiente que es el de un conflicto de soberanías declinantes. Las comunidades *supranacionales* son un indicio, un síntoma, un caso sin duda, pero no una especie”.

⁸⁴ WECKMANN, Luis, *El pensamiento político medieval...*, ob. cit., pág. 290-infra. Lo cierto, sin embargo, es que ese autor no propone la extinción de los Estados y de la potestad de cada uno de legislar internamente, sino de la sujeción de las legislaciones a un derecho internacional que “tendrá como función la de juzgar, conforme a postulados eternos, las disputas entre las naciones, y en general contribuirá a cimentar la concordia y la paz internacionales. Bajo esta ‘soberanía judicial’ del derecho internacional, la función de cada ordenamiento particular en los estados será la de *legislar*, creando leyes que normen la vida interna de los miembros de cada uno de ellos, leyes que en caso alguno pueden contradecir o violar los preceptos universales que harán posible la convivencia humana en el universo...” (ob. cit., págs. 291-292).

⁸⁵ ROSENSTIEL, Francis, *El principio de supranacionalidad...*, ob. cit., pág. 51. Ese autor aún sostiene que “La soberanía es actuante antes de ser pensante. Cuando la defensa de las soberanías nacionales se encuentra en el centro de las preocupaciones, es casi cierto que estas soberanías no encuentran ya en sí mismas la fuerza y la irradiación necesarias para poder pasarse sin defensores... ¿No es acaso paradójico hablar de órganos supranacionales, es decir, que sobrepasan jerárquicamente a las formas estatales antiguas de la soberanía nacional, cuando se rehúsa crear paralelamente un poder estatal soberano a una escala nueva? (...) La organización internacional de tipo clásico, como las Naciones Unidas, provoca un reflejo de responsabilidad internacional antes que lograr instalar por encima de los Estados un orden de coerción (...) La vocación de la organización internacional es conciliadora, la vocación de la organización supranacional es gubernamental... El espíritu de

De facto, no se puede negar que la soberanía, en que pese la labor de los juristas en describirla y valorarla, ha estado siempre sujeta a las intemperies de la política, prescindiendo de lo jurídico e incluso actuando como fuente de derecho en los supuestos en los que ha actuado en contra del derecho preexistente⁸⁶.

Pero también es cierto que el panorama mundial se halla en mutación⁸⁷. El desarrollo de la doctrina de los derechos humanos a partir de la segunda mitad del siglo XX, en particular, ha contribuido para la formación de una conciencia mundial favorable a la creación de organismos de justicia universal. La transición entre la situación de total predominancia del Derecho Penal interno sobre la vida de los ciudadanos y la efectiva asunción por los Estados de las limitaciones de índole constitucional que inspira el movimiento de internacionalización de los derechos humanos, hace que derechos fundamentales, división de poderes y principio de legalidad actúen, en última instancia, como “negaciones de la soberanía interna”⁸⁸, algo que hoy se expresa de forma incontestable con la alternativa disponible a determinados ciudadanos de demandar contra sus propios países ante una jurisdicción internacional (por ejemplo, los ciudadanos de la UE con relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

En otras palabras, la soberanía interna de los países ya no puede ser comprendida como “una libertad absoluta y salvaje...”, sino subordinada jurídicamente “a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos”⁸⁹.

Hemos de reconocer que no se ha producido un cambio tan significativo que ya no permita la apreciación de los argumentos que caracterizan el debate jurídico sobre los principios de soberanía y de supranacionalidad. Lo que se ha visto en los últimos años es un rápido y sorprendente avance en el campo de las acciones políticas⁹⁰, que está ya permitiendo la confrontación de la doctrina existente con el mundo de los hechos. Las cuestiones que afectan a la validez, integridad y límite de aquellos principios, van a nutrirse de elementos concretos para su subsiguiente desarrollo, cuyo resultado habrá de confirmar o infirmar algunas de las tesis expuestas.

Hasta ahora, sin embargo, “los Estados siguen siendo los sujetos primarios del Derecho internacional, y la soberanía no ha sido desplazada ni eliminada como principio constitucional del orden internacional”⁹¹, pero los países que no respetan

laboratorio (opuesto al espíritu científico) de ciertos juristas se complace en valorar las ‘dosis de supranacionalidad’ que contienen las diferentes comunidades nacientes. Admitida la dosificación de la supranacionalidad, admiten la dosificación de la soberanía. Ahora bien, ...¿acaso no hemos demostrado los errores de estos puntos de vista? Sólo el poder está en condiciones de dosificar el poder” (ob. cit., págs. 83 y 87). Para HELLER, H., *La soberanía – contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., México, 1995, pág. 299, la soberanía “se afirma de manera absoluta, en los casos de necesidad, aun en contra del derecho. La circunstancia de que la soberanía conserve su carácter absoluto, no obstante la existencia de un derecho internacional bastante desarrollado y de la interdependencia que existe entre los estados, tanto la de naturaleza económica, como la que resulta de otras relaciones sociales, parece implicar una contradicción lógica insoluble para numerosos juristas. La verdad es que la solución jurídica del problema es sumamente sencilla... La coacción de la guerra es de naturaleza extrajurídica. La supremacía militar del vencedor, cuando no produce la sumisión del vencido, no da nacimiento a una competencia de mando en el vencedor, ya que éste, al elegir el tratado como método para el restablecimiento de la paz, reconoce nuevamente al vencido como un no-suprimido y, por tanto, como un sujeto de derecho internacional realmente existente... Tampoco pierde la soberanía su carácter absoluto por la existencia de las varias obligaciones internacionales...”

⁸⁶ HELLER, Hermann, *La soberanía – contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional* (traducción y estudio preliminar de Mario de La Cueva), Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 1995, México, pág. 281, puntualiza que “cuando el acto estatal contrario al derecho se transforma en derecho, el fenómeno ocurre, no con fundamento en una norma jurídica positiva, sino como resultado y expresión de la soberanía, que se afirma como creadora de derecho nuevo en contra del derecho hasta entonces vigente; (...) todavía no existen sobre el estado ni una unidad decisoria ni una unidad de acción universales, capaces de impedir que el acto estatal contrario al derecho se transforme en derecho”. Los proyectos de la CDI de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos internacionales se destinan exactamente a llenar esa laguna del orden internacional.

⁸⁷ PARRY, Clive, *Manual de Derecho Internacional Público* (traducción del original en inglés “Manual of Public International Law” a cargo de la Dotación Carnegie para la Paz Internacional, editado por Max Sorensen), Ed. Fondo de Cultura Económica, 1ª ed. en español/4a reimpresión, 1992, pág. 95, advierte que “en la esfera internacional se está produciendo una especie de revolución jurídica”.

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías - la ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, págs. 138 y 144. El autor aún afirma que “Gracias a estos principios, la relación entre Estado y ciudadano deja de ser una relación entre súbdito y soberano y se convierte en una relación entre dos sujetos que tienen una soberanía limitada... los primeros, en cuanto titulares del derecho de autodeterminación reconocido por el artículo 1 de la Declaración de 1948 y los Pactos de 1966 (v. tb. el artículo 2.7 de Carta de las Naciones Unidas -añadimos), frente a sus propios Estados del Derecho de autodeterminación reconocido en la Carta de Naciones Unidas (artículo 2.7 de la Carta de Naciones Unidas); los segundos, en cuanto titulares frente a sus propios Estados de los derechos humanos que les confiere la Declaración”.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías...”, pág. 144, op. cit. Para FERRAJOLI, la fuerza extrínseca del movimiento propulsor de los derechos humanos se presenta hoy con tal magnitud que “la verdadera alternativa a la que nos enfrentamos no se da entre realismo y utopía normativista, sino entre realismo a corto plazo y realismo a largo plazo” (ob. cit., pág. 157).

⁹⁰ PARRY, Clive, “Manual de Derecho internacional público...”, ob. cit., pág. 90, observa que las organizaciones internacionales “continúan creciendo y diversificándose, lo mismo que las actividades internas de los Estados...”

⁹¹ De acuerdo con CARRILO SALCEDO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público*, 1ª ed., 3ª reimp., Ed. Tecnos, Madrid, págs. 77-78, la participación de los Estados en las organizaciones internacionales, universales o regionales, se da sin merma de la soberanía, “que sigue siendo

los derechos humanos reconocidos en los documentos de carácter universal, sino que violan de forma grave, sistemática y masiva los derechos fundamentales de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, “no pueden ya encontrar refugio en los viejos principios de la soberanía y no intervención en los asuntos internos de los Estados”⁹², pues la comunidad internacional ha evolucionado desde el punto en que consideraba de forma absoluta el principio de “no intervención en los asuntos internos de los Estados” para el de considerar como un deber la ingerencia respecto de las situaciones de violaciones graves y masivas de derechos humanos.

En efectiva, el panorama actual se muestra como el embrión de un verdadero “constitucionalismo mundial”⁹³, puesto que en las modernas democracias (tal como ha ocurrido antaño con la democracia de Estados Unidos de América) se da el rompimiento del postulado positivista de la omnipotencia y soberanía del parlamento o, en tono más optimista, «la sumisión del propio poder legislativo de la mayoría⁹⁴ a la ley constitucional y a los derechos fundamentales en ella establecidos, el modelo de Estado de Derecho se perfecciona y se completa en el de Estado constitucional de Derecho...»⁹⁵.

Y ese proceso se inclina de forma muy evidente en el sentido de la valorización del derecho positivo internacional, el que ha venido dotándose de instrumentos eficaces de intermediación de los conflictos internacionales⁹⁶, alejándose más y más de la condición de “derecho primitivo”.

IX. INSTRUMENTOS ACTUALES DE JUSTICIA UNIVERSAL.

Los esfuerzos de la comunidad internacional en el sentido de la creación de un Tribunal Penal Internacional remontan al comienzo del siglo XX y no fueron pocas las tentativas de establecer una codificación, por lo menos, de los llamados “crímenes internacionales” las que, sin embargo, quedaron vaciadas por injerencias políticas, que hicieron incluso surgir un grande escepticismo en cuanto a las perspectivas del Derecho Internacional Penal.

La tentativa fracasada de responsabilización de los autores de “crímenes de guerra y contra la paz de la humanidad” después a 1ª Guerra Mundial, y también las ponderadas críticas formuladas contra los Tribunales de Nüremberg y Tokio⁹⁷ - con destaque para las relacionadas a la falta de legitimidad y no observancia del *principio de legalidad* - pusieron de relieve la necesidad de establecimiento de una

un principio constitucional del Derecho internacional, lo que configura al fenómeno de Organización Internacional como una específica realidad política y jurídica, intermedia entre el clásico sistema diplomático de yuxtaposición de Estados soberanos y el sistema político del Estado. De ahí que aunque resulte innegable que las Organizaciones Internacionales han contribuido y contribuyen al proceso de institucionalización e integración de la comunidad internacional, no sea menos cierto que, al menos en parte, las Organizaciones Internacionales sean *instrumentos al servicio de los Estados...* en efecto, las Organizaciones Internacionales no han desplazado a los Estados soberanos sino que, más bien, *han consolidado la estructura predominantemente interestatal del sistema internacional.* (...) En todas sus instituciones y mecanismos, efectivamente, el Derecho internacional ha quedado modificado en función del desarrollo y consolidación de las Organizaciones Internacionales aunque, simultáneamente, las bases sobre las que se apoya el orden internacional no se hayan renovado del todo ni transformado radicalmente. Todo ello, obviamente, sitúa al jurista ante una panorama en ocasiones incierto y siempre complejo, porque las estructuras clásicas del Derecho internacional van quedando superadas pero no totalmente desplazadas: nos encontramos así, por decirlo con palabras del profesor René-Jean Dupuy, ante *la coexistencia de dos tipos de sociedad internacional*, la relacional de Estados soberanos yuxtapuestos y la institucional, y ante la presencia de *dos tipos de Derecho internacional*, el tradicional y el contemporáneo, que *coexisten e interaccionan.*

⁹² Cf. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pág. 143.

⁹³ Para FERRAJOLI, Luigi, “*Derechos y garantías...*”, op. cit., p. 152, «... el modelo garantista del Estado constitucional de Derecho como sistema jerarquizado de normas que condiciona la validez de las normas inferiores por la coherencia con normas superiores, y con principios axiológicos establecidos en ellas, tiene valor para cualquier clase de ordenamiento...».

⁹⁴ En EE.UU. la cuestión de la legitimidad de la ley elaborada por el legislativo, como expresión de la voluntad de la mayoría, es objeto de estudios por la U.S.S.C. desde su creación. En los casos *Brown v. Board of Education of Topeka* (I y II, citados en la nota 29), se trató de ese tema, habiéndose afirmado que la legitimidad de la ley depende también del examen del su confrontó con los límites constitucionales, pues al contrario se quedarían las minorías -a favor de las cuales la Constitución concede el mismo grado de protección- bajo el riesgo de severos ataques de la voluntad colectiva apurada a través del sistema electoral-representativo. Para una breve consulta sobre las cuestiones relacionadas a esa controversia, v. DORADO PORRAS, J.: “*El debate Constitucionalidad en los Estados Unidos...*”; y para un examen profundizado, v. las obras de John Hart Ely y Ronald Dworkin.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi, “*Derechos y garantías...*”, op. cit., p. 141.

⁹⁶ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, págs. 142-3.

⁹⁷ Sin embargo, esos tribunales, idealizados ya en 1942 por Estados Unidos, Gran Bretaña y Unión Soviética (Declaraciones de Saint James's Palace, 13 de enero de 1942, y de Moscú, 1º de noviembre de 1943), consiguieron juzgar y condenar 19 importantes criminosos de guerra nazistas (en realidad, 21 fueron condenados, pero dos de ellos, Robert Lay y Hermann Goering, suicidaron antes de cumplir la condena) y 28 japoneses, a los que se sumaron miles de otros acusados de menor rango, responsabilizados por los tribunales de las zonas de ocupación a cargo de las cuatro potencias vencedoras (cf. BASSIOUNI, M. Cherif, op. cit., págs. 62-63).

base normativa estable y de mecanismos de justicia internacional que pudieran aplicarse de modo acordado por la comunidad de naciones⁹⁸.

Las Naciones Unidas han partido de esa base para decidir, por medio de Resolución de su organismo de mayor rango (Res. n. 95 [I], de 11 de diciembre de 1946), que los principios de Derecho Internacional declarados por el Estatuto y las sentencias del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg debieran integrar el orden jurídico internacional, así como encargar la Comisión de Derecho Internacional-CDI (órgano técnico instituido por Resolución 174 [II], de 21 de noviembre de 1947, con el propósito de impulsar la codificación y el “desarrollo progresivo” del Derecho Internacional) de examinar “si es deseable y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas del crimen de genocidio o de otros crímenes que fueran de la competencia de este órgano, a causa de convenios internacionales”, recomendándole que “preste su atención a la posibilidad de crear una Cámara Criminal de la Corte internacional de justicia” (A/1316, pág. 17, núm. 128).

La CDI, tras discutir la materia, concluyó en su segunda sesión (5 a 29 de julio de 1950), que la creación de un órgano de esa naturaleza era “deseable” y también “posible”. En la quinta sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 12 de diciembre de 1950, se acordó sobre la composición de un Comité Especial (con representación de 17 Estados miembros), que inauguró sus trabajos el 1º de agosto de 1951 (“con miras de preparar uno o varios ante-proyectos de convenios y de formulas propuestas referentes a la creación y al estatuto de una Corte criminal internacional”) y los concluyó al cabo de treinta y una sesiones, el 31 de agosto del mismo año⁹⁹.

Pero, la ausencia de una base consensual sobre la definición del crimen de “agresión”¹⁰⁰ hizo con que los trabajos dedicados a ese fin se quedara en entredicho por décadas.

Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional se reanudó por la Resolución 44/39, de 4 de diciembre de 1989, a partir de proposición de Trinidad y Tobago con la que requería a la Asamblea General el establecimiento de un Tribunal Internacional para juzgar los acusados de delitos de tráfico de drogas, crimen que al final no vino a figurar en la competencia del Tribunal Penal Internacional cuyo estatuto fue aprobado el 17 de julio de 1998 en la Conferencia de Roma¹⁰¹.

⁹⁸ En este sentido BASSIOUNI, M. Cherif, ob. cit., pág. 64. Tb. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, Introducción, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 210, nota 63.

⁹⁹ Paralelamente a esos trabajos, el Profesor rumano Vespasiano V. Pella, Presidente de la “Asociación Internacional de Derecho Penal”, redactaba en Nueva York un “Memorandum sur l'établissement d'une Cour Criminelle internationale”, que tuvo amplia difusión en el año de 1951, pero cayó en el olvido con la desaparición de su autor. JIMENEZ DE ASÚA, L., en su *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II (Filosofía y Ley Penal), 5ª edición, Ed. Losada, Buenos Aires, 1992, págs. 1133-1135, incluyó un breve análisis del contenido de éste proyecto.

¹⁰⁰ Antes mismo de la Conferencia de Roma, WILSON, Richard, *Un Tribunal Penal Internacional Permanente*, Revista “KO'AGA ROÑE'ETA”, Série III, Volumen 3 (1996), afirmaba que “ya que el delito de agresión no estaba incluido en el bosquejo original de los decretos, y porque no existe una definición ampliamente aceptada para este delito, el consenso general de inclusión comenzó a perder fuerza. Algunas delegaciones, sin embargo, creen firmemente que la ausencia del delito de agresión sería un vacío importante en la jurisdicción de la corte, y que el delito de agresión es una de las mayores preocupaciones de la comunidad internacional...”. Para HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe, *El Estatuto de la Corte Penal Internacional*, artículo publicado en Actualidad PENAL, Ed. La Ley, año 2000, la no aprobación del proyecto redactado pela CDI en 1951 (con las modificaciones recibidas el año de 1954) se debió a que “no se encontró un acuerdo sobre el concepto de agresión. Por esta misma razón, es decir, por el problema del concepto de agresión, los trabajos sobre la creación de un Tribunal penal internacional quedaron interrumpidos. (...) El día 14 de diciembre de 1974, la Asamblea General de las Naciones Unidas llegó, finalmente, a un acuerdo sobre el concepto de agresión, reanudándose los trabajos en el año 1978, con el fin de elaborar el Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad y también un Tribunal Penal Internacional...”. AMBOS, Kai, *Hacia el establecimiento de un Tribunal internacional permanente y un Código penal internacional. Observaciones desde el punto de vista del derecho penal internacional*, Actualidad Penal n. 10, 9 al 15 de marzo de 1998, Ed. La Ley, Madrid, pags. 223 a 244, añade que “debe mencionarse que los estados han sido particularmente críticos sobre el ejercicio de una jurisdicción exclusiva por parte del CS en los casos de agresión (art.23 par.2 Proyecto de la CDI). (...) la determinación de qué debe entenderse por acto de agresión se encuentra altamente debatida. Más allá de que no se pueda distinguir claramente entre “guerra de agresión, “acto de agresión” o “amenaza de agresión”, todos términos contenidos en los arts. 15 y 16 del Proyecto de Código de 1991, el “Drafting Committee” define la agresión como “uso de fuerzas armadas por un Estado contra la integridad territorial o la independencia política de otro estado o de cualquier otra manera contraria a la Carta de las Naciones Unidas”, limitando así las extensas definiciones utilizadas en el Proyecto de Código de 1991. El Art. 16 del Proyecto de Código de 1996 adopta la definición de agresión contenida en el Art. 6 (a) del Estatuto del TMI sancionando a los líderes y organizadores que activamente participen u ordenen “la planificación, preparación, iniciación o apoyo de la agresión cometida por un Estado”.

¹⁰¹ Al respeto ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, La progresiva institucionalización de La jurisdicción penal internacional, La Corte penal internacional, en Crimen internacional y jurisdicción universal - el caso Pinochet (coordinadores, Mercedes García Aran y Diego López Garrido), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, págs. 227-228, observa que “El interés por un Tribunal penal internacional se vio posteriormente reforzado por los problemas suscitados en torno al caso Lockerbie y la represión del terrorismo internacional. Curiosamente, ambas categorías de crímenes han quedado excluidas de la competencia de la Corte Penal Internacional por falta de consenso suficiente sobre los crímenes en cuestión”. Sin embargo, no hay que excluir la posibilidad de que, en el porvenir, superadas las dificultades a las que aludió la autora, esos crímenes puedan ser

De cualquier modo, los graves episodios bélicos ocurridos en la primera mitad de la década de 90 en la antigua Yugoslavia y en Ruanda, caracterizados por la violación maciza de los derechos humanos, con la práctica de crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio, estamparon la necesidad de la creación de un sistema de justicia internacional de carácter permanente que fuese capaz de funcionar como inhibitorio de la práctica de tales atrocidades.

Como el Tratado de Versalles rompiera el principio hasta entonces válido de que solamente los Estados estaban sujetos al derecho internacional, no hubo ya por ocasión de los juicios de Nüremberg y Tokio discusión en cuanto a ese aspecto. Pero esos juicios, en que pese las críticas sufridas en cuanto a sus aspectos imperfectos, le dieron credibilidad al postulado a medida que los veredictos confirmaron la voluntad política de las naciones proteger las leyes internacionales aplicables, o sea, las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 que entonces formaban la base del Derecho Internacional Humanitario.

En fin, el 17 de julio de 1998, en Roma, los 160 países participantes de la “*Conferencia diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*” (de 15/17 de julio), después de discutir y deliberar sobre los diversos proyectos que tramitaban en el seno de la Comisión de Derecho Internacional acerca de los crímenes internacionales, decidieron por mayoría de votos (120 a favor, 7 contrarios - Estados Unidos, China, Irak, Israel, Libia, Qatar y Iémen -, allende 20 abstenciones) establecer un Tribunal Penal Internacional-TPI (o Corte Penal Internacional-CPI), de carácter permanente, con capacidad para juzgar a los autores de crímenes de guerra, genocidio, lesa humanidad y agresión¹⁰², conforme el artículo 5º del Estatuto aprobado en la misma oportunidad.

El tribunal Penal Internacional se instaló en Haia luego de haber alcanzado (el 11 de abril de 2002) el número mínimo de 60 ratificaciones (en agosto de 2003 ya se tenía 91 ratificaciones, además de las 139 firmas). Cuenta con un cuerpo de 18 magistrados (presidente el juez canadiense Phillip Kirsh) y con un fiscal jefe (el abogado argentino Luis-Moreno Ocampo), habiéndose constituido una estructura mínima que ya le permite funcionar.

La jurisdicción supranacional que se busca implementar con el Tribunal Penal Internacional no está vocacionada para la tarea de sustituir la jurisdicción interna de los Estados, habiendo de actuar solamente como mecanismo complementario a ellas, que habrán de tener preferencia siempre que no se manifiesten las condiciones de admisibilidad previstas en su artículo 17, es decir, la no disposición o la imposibilidad de los Estados de juzgar a los autores de dichos crímenes.

X. PERSPECTIVAS DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

incluidos en la competencia del TPI, o, lo que sería incluso preferible, puedan ser juzgados por otro tribunal internacional creado con el propósito específico de juzgar a los autores de los crímenes “transnacionales” o “fronterizos”. De hecho, como puntualiza YÁNEZ-BARNUEVO, Juan Antonio, *La Conferencia de Roma y el Estatuto de La Corte Penal Internacional: balances y perspectivas*, en *Creación de una jurisdicción penal internacional*. Madrid, Colección Escuela Diplomática, N. 4, 2000, pág. 24, el estatuto del TPI resultó de un acuerdo de mínimos, o sea, su aprobación fue posible exactamente porque los distintos grupos formados por las delegaciones participantes de la Conferencia de Roma acordaron en reducir el espacio de conflicto sobre los temas más polémicas del proyecto, lo que incluyó fijar la competencia material de la Corte “al núcleo central constituido por los más graves crímenes de trascendencia internacional, entendiendo por tales los que ya se encontraban en los Estatutos de los Tribunales anteriores, es decir: genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra...”, al precio de dejar de lado, de momento, otras categorías de crímenes que diversas delegaciones deseaban incluir, especialmente el terrorismo y el narcotráfico [que quedarán para una futura conferencia de revisión del Estatuto]. En otras palabras, el estatuto del Tribunal Penal Internacional abarcó en su competencia apenas los crímenes “internacionales en sentido estricto”, evitando los “transnacionales o fronterizos” [o “internacionales en sentido amplio”] que son, respectivamente, los que afectan bienes jurídicos de suma importancia para la comunidad internacional, y por tal merecen protección directa del Derecho internacional [a través de tribunales internacionales como los creados después de la Segunda Guerra Mundial y los tribunales “ad hoc” para la Ex-Yugoslavia y Ruanda y el propio TPI], que son los crímenes de guerra, de genocidio y lesa humanidad y, de otro lado, los que, maximizados por el fenómeno de la “globalización” [expansión de medios de comunicación y transportes, con el consecuente surgimiento de nuevas formas de delinquir], tornan aconsejable o necesaria la coordinación de los países afectados en favor de una represión más eficaz – como, por ejemplo, el tráfico internacional de drogas, la falsificación de moneda, las estafas financieras, el daño a cables submarinos, la “trata de blancas” y otros.

¹⁰² En realidad, al no haberse llegado a un consenso acerca de la definición del término “agresión”, fue establecida la siguiente norma en el apartado 2 del artículo 5 del Estatuto: “*La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.*”

INTERNACIONAL.

Es cierto, empero, que a pesar de que “no cabe ninguna duda de que un futuro sistema de justicia internacional penal precisa en todo caso de una jurisdicción internacional”¹⁰³, la novedad que representa la creación del Tribunal Penal Internacional engendra la aparición de una cantidad nada despreciable de cuestiones jurídicas aún irresueltas en la doctrina, y la gran parte de ellas espera soluciones que demandan el examen de múltiples aspectos del Derecho Criminal (en el sentido que abarca las disciplinas Penal y del Procesal Penal) y del Derecho Internacional, que les afectan simultáneamente.

Sin desconocer la magnitud del reto de construir una Corte Penal internacional que pueda ser aceptada por la mayoría al corresponder en esencia al deseo de justicia de la comunidad internacional, bien así la complejidad del cometido que habrán de librar todos aquellos a los se ha encargado la tarea de zanjar las distinciones entre los institutos de cada grupo de países que ha actuado en ese proceso¹⁰⁴, entendemos que no hay razones para maximizar en importancia las discrepancias dogmáticas que se hacen presentes¹⁰⁵, ya en los sistemas jurídicos de países que comparten un mismo origen y tradición jurídicas se observa un número nada despreciable de distinciones de carácter dogmático y estructural.

Podríamos citar como ejemplos los EEUU en referencia a Inglaterra, Brasil¹⁰⁶ y países hispanoamericanos en referencia al Derecho continental, o asimismo España con relación a Francia y Alemania.

En cuanto al primer ejemplo, se puede afirmar que en EEUU hoy existe una fuerte tendencia de codificación de las leyes penales¹⁰⁷, intensificada desde el *Model Penal Code*, de 1962, que resultó una “clara distinción sistemática de las cuestiones inherentes a la parte general del Derecho Penal”¹⁰⁸, a pesar de que en Reino Unido, “las numerosas leyes penales dictadas, sobre todo en lo que va del siglo XX, aunque redujeron la vigencia del *Common law* propiamente dicho a un conjunto normativo remanente, no fueron objeto de codificación y mantuvieron la dispersión hasta las superpociones”¹⁰⁹. En tanto al segundo ejemplo, basta con realzar la circunstancia

¹⁰³ Cf. PIGRAU SOLÉ, A., “Hacia un sistema de justicia internacional penal: cuestiones todavía abiertas tras la adopción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en Creación de una jurisdicción penal internacional, Colección Escuela Diplomática n. 4, Escuela Diplomática de Madrid/Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales/Boletín Oficial del Estado, edición a cargo de Concepción Escobar Hernández, Madrid, 2000, pág. 67.

¹⁰⁴ YÁÑEZ-BARNEUVO, J. A. (“Embajador en Misión Especial” de España durante la Conferencia de Roma), *La Conferencia de Roma y el Estatuto de la Corte Penal Internacional: balance y perspectivas*, en “Creación de una jurisdicción penal internacional...”, ob. cit., pág. 23, narra que en la fase preparatoria y durante la propia Conferencia fueron principalmente los Estados occidentales (incluida España), auxiliados por algunos de África y otras regiones, bajo la denominación de “grupo de países afines” (*like-minded group*) los que “constituyeron el motor de la elaboración del Estatuto”. Este grupo abarcaba cerca de 60 países al final de la Conferencia, “y ejercía su influencia sobre otras delegaciones que reconocían su liderazgo, de tal modo que la dinámica estaba claramente de su lado”. Sigue el embajador aludiendo a la existencia de otros dos grupos, “distintos y frecuentemente opuestos, pero que a veces coincidían en extrañas alianzas”. De un lado estaban algunos países de Asia y Norte de África, preocupados con que la Corte podría mermar su “soberanía”; de otro, las grandes potencias, o sea, los miembros del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que “parecían en general preferir un sistema conforme al cual, bien fuese de manera *ad hoc* como hasta ahora o de forma institucionalizada en el Estatuto, la iniciativa de llevar asuntos concretos a la justicia penal internacional quedara de hecho en manos del Consejo, lo que –gracias a su privilegio del veto– les dejaría a salvo de cualquier sorpresa desagradable”. Las “extrañas alianzas” a que se refiere el Embajador Yáñez-Barnuevo se mantuvieron hasta el final de la Conferencia, manifestadas por la *sui generis* composición del grupo de votantes en contra del establecimiento del TPI. Como hemos mencionado al principio, el Estatuto fue aprobado por 120 participantes, con votos en contra de Estados Unidos, China, Iraq, Israel, Libia, Qatar y Yemen, además de 20 abstenciones.

¹⁰⁵ No obstante concordamos con SILVA SÁNCHEZ, “La expansión del Derecho Penal - Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Cuadernos Civitas, Ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 78-79, en que “difícilmente se llegará a un acuerdo valorativo completo, en cuanto 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 dogmáticos, entre el mundo occidental, el mundo islámico y el del extremo oriente”, creemos que las soluciones que se van a ir engendrando para atender a la demanda de cuestiones dogmáticas propias del Derecho internacional penal, no habrán de cuadrarse más que en el espacio jurídico ocupado por esa rama misma, con independencia de que no estén conformes con el derecho interno de muchos de los miembros de la comunidad. Eso es consecuencia de haber el ETPI adoptado de forma expresa el principio de complementariedad respecto de los derechos internos, así como del carácter selectivo con que fue concebido el TPI, que se ocupará de reprimir solamente las acciones que afectan los bienes jurídicos de mayor trascendencia para la comunidad internacional.

¹⁰⁶ Sirve como ejemplo la exigente de “obediencia debida”, que en la dogmática española es considerada como causa de justificación (v. art. 8º del C. Penal español antiguo y art. 20.7. del C. Penal actual, donde se describe como “incumplimiento de un deber”), pero en Brasil, cuyo Derecho penal se asienta en las mismas bases, bajo la denominación de “obediencia jerárquica”, se regula como *causa de exclusión de la culpabilidad*.

¹⁰⁷ V. al respecto, GIL GIL, A., “Derecho Penal Internacional”, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 80; SILVA SOARES, G. F., *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*, 1ª ed., 2ª tiragem, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil, 1999, pág. 39; HENDLER, E. S., *El Derecho penal en los Estados Unidos de América*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1992, págs. 21 y ss.

¹⁰⁸ HENDLER, E. S., *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 37.

¹⁰⁹ Sobre las principales distinciones entre el Derecho de EE.UU. y el de Inglaterra, véase ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el Common Law*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 129 y ss.; MARTINEZ-TORRON, J., *Derecho angloamericano y derecho canónico – Las raíces canónicas de la “common law”*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 178 y ss.; GIL GIL, A., “Derecho Penal internacional...”, ob. cit., pág. 79 a 83, etc.

de que algunos países cuyo Derecho penal deriva del Derecho romano-canónico, como Brasil¹¹⁰ y Francia¹¹¹, mantienen la punición para el consumo o la posesión para el consumo de sustancias entorpecentes, mientras España y Portugal ya no contienen en sus ordenamientos previsión de sanción para esos casos; a la vez, mientras España sigue puniendo la conducta de auxilio al suicidio (art. 143.2 del Código Penal de 1995), el Derecho penal alemán, que se puede apuntar como una de las principales fuentes doctrinales del Derecho penal español, ya ha descriminalizado esa conducta¹¹²; por último, la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*, que ha encontrado fuerte rechazo en la doctrina española¹¹³, está aceptada por el Derecho penal de Portugal, Francia, Alemania y Holanda¹¹⁴, que poseen, con España, el mismo origen histórico y de fuentes.

Tampoco cabe despreciar los marcos de influencia recíproca que se viene observando entre las dos grandes familias del Derecho¹¹⁵, *Common law* y *Civil law*, especialmente en el campo formal¹¹⁶, con la adopción por gran parte de los países del Derecho romano-germánico, incluso los latinoamericanos, de mecanismos de justicia penal consensuada típicos del Derecho anglosajón¹¹⁷ (la *plea bargaining* norteamericana, en particular), mientras en el campo material se observa la afirmación progresiva del principio de legalidad en el Derecho anglosajón¹¹⁸. Así también debe quedar que la maduración de los ideales de “justicia universal” en que están inspirados los Tribunales Penales “Ad Hoc” y el Tribunal Penal Internacional de carácter permanente están íntimamente relacionados con los avances del movimiento en favor de la observancia de los Derechos Humanos en el planeta.

Otro motivo para mirar las discrepancias con optimismo se fundamenta en que el Derecho internacional penal es una rama que todavía está en gestación, lo que significa que se está edificando por un método nunca antes empleado, el de la discusión abierta sobre todos los temas del Derecho penal y procesal relacionados, y del Derecho internacional, establecida entre representantes de casi todos los países (con distintas capacidades de influir, eso sí) y disfrutando de la importante aportación que proviene de la fuente – todavía no agotada - de experimentación jurídica en que consisten los tribunales *ad-hoc* para la Ex-Yugoslavia y Ruanda¹¹⁹.

¹¹⁰ Artículo 16 de la Ley 6.368, de 1976.

¹¹¹ V. *El Código Penal francés*, traducido y anotado por Carlos Aránguez Sánchez y Esperanza Alarcón Navío, Ed. Comares, Granada, 2000, especialmente pág. 10.

¹¹² V. *Código Penal Alemán, StGB – Código Procesal Penal Alemán, StPO*, edición coordinada por EIRANOVA ENCINAS, E., Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2000, págs. 127 a 131 y 176.

¹¹³ Entre todos, véase CERESO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II, Teoría Jurídica del Delito*, Ed. Tecnos, 6ª ed., Madrid, 1998, pág. 68 y ss.

¹¹⁴ Cf. MIR PUIG, S., “*Derecho Penal...*”, ob. cit., pág. 172.

¹¹⁵ Conforme observa SILVA SOARES, Guido Fernando, “*Common Law...*”, ob. cit., pág. 26, aunque no sean las únicas familias del Derecho (hay la de los países que poseen sistemas fuertemente influenciados por la religión como Irán y Iraq) la de los países que conformaban el bloque socialista etc.), son las familias más relevantes de la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales en la actualidad.

¹¹⁶ Cf. al respecto ORIBUELA CATALAYUD, E., “*Aplicación del Derecho Internacional Humanitario por las jurisdicciones nacionales...*”, ob. cit., pág. 263, para quien “las divergencias que pueden existir en las legislaciones nacionales también pueden comportar desigualdades y, por qué no decirlo, en ocasiones dudas sobre la imparcialidad de los jueces. En este sentido, aunque los países que tienen un sistema de *civil law* están mostrando una cierta aproximación a ciertos aspectos presentes en los procesos penales de los Estados que pertenecen al sistema del *common law* y cuentan con sistemas de acceso al poder judicial que garantizan su independencia, en otros países, algunos latinoamericanos, no existe separación entre el juez que instruye el caso y el que dicta sentencia, y, además, existen países en los que la inamovilidad de los jueces no está asegurada y su dependencia de una decisión gubernamental puede suponer una merma de la garantía de su imparcialidad”.

¹¹⁷ Al respecto, v. DIEGO DÍEZ, L. A., *Justicia penal consensuada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 31 a 75, y RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La Justicia Penal Negociada, Experiencias de Derecho Comparado*, Ediciones Universidad Salamanca, 1997, págs. 27 a 109.

¹¹⁸ Cf. MARTÍNEZ-TORRON, J., “*Derecho angloamericano y derecho canónico...*”, ob. cit., pág. 179; GIL GIL, A., “*Derecho Penal internacional...*”, ob. cit., págs. 80 y 81; SILVEIRA, A., *Introdução ao direito e à Justiça norte-americanos*, Imprensa Oficial do Estado, São Paulo, Brasil, 1962, pág. 33 etc.

¹¹⁹ Conforme realiza TAVERNIER, P., *La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para ex-Yugoslavia y para Ruanda*, en Revista Internacional de la Cruz Roja, N° 144, 1 noviembre 1997, pp. 645-653, “El funcionamiento de los dos Tribunales Penales Internacionales ha propiciado el planteamiento de muy variadas cuestiones y su ya abundante práctica es rica en enseñanzas. Las decisiones del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, las más numerosas, han suscitado amplios comentarios y críticas por parte de los medios informativos y de juristas. Esta jurisprudencia, que ya no se puede soslayar, por su sustancial aporte al derecho internacional y al derecho humanitario, merecería que se difundiera, se conozca y se estudie más detenidamente, sobre todo en las universidades, ya que traduce la voluntad de eficacia de las jurisdicciones instauradas durante los años 1993 y 1994, demostrando ser, en muchos aspectos, aleccionadora y capaz de ser un paradigma para una futura corte penal permanente”. Sobre el tema, SÁNCHEZ-PATRÓN, J. M., *La contribución del Tribunal Penal Internacional para Ruanda a la definición del crimen de genocidio*, Revista Internauta de Práctica Jurídica (publicación electrónica del CIDP, de la Universidad de Valencia, <http://www.uv.es/~ripj/>, N° 2, mayo-agosto, 1999, tras comentar que “el TPIR lleva a cabo una interpretación amplia del crimen de genocidio, independiente del número de víctimas, siempre y cuando en estos casos el crimen fuese perpetrado con la intención específica que caracteriza a todo crimen de genocidio: la de atentar contra los miembros de un grupo. Asimismo, el TPIR admite como lesión grave a la integridad física o mental de un miembro de un grupo, las violaciones o la violencia sexual contra las mujeres, ya que estos actos afectan no sólo a su integridad física sino también mental, con la condición de que los mismos fuesen cometidos con la intención de destruir a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”, afirma que “Estas conclusiones, nos permiten subrayar la importancia de las aportaciones del TPIR a la definición del

Con lo anterior se advierte la perspectiva de se vaya produciendo nuevos conceptos jurídicos, cultivados a la luz del pensamiento fluido entre los institutos jurídicos de los diversos países del mundo, que en su día van a posibilitar soluciones que aún no han sido pensadas y tampoco podrían cuadrarse en los espacios en que están circunscritos el Derecho penal clásico y el Derecho internacional público.

Por lo que entendemos, esa labor culminará por desvelar al mundo una nueva generación de juristas, que por la circunstancia de encontrarse menos atados a los dogmas y prejuicios de cada rama jurídica en particular, posiblemente sentarán firmes pilares en la base que habrá de asentarse la Corte Penal internacional, atribuyendo verdadero carácter *permanente* a la jurisdicción universal que aún en estos días no es más que un gran proyecto jurídico de la humanidad.

XI. CONCLUSIÓN.

Como el lector por cierto habrá se dado cuenta, con este trabajo hemos querido diseñar un breve panorama de los recientes avances del Derecho Internacional Penal, teniendo en cuenta la relativa escasez de material al respecto en los manuales tradicionales de Derecho Penal, lo que seguramente dificulta la comprensión del alcance y validez de los principios tradicionales relativos a la vigencia de la ley penal en el espacio.

Con todo lo dicho, destacamos las consecuencias que consideramos más relevantes del perfil universalista de la cultura jurídica del nuevo milenio con relación a las reglas de vigencia de la ley en el espacio: 1) el principio de territorialidad, anclado en un concepto de soberanía que se encuentra bastante relativizado, deja de ser el único eje en torno al cual gravita la jurisdicción penal de cada Estado; 2) la nacionalidad del agente del crimen, o de la víctima, ya no son criterios determinantes en la determinación de la competencia penal en el Derecho Penal interno, a medida que tratándose de crímenes “internacionales” crece la tendencia a la adopción del principio de *justicia universal* entre los miembros de la comunidad internacional; 3) la adopción del principio de *justicia universal* probablemente va a crear serios embarazos en las relaciones bilaterales - como demuestra el “Caso Pinochet” -, partiendo de que los Estados tienden a reservarse considerable parcela de su soberanía; los conflictos resultantes puede que fortalezcan la idea de creación de tribunales penales internacionales con capacidad para juzgar también los crímenes internacionales “*transnacionales*” o “*transfronterizos*”; 4) el carácter complementario de la jurisdicción internacional debe intensificar la introducción en las legislaciones internas de los tipos penales que protegen bienes jurídicos compartidos por la comunidad internacional, con el propósito de conservación de la preferencia en el ejercicio de la jurisdicción propia de cada Estado; 5) la distribución de la justicia por mecanismos de jurisdicción universal implicará la formación de un Derecho Penal mundial más uniforme, como consecuencia del mayor contacto entre los dos grandes sistemas jurídicos del planeta (“Civil Law” y “Common Law”); y, 6) la *justicia universal* va a provocar el surgimiento de nuevos institutos de derecho penal y procesal penal (los últimos, en especial, como resultado de la correspondiente intensificación de la cooperación internacional en materia penal).

crimen de genocidio, precedente que será indudablemente de obligada referencia no sólo en la labor encomendada al TPIR y al TPIY sino para cualquier jurisdicción internacional o interna que se encuentre en la tesitura de interpretar y aplicar a un caso concreto el crimen de genocidio”. En realidad, como ha puesto de relieve QUEL LÓPEZ, F. Javier, en el “Prólogo” de “*Creación de una jurisdicción penal internacional...*”, ob. cit., pág. 10, los Tribunales penales internacionales “ad hoc” están conformado una práctica procesal y una jurisprudencia “no muy abundante”, aunque “cualitativamente esencial”. La morosidad y la complejidad de los procedimientos que se llevan a cabo en los tribunales para la Ex-Yugoslavia y Ruanda, hace que sean pocas las sentencias dictadas por sendos tribunales (hasta mayo de 2000, del TPIY sólo habían dimanado tres con carácter definitivo). NIETO-NAVIA, R., juez del TPIY, “Problemas actuales de la justicia penal internacional”, 22 de mayo de 2000, *Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional*, da como ejemplo el proceso de Dusko Tadic, que tardó un año y once días hasta la sentencia y dos años y seis meses en fase de apelación. Según NIETO-NAVIA, entre los motivos que justifican la morosidad del procesamiento, están el elevado número de testigos que se debe oír en cada caso y el tiempo que exige el trabajo de traducción del harto material que les corresponde (los traductores trabajan en grupos de dos, alternándose a cada tres horas; la producción individual es de siete hojas al día); muchos de los informes tienen más de veinte mil páginas.

Es evidente que cada una de esas consecuencias, aquí referidas con extrema sencillez, reclaman consideraciones mucho más profundizadas y están, por cierto, sometidas a la crítica de los expertos en el estudio del tema.

Sea como fuere, nos quedaremos satisfechos si con el texto logramos componer un cuadro temático en el que sea posible mirar los principales elementos que deberán alimentar las discusiones que en los próximos años se irán trabar con respecto al tema del ámbito espacial de la ley penal.

Por fin, cabe destacar la afortunada noticia de que nada ya son diecinueve los Estados americanos que han ratificado el Tratado de Roma¹²⁰, incluso Brasil, enseñando a la comunidad internacional una firme determinación de ajustarse cada vez más a los contornos de los Estados Democráticos de Derecho¹²¹.

Agosto/2004.

¹²⁰ Antigua & Barbuda, 18.7. 2001; Argentina, 8.2. 2001; Barbados, 10.12.2002; Belize, 5.4.2000; Bolivia, 27.6.2002; Brasil, 20.6.2002; Canadá, 7.7.2000; Colombia, 5.8.2002; Costa Rica, 7.6.2001; República Dominicana, 12.2.2001; Ecuador, 5.2.2002; Honduras, 1.7.2002; Panamá, 21.3.2002; Paraguay, 14.5.2001; Perú, 10.11.2001; Granada, 3.12.2002; Trinidad y Tobago, 6.4.1999; Uruguay, 28.6.2002; Venezuela, 7.6.2000.

¹²¹ En el caso de Brasil, dando por cumplida la norma contenida en el artículo 7º del "Acto de las Disposiciones Transitorias" de la Constitución de 1998 ("Brasil propugnará por la formación de un tribunal internacional de los derechos humanos").