

GLOBALIZACIÓN Y CONCEPCIONES DEL DERECHO PENAL*

Emiliano Borja Jiménez

Catedrático acreditado de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Resumen: Los procesos de globalización se han extendido fuera de las fronteras de cada Estado en el ámbito económico, político, cultural y tecnológico. Como en anteriores revoluciones industriales, han impuesto su modelo económico apoyándose en una concreta ideología. La ideología de la globalización se asienta sobre el pensamiento neoliberal de la eficacia tecnocrática y del beneficio. La mundialización ha afectado a la criminalidad, tanto en su extensión como en su estructura y forma de aparición. Para hacer frente a la criminalidad de la globalización, el sistema penal ha tenido que adaptarse a los nuevos tiempos. La ideología de la globalización y sus efectos en el ámbito de la delincuencia, ha influido de forma decisiva en la concepción teórica del Derecho Penal. Esta relación se refleja en la Dogmática Penal, en los modelos funcionalistas, en el Derecho Penal simbólico o en el Derecho Penal del enemigo. La

Recibido: mayo 2009. Aceptado: octubre 2009

* El presente trabajo representa parte de los resultados de mi contribución al Proyecto I+D de la Universidad de Valencia (y otorgado por el Ministerio de Educación y Ciencia), dirigido por el Profesor Dr. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, “La libertad como proyecto de convivencia: fundamentación y crisis” (SEJ 2005-03480).

globalización también ha extendido los valores propios de las democracias occidentales. Y como resultado, ha contribuido a la ideología de la tutela de los derechos humanos en casi todo el Planeta. Su influencia en el sistema penal ha sido decisiva. Se explica así la fuerte tendencia en las últimas décadas a la internacionalización del Derecho Penal y las manifestaciones del Derecho Penal intercultural.

Palabras clave: Globalización, derecho penal, política criminal, derechos humanos.

Abstract: The processes of globalization have spread out of the borders of every State in the economic, political, cultural and technological field. As in previous industrial revolutions, they have imposed their economic model leaning on a certain ideology. The ideology of the globalization leans on the neoliberal thought of the technocratic efficiency and of the benefit. The globalization has had an effect on the criminality, both in its extension and in its structure and form of appearance. The Penal System has had to adapt itself to the new time to face up to the criminality. The ideology of the globalization and its effects in the field of the delinquency has influenced the theoretical conception of the Criminal law decisively. This relation is reflected in the Criminal Legal Dogmatic, in the functionalist models, in the Symbolic Criminal Law or in the Enemy Criminal Law. The globalization has also extended the own values of the western democracies. And as result, it has contributed to the ideology of the guardianship of the human rights in almost the whole Planet. Its influence in the penal system has been decisive. It explains the strong trend to the internationalization of the Criminal law and the manifestations of the intercultural Criminal law experimented in the last decades.

Keywords: Globalization. Criminal Law. Criminal Policy. Human Rights.

I. Introducción

En las últimas décadas prácticamente todos los países de la comunidad internacional se están viendo afectados por el denominado fenómeno de la globalización. Es un proceso, un concepto o una realidad que todos los ciudadanos tenemos en mente y nos hacemos una idea más o menos aproximada de su contenido y significado. Sin embargo, la mayoría de los especialistas sobre esta temática han manifestado la gran dificultad que implica la

elaboración de una definición que abarque todas las repercusiones de dicho fenómeno y su semántica, siempre compleja y difusa.

No obstante, cualquier estudioso de las ciencias sociales es consciente de que nos encontramos ante una nueva era en la que, en diversos espacios geopolíticos del Planeta, los procesos de desarrollo económico, político, social, cultural y tecnológico, así como sus correspondientes crisis y conflictos, se extienden cada vez más fuera de las fronteras de los Estados y de las comunidades en los que se originan. Dichas repercusiones, que duda cabe, afectan también al ámbito de la criminalidad, que se propaga como un fenómeno más de la mundialización económica. Los Estados y sus correspondientes poderes públicos se ven obligados a reaccionar frente a estas nuevas situaciones de inseguridad ciudadana, reformando las leyes penales, tanto nacionales como internacionales, transformándose así paulatinamente los respectivos ordenamientos punitivos¹.

De esta manera, para poder hacer frente a estas nuevas formas y modos de aparición del delito, el sistema penal va evolucionando en sus normas, en sus principios orientadores y en sus instituciones fundamentales. La disciplina que estudia, interpreta y sistematiza las normas, los principios y las instituciones punitivas, el Derecho Penal, también observa su objeto de investigación bajo otros parámetros y va modificando sus bases metodológicas tradicionales.

1 Señala SILVA, y con razón, que el fenómeno de la globalización económica no sólo ha sido relevante en el marco de la extensión y proliferación de la criminalidad organizada, sino en grandes ámbitos del sistema penal. Las causas directamente relacionadas con la mundialización estarían generadas por efectos propios de la misma, como el incremento de bolsas de pobreza en las sociedades occidentales, el aumento de los flujos migratorios que determinan una creciente conformación de estas sociedades como comunidades multiculturales, así como la globalización de las comunicaciones, que a su vez propicia la globalización de la cultura y de la política. SILVA SANCHEZ, J.-M. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades occidentales*. 2ª Edic. Madrid, 2001; págs. 103 y ss.

En el presente trabajo pretendo exponer, en una primera aproximación, las variaciones metodológicas más importantes que están aconteciendo en el Derecho Penal como consecuencia directa del fenómeno de la globalización. El análisis se desarrollará, de forma explícita o implícita, bajo los parámetros de una triple dimensión. En un primer plano, se atenderá al hecho social propio de la mundialización que genera o modifica un determinado y nuevo fenómeno delictivo o una nueva manifestación de una forma de criminalidad tradicional. En un segundo plano, se observará la incidencia del hecho social en la reforma de la ley del correspondiente sistema penal. Y, finalmente, en un tercer plano, se ha de establecer la relación entre estos cambios y las nuevas orientaciones que aparecen en las últimas propuestas metodológicas (producto de nuevos principios e instituciones) del Derecho Penal de la era de la globalización. Este desarrollo se expondrá siempre bajo el contexto de las relaciones entre la respectiva revolución industrial, el fundamento ideológico que se proyecta en la evolución del Estado y su manifestación en el sistema penal. De ahí que en los apartados iniciales se tomen como ejemplos la primera revolución industrial y el nacimiento del Estado liberal o la segunda revolución industrial y su desarrollo en el Estado intervencionista.

También hay que destacar que la perspectiva metodológica del Derecho Penal de la globalización tiene que tomar en consideración tanto el prisma de los movimientos y procesos que fundamentan y marchan con el viento favorable de dicha globalización, como aquellos otros que la niegan y se enfrentan a estos procesos y fenómenos, especialmente a sus fundamentos económicos, ideológicos y culturales.

Un primer ejemplo que explicaría esta propuesta metodológica, vendría plasmado en la entrada en escena del Derecho Penal intercultural como consecuencia inmediata de la mundialización, que obedece a una directa implicación de la homogeneización de ciertas pautas de convivencia y a una universalización de los derechos humanos. Pero también la aparición (en el sentido de puesta a la luz de lo que estaba escondido) y reconocimiento

(desde finales de los años ochenta del siglo pasado) de los ornamentos punitivos originarios de las comunidades indígenas de diversas zonas del Planeta, especialmente de Latinoamérica, viene a ser consecuencia de la reacción de estos pueblos frente a los procesos culturales globales que imponen la cosmovisión occidental de forma universal, y que les llevan, en contraposición a ello, a una afirmación más fuerte de su cultura, tradición y derecho propio.

Para finalizar esta introducción, no me resisto a diseñar, aunque sea de forma provisional, el significado esencial del término *globalización*². Claro, que es difícil definir este vocablo con tantas referencias y connotaciones semánticas. Sin embargo, ahora tan sólo pretendo apuntar algunos rasgos para explicar cómo el proceso de mundialización de la economía está influyendo en la homogeneización de las instituciones jurídicas, y por supuesto, también de las jurídico-penales³.

Con el término *globalización* se quiere proporcionar una explicación de la realidad de la vida social y de la vida de los individuos desde una perspectiva planetaria, en un mundo sin fronteras; por un lado, interdependiente e intercomunicado (a pesar de las distancias), y a su vez; por otro lado, independiente de la pertenencia a los pueblos, a las etnias o a las culturas de

-
- 2 Una buena prueba de las dificultades de la determinación del concepto de *globalización*, con sus repercusiones en el marco del Derecho Penal, puede encontrarse en el trabajo de HILGENDORF, Eric: *Nationales oder transnacionales Strafrecht? Europäisches Strafrecht, Völkerstrafrecht und Weltrechtsgrundsatz im Zeitalter der Globalisierung* en DREIER, Horst/ FORKEL, Hans/ KLAUS, Laubenthal (Coords.): *Raum und Recht. Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät*. Berlin, 2002; págs. 333-356, 338 y 339.
 - 3 Tomo ahora en consideración las reflexiones que ya apunté en otros trabajos. Así, BORJA JIMÉNEZ, E.: *Curso de Política Criminal*. Valencia, 2003; págs. 300 y ss. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre la universalidad del sistema penal y sus planteamientos metodológicos* en “Constitución, derechos fundamentales y sistema penal”. Escritos jurídicos en honor al Profesor Tomás Salvador VIVES ANTÓN. Valencia, 2009; en prensa.

cada uno de los operadores en el sistema económico, político o social⁴.

El proceso afecta a todos los ámbitos de la vida humana, considerada individual o colectivamente, pero se expresa específicamente en tres relevantes manifestaciones⁵.

-
- 4 En esta definición, tomo en consideración las reflexiones conceptuales aportadas por autores como BECK, GIDDENS, y, sobre todo, CAPELLA HERNÁNDEZ en relación con las obras que cito a continuación. Las fuentes bibliográficas sobre el fenómeno de la globalización son inagotables. Tan sólo citaré algunas obras clásicas, y de gran relevancia, en su última edición. BECK, Ulrich: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona, 2008. GIDDENS, Anthony: *Consecuencias de la modernidad*. Madrid, 2004. HABERMAS, Jürgen: *La inclusión del otro*. Barcelona, 2008. INGLEHART, Ronald: *Modernización y postmodernización*. Madrid, 2001. WALLERSTEIN, Immanuel: *One World, Many Worlds*. New York, 1988. Sobre las repercusiones de la globalización en el ámbito jurídico: CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (Coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. /MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. /DIEGO DÍAZ SANTOS, M. R. (Coords.): *El derecho penal ante la globalización*. Madrid, 2002. TWINING, William: *Derecho y globalización*. Bogotá, 2003. LOSANO, Mario G./MUÑOZ CONDE, F. (Coords.): *El derecho ante la globalización y el terrorismo: cedant arma togae*. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003. Valencia, 2004. AYUSO, Miguel: *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*. Madrid, 2005. CANCIO MELIÁ, M. (Dir.): *Globalización y derecho*. Madrid, 2006. CUERDA RIEZU, A. (Dir.)/ROPERO CARRASCO, J. (Coord.): *Actas del II Encuentro de derecho y globalización*. Madrid, 2006. ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*. Bogotá, 2006. DOMINGO, Rafael/SANTIVÁÑEZ, Martín/CAICEDO, Aparicio (Coords.): *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*. Pamplona, 2006. GONZÁLEZ VIADA, N.: *Derecho Penal y globalización. Cooperación penal internacional*. Madrid, 2009.
- 5 Se ha puesto de manifiesto, que el aumento vertiginoso de las relaciones externas y de la apertura no necesariamente significa globalización. Dichas relaciones externas y apertura, o el proceso que conduce a las mismas, deben ser altamente significativas, susceptibles de alcanzar a todo el Planeta, o encaminado hacia ello. Así, MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, A.: *Aspectos más relevantes de la globalización económica en BARAÑANO CID, M. (Dir.): La globalización económica, Incidencia en las relaciones*

Así, en primer lugar, la *globalización económica*, que pondría el acento en un mundo sin fronteras, sin aranceles, sin límites en el intercambio de mercancías y servicios. Resaltaría aquí especialmente tres aspectos de gran importancia. Uno, el fenómeno de nuevas formas de organización de las empresas multinacionales o transnacionales, así como la gran relevancia de su protagonismo en el mercado mundial. Dos, la multiplicación exponencial de las operaciones económico-financieras en todo el planeta y la corta duración de su realización, hasta límites vertiginosos, en el ámbito temporal. Y tres, la interdependencia cada vez más acusada de las economías de los respectivos países en relación con otros Estados u organizaciones internacionales, que no permite un extenso margen de maniobra y autonomía en su dirección y gestión⁶.

sociales y económicas. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2002; págs. 69 y ss. 73 y 74. En relación con el concepto de globalización en las ciencias sociales, y su significado para el Derecho Penal y la Política Criminal, PRITTWITZ, Cornelius: *Skizzen zu Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung* en, C. PRITTWITZ, Cornelius/ MANOLEDAKIS, Ioannis (Coord.): *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*. Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999, 2000; págs. 163-175, 166 y ss. En este mismo sentido, TOMUSCHAT, Christian: *Möglichkeiten und Grenzen der Globalisierung* en SCHWARZE, Jürgen (Coord.): *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts*. Band 1. Beiträge zum Öffentlichen Recht, Europarecht, Arbeits- und Sozialrecht und Strafrecht. Tübingen, 2008; págs. 21 y ss. Para este autor, y otros muchos, el análisis del fenómeno de la globalización debe abarcar tanto los procesos que explican el examen supranacional de la realidad, como el resultado de los mismos. De tal forma que, por ejemplo, la perturbación mundial del medio ambiente representaría uno de los aspectos más relevantes de este fenómeno (págs. 23 y ss.).

- 6 BORJA JIMÉNEZ.: *Curso de Política Criminal*,, cit.; pág. 301: “En el plano económico, las transacciones se multiplican y se perfeccionan en tiempo real, pues el teléfono, el fax, el correo electrónico y otros similares acercan a las partes del negocio, por muy alejadas que se encuentren. Al multiplicarse el número de operaciones, se generan más posibilidades de beneficios, y se crean y desaparecen con gran frecuencia empresas y todo tipo de operadores económicos. Esto determina que el sector financiero vaya adquiriendo con el tiempo mayor notoriedad, y que el sistema bursátil cimiente los pilares de las economías de los países de la órbita occidental. Es más, esa inmediatez en la obtención de la información y en la respuesta

En segundo lugar, se habla de *globalización política*, y destacaría aquí dos aspectos fundamentales. De una parte, las nuevas realidades que afectan a la pérdida de la soberanía del Estado debido a dos razones de peso: por la influencia de las empresas transnacionales y por el sometimiento cada vez más fuerte a las organizaciones supraestatales de todo orden (Unión Europea, OTAN, Fondo Monetario Internacional, etc.). De otra parte, habría que destacar la pérdida de espacio político de las ideologías tradicionales de la derecha y de la izquierda⁷.

En tercer lugar, también destaca *la globalización de las comunicaciones*, merced al tremendo auge e impacto en la vida real de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, las cuales permiten los intercambios de toda índole en el amplio mundo, de forma vertiginosa (prácticamente en tiempo real) y en cuantía casi ilimitada⁸.

a los mensajes de los correspondientes interlocutores, establece que vayan borrándose con mayor frecuencia las fronteras nacionales. Se puede decir así que la bolsa de Madrid se encuentra en un alto grado de dependencia respecto de la de Nueva York o la de Tokio. Las políticas económicas, por tanto, son cada vez menos autónomas en manos de los correspondientes gobernantes, y dependen cada vez más de la coyuntura internacional, de las directrices de organizaciones como el Fondo Monetario Internacional o, en nuestro caso, de las instituciones comunitarias de la Unión Europea”.

7 BORJA JIMÉNEZ, E.: *Curso de Política Criminal...* cit.; págs. 301 y 302: “Uno de los puntos fundamentales que tradicionalmente ha dividido a la derecha de la izquierda política ha sido el modelo económico propugnado en los planos teórico y práctico (liberal de economía de mercado, en el primer caso; intervencionista en el segundo). Con la internacionalización de la economía, y también con la fuerte implantación de las multinacionales en los centros de poder de decisión, los gobiernos conservadores y progresistas cuentan con un menor margen de maniobra. Las fórmulas económicas empleadas cada vez son más parecidas. Y esto conduce a su vez, a que se fortalezca el mensaje que pone el acento en las directrices de carácter técnico, que impiden un discurso sobre las posibilidades de un cambio orientado políticamente. El Banco Central Europeo, el FMI y otras instituciones ordenan una determinada forma de gestionar los gastos y los ingresos de los Estados, y las fórmulas propuestas vienen determinadas por criterios “científicos”, indiscutibles para el profano... ..De ello se deduce que la nueva ideología del Estado del Siglo XXI vaya siendo más homogénea...”.

8 Bill Gates, el magnate propietario de la todopoderosa Microsoft Corporation, dijo hace unos años (GATES, Bill/MYHRVOLD, Nathan (Colab.)/RINEAR-

II. Revolución industrial, evolución del estado y sistema penal

La mundialización ha llegado, como no podía ser de otra forma, al ámbito de la criminalidad, y la delincuencia organizada se ha desarrollado estructuralmente con modernos criterios empresariales, adoptando en muchos casos formas de gestión, de implantación y extensión en los diferentes Estados muy similar a las técnicas empleadas por las mismas multinacionales⁹. Es por ello que se ha querido otorgar, de igual forma, una respuesta global frente a las nuevas formas de manifestación de ciertos sectores de la criminalidad. Y de nuevo se van creando y generalizando instituciones punitivas que traspasan las fronteras de los Estados, en un proceso de mutua influencia de los sistemas penales nacionales entre sí y a su vez en relación con ordenamientos jurídicos supranacionales¹⁰.

SON, Peter (Colab.): *Camino al futuro*. Madrid, 1995): “Llegará un día, no muy lejano, en que seremos capaces de dirigir negocios, de estudiar y explorar el mundo y sus culturas, de hacer surgir algún gran entretenimiento, hacer amigos, asistir a mercados locales, enseñar fotografías a parientes lejanos sin abandonar nuestra mesa de trabajo o nuestro sillón... No abandonaremos nuestra conexión a la red ni nos la dejaremos en la oficina o en el aula... Esta red será algo más que un objeto que portamos o un dispositivo que comparamos... Será nuestro pasaporte para un modo de vida nuevo y mediático”. Esta profecía es hoy una realidad y constituye una muestra más de la relevancia de la revolución tecnológica en nuestra sociedad actual. En este sentido, cabe señalar las precisiones ya apuntadas hace unos años por DE ALFONSO LASO y BAÓN RAMÍREZ en Cuadernos de Derecho Judicial, X y XI. Al respecto, BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal...* cit.; págs. 299 y ss.

- 9 Algunas aportaciones en ese sentido se pueden encontrar en el trabajo de KAISER, Günther: *Strafrechtliche Sozialkontrolle unter den Bedingungen der Globalisierung* Festschrift für Heike JUNG zum 66. Geburtstag. München, 2007; págs. 379-395. Clarificador el trabajo de ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Globalización y crimen organizado*. Conferencia de clausura de la *Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal (AIDP)* pronunciada el 22 de noviembre de 2007 en Guadalajara, Jalisco, México.
- 10 No sólo la extensión supranacional de la criminalidad representa un aspecto negativo de la globalización económica. Para algunos, dicha mundialización no ha traído ningún beneficio para la mayor parte de la humanidad. Así, MAYOR ZARAGOZA, F.: *Globalización (?) y sociedad* en ROBLEDO,

Pero no sólo la delincuencia organizada e internacional está siendo determinante en la creación de instituciones comunes a un sistema penal que se ve obligado a reaccionar frente a ella. También existe una clara relación entre la evolución en la conformación del Estado, las diferentes revoluciones industriales, la implantación de las ideologías y el modelo penal, adjetivo y sustantivo¹¹. Y así, podemos trazar claras proyecciones en las recientes etapas históricas en las que se desarrollan las tres revoluciones industriales.

Sin entrar ahora a profundizar en este punto, tarea que excede con mucho las pretensiones de esta humilde contribución, tan sólo pondré los ejemplos (conocidos por todos) de esta comunicación en las dos primeras revoluciones industriales, y su proyección en el momento actual.

En la Primera Revolución Industrial, es evidente la relación entre la aparición de la industria (en particular, la relevancia de la máquina de vapor y el desarrollo manufacturado del producto), con el pensamiento liberal y la teoría del mercado¹².

Ricardo (Comp.): *Globalización y sociedad*. Salamanca, 2003; págs. 79 y ss., 86. "... Al intentar ver en nuestra sociedad, en nuestra aldea global, qué es lo que se está globalizando, yo sólo he visto globalizarse la pobreza, la exclusión, la guerra y la injusticia... y la prepotencia de algunos países". Algunas concreciones de estos "males de la globalización" se materializan en problemas de paro obrero y precariedad en el empleo, el crecimiento de las desigualdades, la proliferación de múltiples conflictos bélicos, el tráfico de armas, drogas y mujeres, de niños de órganos, de animales, y el incremento incontrolado, en general, de la criminalidad. En este sentido, VIRIOT-BARRIAL, Dominique: *Mondialisation et droit pénal* en, Europe et mondialisation . Aix-en-Provence, 2006; págs. 233-241, 233. Apunta algunos informes que expresan ciertos beneficios de la globalización (sin estar de acuerdo con ellos) GARCÍA RIVAS: *Globalización y justicia penal universal: paralelismos...* cit.; págs. 291 y ss., 293.

- 11 Un esquema explicativo de estas relaciones aparece, como una constante, en la obra de MIR PUIG. Así, una última versión de la proyección del Estado social y democrático de Derecho en el Derecho Penal lo encontramos en la última edición de su tratado. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*. 8ª Edic. Barcelona, 2008; págs. 93 a 96, 104 y ss.
- 12 BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal...* cit.; págs. 54 y 55.

En efecto, el primer pensamiento liberal decimonónico, en su expresión más originaria, aboga por el desarrollo de la libertad personal individual como premisa de todo progreso social. La doctrina liberal postrevolucionaria se oponía a las restricciones de derechos fundamentales como la libertad de expresión y pensamiento, de religión, ambulatoria, etc. Postulaba en favor de un derecho casi absoluto a la propiedad privada y en el ámbito económico mantenía la tesis fundamental de que la riqueza y el progreso de un país pasaba por el mantenimiento de la libertad de mercado sin injerencia ni restricción alguna.

Bajo estos postulados, el Estado cumplía la función de asegurar los derechos y libertades del individuo. Debía velar por la libre competencia, permitiendo y defendiendo el natural impulso de las leyes del mercado. Y tenía que limitar su poder a los estrictos términos de tutelar las condiciones de respeto a estas garantías del ciudadano y evitar todo entorpecimiento externo de las reglas de competencia dentro de ese sistema de mercado. De esta forma, el Estado liberal se caracteriza por la pretensión de organizar la vida social restringiendo al máximo su poder soberano. Queda así vedada toda forma de gobierno que se lleve a cabo de modo arbitrario, injustificado, e ilegítimo. Y este pensamiento se puede resumir en la siguiente idea: al individuo, tanta libertad como sea posible, y tanto Estado como sea necesario.

Seguridad jurídica, participación de la soberanía popular en la determinación de las formas más graves de restricción de la libertad de los ciudadanos por parte del Estado e igualdad de todos los individuos ante la ley, son los fundamentos liberales de uno de los principios político-criminales más importantes del Derecho Penal continental: el principio de legalidad. Nadie podría ser castigado por acciones u omisiones que, en el momento de su comisión, no constituyesen delito sancionado con una pena así definidos por una ley anterior a su perpetración. Qué duda cabe que se creaba de esta forma uno de los cimientos del Derecho Penal de las garantías.

La primacía del individuo frente al Estado, y el gran énfasis que se le otorgó a su libertad, constituyeron los fundamentos

que originaron el lento proceso de implantación del denominado principio de culpabilidad, otro de los axiomas sobre los que se vertebra el armazón teórico del moderno Derecho Penal. Así, la causación de los resultados delictivos que el sujeto no quiso realizar ni pudo evitar, no engendraría responsabilidad penal. Pues si el ordenamiento jurídico actuase en tales casos contra el individuo, la fuerte restricción de sus derechos y bienes que implica la sanción punitiva no estaría justificada por haber actuado en abuso de su libertad, sino por simple retribución, o simple prevención. La responsabilidad objetiva, sin tener en cuenta las condiciones del autor, era un vestigio del Antiguo Régimen que ignoraba el carácter racional y la dignidad de la persona.

Quisiera indicar otra consecuencia del pensamiento liberal que influyó en la elaboración teórica del sistema penal. Y ésta hace referencia al fundamento de la pena. Frente al mero carácter de castigo, a la simple retribución, a la justificación de imponer un mal por haber perpetrado otro, el pensamiento liberal, sobre todo el utilitarista de BENTHAM, dota a la sanción punitiva de una misión real, palpable, que ayude a la sociedad y a las personas a resolver sus problemas. Y es por ello que el Derecho Penal del Estado liberal se caracteriza porque la existencia de la sanción penal se justifica no sólo por la mera retribución del daño causado, sino por la necesidad de prevenir nuevos delitos. Este carácter ecléctico de los fundamentos de la pena estuvo presente en la gran mayoría de los textos punitivos españoles del Siglo XIX.

Otro elemento propio de la legislación penal liberal que quisiera ahora destacar, es la fuerte protección del patrimonio, sancionando duramente los hechos punibles que lo atacan. Evidentemente, es una consecuencia coherente con el planteamiento burgués de la época de otorgar gran relevancia a la propiedad privada y a la economía de mercado.

El Derecho Penal liberal decimonónico, por tanto, viene caracterizado por la protección de las libertades formales y la tutela de bienes jurídicos individuales. Además de lo apuntado, habría que destacar la configuración de las figuras delictivas bajo

la estructura (casi única) de los delitos de acción, el origen de la concepción causal de la acción, la relevancia de las teorías de la relación de causalidad o la ya mencionada síntesis de las teorías retributiva de la pena y las teorías preventivas.

La Segunda Revolución Industrial vino a caracterizarse fundamentalmente por el empleo de la electricidad como base energética de la economía, por la utilización de los sistemas de organización del trabajo en cadena o en serie, y por el frecuente recurso a una fuerte capitalización de las empresas. Esta etapa coincide en gran medida con el nacimiento del Estado intervencionista (que va evolucionando a Estado social tras las dos guerras mundiales)¹³.

Así, tras la Primera Guerra Mundial (1914-1918), las democracias liberales entran en una profunda crisis. La República de Weimar en Alemania, la Tercera República francesa o la Monarquía de los Borbones en España, son ejemplos de la debilidad de los respectivos gobiernos, y su incapacidad para hacer frente a los problemas que iban arrastrándose desde décadas atrás, rodando y formando una gigantesca bola que arrasaría los cimientos, las bases y los principios de estos sistemas políticos que se habían desarrollado en el siglo anterior.

Esta crisis de las democracias liberales en Europa se refleja en ciertos ámbitos que son comunes. Crisis política, que se concretaba en constantes cambios de gobierno. Crisis económica, que se materializó con el desplome de la economía financiera mundial en 1929. Crisis social, que se manifestaba en las grandes desigualdades de clases, en el crecimiento del paro obrero, en la radicalización del enfrentamiento entre la patronal y los sindicatos. Crisis de orden público, que era expresión del terrorismo anarquista y del terrorismo de la derecha más reaccionaria. Crisis de valores, que se exteriorizaba en las fuertes tensiones existentes entre las tendencias laicas y las confesionales. Crisis de identidad, que era el fruto de la pugna entre las ideologías de aspiraciones

13 BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal...* cit.; págs. 58 y 59.

internacionalistas, y las que se inspiraban en un fuerte nacionalismo. Crisis de confianza, en la medida en que la corrupción se generalizaba y nadie creía en los gobernantes...

Ante esta situación nacen ideologías y tendencias políticas, de muy distinto signo, que tienen en común la concepción de la necesidad de la intervención directa del Estado en todos los ámbitos de la vida social para solucionar los problemas que poco a poco enterraban al liberalismo. Estas tendencias son de carácter autoritario o incluso totalitario. Baste recordar la Unión Soviética comunista, el nacimiento del fascismo italiano de Benito Mussolini, el nacionalsocialismo alemán de Adolf Hitler, el autoritarismo español del General Primo de Rivera, la dictadura paternalista de Salazar en Portugal o los gobiernos dictatoriales que se impusieron durante los años veinte y treinta en Bulgaria, Grecia y Polonia, entre otros. Con ello quiero resaltar que, fuera de las tendencias extremistas, en el mismo arco parlamentario de los que defendían un sistema democrático, fuese conservador o progresista, se dejó notar la influencia de aquellas ideologías radicales.

Nace así una nueva concepción del Estado: El Estado intervencionista. Y si el Estado liberal se caracteriza por la pretensión de respeto a las libertades fundamentales del ciudadano reconocidas formalmente por la ley, al Estado intervencionista le interesa más la conquista de las condiciones mínimas de subsistencia material, moral y cultural de los individuos para que su libertad pueda ser real y efectiva. El Estado intervencionista se concibe así como Estado social. Y se constituye, no ya como un mero espectador y policía guardián del *status quo* integrado por la tutela formal de los derechos humanos y de la libertad de mercado, sino como un auténtico agente que coadyuva eficazmente al progreso de la comunidad. El Estado social, por tanto, pretende limar las diferencias sociales entre los individuos y los grupos que éstos integran, para alcanzar la paz social, para conseguir la coexistencia en armonía y libertad de los ciudadanos integrantes de la sociedad civil. Se entiende que sin igualdad, sin justicia social, no es posible el disfrute de las libertades y de los derechos de aquéllos que no están en condiciones de ejercerlos por falta

de recursos económicos o culturales. Y tampoco se puede llegar a conseguir una convivencia en paz y en libertad si capas enteras de la población no llegan a adquirir los bienes mínimos que le garantizan el poder mantener su propia dignidad humana. Por ello se considera necesaria su intervención en los campos de la economía, de la educación, de la sanidad, de la asistencia social, de la cultura, etc.

Dicho Estado social se desarrolla en los modelos ideológicos de las socialdemocracias (con gran relevancia de los derechos sociales), proyectándose estas corrientes en una concreta política criminal e influyendo de forma decisiva en la transformación del sistema penal.

La política criminal del Estado intervencionista se distinguirá en algunos aspectos de la que ha plasmado el Estado liberal conforme a su ideario. También se podrán advertir algunas diferencias (resalto sólo las más relevantes) en la propia configuración del sistema penal.

En este orden de cosas, una consecuencia político-criminal propia del Estado social, esta relacionada, desde mi punto de vista, con la aparición de los delitos de omisión. En efecto, en la sociedad liberal, cada individuo goza de absoluta libertad dentro de los límites que marca la ley. Se le permite hacer todo aquello que la ley no proscribiera, y el castigo aparece cuando con su *acción* viola lo prohibido. Pero fuera del campo delimitado por aquello que está vedado, la ley penal no le obliga a nada, en la medida en que ésta sólo regula las conductas externas de los ciudadanos que vulneran, mediante el hacer positivo, la correspondiente prohibición.

En el Estado social, en cambio, los poderes públicos son agentes del desarrollo social, y necesitan en muchos casos de la colaboración de la ciudadanía para cumplir los fines que se le han asignado. De esta manera, todo el desarrollo de la actividad pública en favor del interés general (política sanitaria, educativa, científica, penitenciaria, por ejemplo), requiere muchos recursos económicos, y al ciudadano se le *impone la obligación* de

contribuir al sostenimiento de las cargas del fisco. El Estado social, por tanto, restringe la libertad de los ciudadanos porque, frente a una concepción liberal, ya no sólo le dice al administrado “actúa como quieras, pero no dirijas tu conducta contra lo que la ley te ha prohibido”, sino que le exige algo más, una conducta positiva en favor de ciertos intereses individuales o colectivos. Por ello, propio de la política criminal del Estado social es también la creación de los delitos de omisión. Es decir, dado que al sujeto ya se le impone ahora que realice un determinado comportamiento, si éste no se lleva a cabo, por omitir lo que se le exige, también infringe la ley en la medida en que existe una norma previa que le obliga a actuar.

Con la evolución del Estado social se incrementa la tipificación de los denominados delitos de omisión pura. Se establecen deberes generales de solidaridad con aquellos que se hallan en situaciones de peligro manifiesto y grave, de tal forma que quien no presta la ayuda requerida también perpetra un delito de omisión propia (el denominado delito de omisión del deber de socorro). Del mismo modo, si el Estado crea un deber general (dirigido a toda la ciudadanía) de colaboración con los poderes públicos para perseguir, evitar y denunciar la comisión de hechos criminales, aquellos que no combaten o denuncian lo que han presenciado, son responsables, también por omisión pura, de un delito contra la administración de justicia. Si el erario necesita recursos económicos para poder financiar la gestión de los asuntos de gobierno de la vida social, atribuirán a la ciudadanía una obligación de contribuir económicamente, a través de un sistema impositivo, para sufragar los gastos propios de su actividad pública. La negación de esta obligación de contribución económica podrá constituir también un delito de omisión contra la hacienda pública.

La concepción del Estado como Estado social implica otorgarle una función político-criminal a la pena: la prevención de delitos. La criminalidad se contempla como problema social y el poder público está comprometido a resolver los conflictos que afectan al interés general para propiciar el desarrollo y el progreso de la comunidad. Bajo esta perspectiva, la pena es concebida como

uno más de los instrumentos de la política social encaminada a la prevención de los delitos, para así lograr un mayor bienestar de la ciudadanía.

Existen, claro está, otros muchos aspectos relevantes de la percepción de la política criminal propia del Estado social y de su sistema penal, Queda por apuntar que va a adquirir importancia la tutela de los bienes jurídicos colectivos, se va a desarrollar una concepción material de la antijuridicidad, y se implantarán con fuerza las teorías normativas de la culpabilidad.

III. Tercera revolución industrial, globalización y nuevas formas de la criminalidad actual

De igual forma, también en la era de la globalización se observa esa vinculación entre la Tercera Revolución Industrial, el proyecto ideológico del neoliberalismo y el nuevo Estado¹⁴.

La Revolución Industrial transformó el modelo económico y el modelo social de su tiempo. El concepto de riqueza del sistema feudal venía impuesto por la titularidad de la tierra, y la población se estructuraba bajo las condiciones del entorno agrario. Con la Primera Revolución Industrial, ese concepto de riqueza sufre una notable variación, ahora viene fijado por la propiedad de los medios de producción. La industria desplaza a la agricultura como presupuesto fundamental del sistema económico y las grandes ciudades van ganando terreno a las áreas rústicas, constituyéndose en los núcleos de población más relevantes. La Segunda Revolución Industrial, tal y como hemos visto en el apartado anterior, se desarrolla desde la etapa previa a la Segunda Guerra Mundial hasta las dos o tres últimas décadas del Siglo XX, confluyendo paralelamente en el tiempo con la nueva revolución tecnológica.

Así es, a partir de la Segunda Guerra Mundial, va originándose esa otra revolución, la revolución tecnológica y de las

14 BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal....* cit.: pág. 300.

comunicaciones. En este momento nos encontramos en pleno proceso de cambio, nos dirigimos hacia un nuevo modelo social, de tal forma que todavía es pronto para llevar a cabo una completa evaluación de las consecuencias de esta transformación.

Se ha dicho, y con razón, que más de la mitad de los productos que consume actualmente la humanidad eran desconocidos antes de la Segunda Guerra Mundial. La investigación científica avanza vertiginosamente, de tal forma que es difícil tomar conciencia hoy en día de los nuevos inventos, de los nuevos descubrimientos, de los nuevos avances. Ahora ya no es más rico el que más tierras posee, ni el que es titular de más talleres o fábricas... Es más poderoso quien más información puede manejar. El sistema de comunicaciones ha experimentado (merced a la aparición de medios como la radio, la televisión, el teléfono y el ordenador) semejante progreso, que ha afectado notablemente a la vida particular de cada uno de los ciudadanos, y a todas las estructuras sociales e institucionales. Ahora el poder de los países, por tanto, se mide atendiendo al nivel de desarrollo en el marco de la investigación tecnológica y de su sistema de comunicaciones. Sin duda, esta situación ha provocado a su vez una notable transformación de la propia estructura económica e ideológica del nuevo Estado.

Esa Tercera Revolución Industrial viene caracterizada, de forma general, por aspectos reflejados en el desarrollo vertiginoso de las nuevas tecnologías que dan origen o son consecuencia de los nuevos procesos económicos¹⁵. Desde las dos últimas

15 Tomamos estos y otros datos del gran trabajo de CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R.: *Estado y Derecho ante la mundialización. Aspectos y problemáticas generales* en CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (Coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización...* cit.: págs.83 y ss. En relación con los rasgos de la Tercera Revolución Industrial, señala el autor: “La tercera revolución industrial consiste esencialmente en el empleo de nuevos materiales de origen químico y bioquímico, en la introducción generalizada de la informática, en la producción y en el consumo privado, y, sobre todo, en la adopción de nuevas formas organizativas para desarrollar los procesos productivos y de comercialización” (págs. 92-93).

décadas del siglo pasado, se ha extendido produciendo nuevos bienes materiales e inmateriales y creando nuevos sistemas de organización del trabajo. Para ello ha sido necesario que se potencien las modernas fuentes e instituciones de financiación que posibilitan el incremento cuantitativo y el poder cualitativo de las multinacionales como los agentes más relevantes del sistema económico y político.

Estos procesos económicos imponen la ideología de la eficiencia, que mide todo bajo los parámetros ingresos, costes y beneficios en la sociedad mundial del mercado. Y de este modo, se hace más difícil distinguir los mensajes de la derecha y de la izquierda. Los grandes partidos políticos se acercan paulatinamente al centro. Esa nueva ideología está teñida, como todo lo que atañe a los tiempos en que se desarrolla, de argumentos tecnológicos, de argumentos trasladados del laboratorio de los científicos. Es la ideología “cientifista”, dominada por los técnicos, que conocen el lenguaje y los métodos de gestión del Estado, incomprensibles para los ciudadanos normales, y, por ello, sustraídos de cualquier discurso crítico. De esta forma, los mensajes políticos son menos utópicos, y están más influidos por criterios macroeconómicos, por propuestas de soluciones rápidas y eficaces, por la coyuntura de la práctica. La política se convierte así en administración y gestión de los asuntos públicos en materia de cuestiones complejas, sin una base ideológica “fuerte”, como era la imperante durante el primer tercio del siglo pasado¹⁶. La política estatal se va asemejando a la forma de dirección de una gran empresa¹⁷.

De este modo, el Estado neoliberal queda sometido a las nuevas tendencias, desvinculado de los proyectos políticos tradicionales, conservadores o progresistas, y viendo limitada su

16 De hecho, un efecto propio del proceso de globalización es la tendencia a la desregularización de la normativa estatal en relación con la actividad empresarial y el sometimiento a reglamentaciones supranacionales. TOMUSCHAT, Christian: *Möglichkeiten und Grenzen der Globalisierung...* cit.; págs. 28 y ss.

17 BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal...* cit.; pág. 301. Al respecto, *vid supra* nota 3 y texto de referencia.

soberanía por el poder de las transnacionales o por el de las organizaciones internacionales de las que forma parte e integra¹⁸.

Estas transformaciones económicas, sociales y culturales, han generado nuevos comportamientos y nuevas formas de entender la vida. Una de esas conductas humanas, la más desvalorada, el delito, ha sufrido en estos ámbitos cierta metamorfosis acorde con estos procesos de globalización¹⁹. Sin embargo, antes de entrar en las concretas repercusiones que afectan al sistema penal, es conveniente tener presente, aunque tan sólo sea de forma descriptiva, algunas de estas nuevas realidades criminales²⁰.

18 Aunque la cita sea larga, no me resisto a señalar unos párrafos muy clarificadores de la idea que se señala en el texto: “La *teoría* política tradicional entra en crisis y pierde capacidad explicativa por limitarse a contemplar los poderes estatales sin admitir que encuentran limitaciones externas en ciertos ámbitos de su actuación. Estos límites son impuestos por la concentración y la transnacionalización del poder económico, en el pasado enormemente fragmentario. La mundialización subvierte el mercado *nacional*, uno de los fundamentos del poder del Estado-Nación... ..El poder *político* ha modificado su estructura profunda con la mundialización; por vez primera desde el nacimiento de la modernidad no puede ser descrito en términos de soberanía y legitimidad simples. El *campo de poder* contemporáneo parece constituido por la interrelación de un *soberano privado supra-estatal difuso* y —puesto que se mantiene la base territorial de localización del poder para determinadas funciones— un “*Estado Abierto*” o unas “*asociaciones estatales*” (como puede ser la Unión Europea, en el ámbito económico, la OTAN, en el ámbito militar) *permeables, abiertas o porosas*”. CAPPELLA HERNÁNDEZ: *Estado y Derecho ante la mundialización...* cit.; pág. 105.

19 Para algunos autores, la delincuencia propia de la globalización puede concretarse en los ámbitos de la criminalidad organizada (con sus especificaciones en materia de tráfico de drogas, lavado de capitales, sustracción de automóviles, prostitución y trata de seres humanos), en hechos que se generalizan o potencian con la globalización (delitos contra el medio ambiente, socio-económicos, corrupción y estafa de subvenciones, entre otros) y, finalmente, aquellas infracciones punibles que están relacionadas con las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, como los delitos informáticos. Al respecto, PRITTWITZ: *Skizzen zu Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung...* cit.; pág. 171.

20 De nuevo voy a tomar en consideración algunas ideas, que actualizo ahora, expresadas hace algunos años. BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal...* cit.; págs. 306 y ss.

Hay que señalar, en primer lugar, que en estos nuevos mecanismos de procesamiento de información y de comunicación, siguen subsistiendo ciertas conductas delictivas clásicas, la gran mayoría. Los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas, por ejemplo, siguen perpetrándose en ámbitos como los cajeros automáticos de bancos y cajas de ahorro. Aquí las particularidades más relevantes han consistido en el empleo de tecnologías muy sofisticadas (clonación de tarjetas de crédito o débito, utilización de cámaras para descubrir el número personal de la clave para acceder a los fondos de la cuenta de la víctima, etc.) para apropiarse del patrimonio ajeno. Otros delitos patrimoniales clásicos, como la estafa o la apropiación indebida, pueden perpetrarse perfectamente a través de mecanismos fraudulentos utilizados en una red informática. Frecuente es el caso de la oferta de un producto o un servicio, realmente inexistente, a cambio de dinero, o la apropiación de una mayor cantidad de la estipulada a la hora de hacerse el cobro por medio de los datos de una tarjeta de crédito. También son relevantes algunos comportamientos de injerencia que logran realizar un traslado patrimonial ilegítimo. A través de Internet, por ejemplo, logramos introducirnos en una página Web de una compañía aérea, y con unos especiales conocimientos informáticos, emitimos ilícitamente un billete de avión a nuestro favor, sin contraprestación alguna.

En ese ámbito de las modernas tecnologías, se producen nuevos comportamientos que eran impensables, por inexistentes, hace tan sólo treinta años. Así, abrigados por el anonimato que provoca la existencia de millones de vías de comunicación existentes en el espacio cibernético, aparecen determinados sujetos, con grandes conocimientos informáticos, que persiguen introducirse en lugares cuyo acceso les está prohibido, o que deseen destruir costosas bases de información, o romper las barreras de seguridad establecidas por una empresa, organización o Estado. Aparecen así las conductas de los denominados “piratas informáticos” o “saboteadores informáticos”, o simplemente “hackers”, como se les denominó en un principio (hoy en día, sin embargo, se suele distinguir entre la figura del “hacker” y la del “cracker”).

La criminalidad informática en sentido estricto, pues, vendría determinada por estos comportamientos de sabotaje por computación. El rompimiento de las barreras de seguridad, el acceso a datos sensibles de personas e instituciones, el daño provocado a cientos o miles de archivos, la destrucción de bases de datos, de programas son algunas de las conductas que se llevan a cabo, sobre todo, a través de la Red.

Especialmente graves son los supuestos de creación de *virus informáticos*, unos programas que se transmiten a través de Internet, que se extienden como una plaga, destruyendo archivos, documentos, programas y sistemas, hasta tal punto que el número de afectados puede llegar a ser incalculable. También se pueden ocasionar graves trastornos en el funcionamiento de los equipos de computación mediante el bombardeo constante de datos a través de determinadas técnicas muy depuradas.

Uno de los perjuicios patrimoniales más relevantes que se producen en la Red, viene determinado por la facilidad de copiar y reproducir ilegítimamente productos y servicios amparados bajo la tutela de los derechos de propiedad intelectual. Aquí existen varias conductas que, merced a la eficacia de las nuevas tecnologías, pueden provocar un efecto multiplicador de incalculables consecuencias en relación con el número de personas que ilícitamente se benefician de éstas, y en relación con los perjuicios irrogados a los autores de la obra intelectual y a las personas y empresas que coadyuvan de uno u otro modo a su creación. La aparición de las grabadoras de CD y de DVD en relación con la posibilidad de descargas de la Red, ha afectado notablemente a la industria discográfica y filmográfica, que ha visto progresar exponencialmente las conductas de copia y reproducción ilegal a gran escala, con la pérdida económica que ello representa.

Otro de los peligros más relevantes que se derivan de la aparición de las nuevas tecnologías se manifiesta en el ámbito de la intimidad de la persona. Con la capacidad de almacenamiento de datos que ahora presentan los discos duros de los ordenadores, los discos compactos, DVD, discos Zip y otros similares, con una

pequeña inversión en productos informáticos cualquier empresa puede recopilar información de cientos o miles de personas. Y ese tipo de información se almacena, se compra y se vende. No siempre el ciudadano es consciente de la cantidad de noticias sobre su vida, sobre su existencia pasada y presente, sobre su profesión y sobre su familia que están en posesión de terceros, los cuales trafican o pueden traficar con esos datos. Por supuesto, que existe protección legal para que podamos ejercer el derecho a controlar todo ese material que afecta a nuestra vida privada, pero lo cierto es que la sociedad de la información no puede garantizar una tutela siempre eficaz de nuestra esfera de intimidad. Estos problemas se agudizan cuando nos constituimos en usuarios de Internet.

En la sociedad de la mundialización, y con las modernas tecnologías, se aumenta considerablemente el potencial lesivo de otras conductas delictivas conocidas tradicionalmente. Se puede llevar a cabo una campaña de difamación de un honrado ciudadano. Grupos que pretenden incitar al odio, a la violencia y a la discriminación de sujetos diferentes por razón de su origen étnico, nacional o religioso, aprovechan la capacidad de propagación de la Red para crear un caldo de cultivo hostil y peligroso para esos que se manifiestan “distintos”. Se transmiten videos en los que se muestra con pretensión sádica de disfrute del usuario que los contemple, escenas reales de torturas y muertes crueles de personas y animales. Se utilizan a menores de edad para elaborar películas pornográficas, incluyendo en ocasiones escenas sadomasoquistas. Distintos grupos terroristas y bandas armadas de todo el Planeta se transmiten entre sí estrategias e información para llevar a cabo los más sórdidos atentados a la humanidad utilizando distintos portales y mecanismos de comunicación propios de las modernas tecnologías.

Cierto es que estas conductas ya tienen respuesta desde el punto de vista del Derecho Penal sustantivo. El problema del desarrollo de este tipo de criminalidad no reside, por tanto, en una falta de cobertura desde el prisma del Derecho Penal material, sino en otros factores que entrañan grandes dificultades para que pueda ser descubierta, perseguida y castigada.

Evidentemente, en esta humilde contribución no pueden tratarse todos los ámbitos afectados en el nuevo Derecho Penal de la globalización. Es por ello que ahora tan sólo pretendo verter algunas reflexiones en relación con los modelos y las nuevas metodologías que la ciencia jurídico-penal va adoptando a través de diversas concepciones para adaptarse a los nuevos retos que se acaban de exponer en el presente apartado²¹.

IV. Modelos y planteamientos metodológicos del derecho penal de la globalización

Los procesos de globalización económica, política y tecnológica, tal y como se acaba de ver, han provocado una notable transformación en la sociedad y en el Estado. De igual forma, han incidido en la diferente proyección de ciertos sectores de la criminalidad tradicional, y en el origen de nuevos delitos. El sistema penal, como no podía ser de otra forma, ha dado respuesta a todos estos retos y también ha ido evolucionando en las últimas décadas en muchos ámbitos. De todos estos ámbitos, aquí me interesa destacar ahora especialmente la vertiente metodológica reflejada en determinadas concepciones del Derecho Penal. También podría desarrollarse un estudio sobre la influencia de la globalización en alguno de los principios e instituciones fundamentales de la ciencia jurídico-penal, e incluso en determinados sectores delictivos de la Parte Especial. Sin embargo, ello excedería notablemente del objetivo propuesto en el presente trabajo, que, repito, pretende centrarse en algunas cuestiones relacionadas con determinados

21 Sobre estas temáticas, pueden consultarse los siguientes trabajos: GARCÍA RIVAS, N.: *Globalización y justicia penal universal: paralelismos* en GARCÍA VALDÉS, C./CUERDA RIEZU, A./MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./ALCÁZER GUIRAO, R./VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.): *Estudios penales en homenaje a Enrique GIMBERNAT*. Tomo I. Madrid, 2008; págs. 293-309. AMBOS, Kai: *Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible* en *Estudios penales en homenaje a Enrique GIMBERNAT...* cit.; págs. 97-124. VOGEL, Joachim: *Derecho Penal y globalización* en CANCIO MELIÁ, M.: *Globalización y derecho*. Madrid, 2006; págs. 113-126.

modelos del Derecho Penal vinculadas directamente con el fenómeno de la globalización.

Más concretamente, son dos aspectos los que ahora me interesa destacar. Por un lado, trataré algunas perspectivas teóricas del Derecho Penal que, o bien se han visto transformadas por el fenómeno de la mundialización económica, política y cultural, o bien constituyen su manifestación directa. Por otro lado, examinaré aquellas metodologías que se han visto afectadas por la creciente universalización de los derechos humanos, otra consecuencia (positiva esta vez) del la globalización²².

A) Proyecciones y manifestaciones del Derecho Penal de la globalización

La revolución tecnológica, el nuevo sistema económico mundial, el viento ideológico de la política entendida como tecnocracia y los nuevos movimientos culturales van a influir decisivamente en algunos modelos jurídico-penales y en su forma de concebir el objeto de estudio, la metodología y la misma función del Derecho Penal. Se va a examinar brevemente, en los términos que se acaba de señalar, alguno de esos modelos, poniendo el acento en su relación con los postulados de la globalización.

1. La extensión supranacional de la Dogmática y de la Política Criminal

La Dogmática penal, especialmente en lo que atañe a los principios penales y a la teoría jurídica del delito, ha experimentado una notable extensión, más allá de las fronteras de los países en los que se originó (Alemania, y en menor medida, Italia)²³.

22 Sobre la relación directa entre globalización y derechos humanos, MARTINEZ DE BRINGAS, A.: *Globalización y derechos humanos*. Universidad de Deusto, 2001.

23 Un buen ejemplo de esta universalización de la Dogmática penal viene representado por la investigación auspiciada y editada por el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional (Freiburg, Alemania). En

Dicha influencia no sólo ha afectado a la explicación del Derecho Penal en las Universidades, sino incluso a las propias reformas de las leyes penales. Por poner un ejemplo, la Parte General de algunos textos punitivos de países como Paraguay o Bolivia son muy similares al StGB alemán. Y las escuelas del Derecho Penal alemán (clasicismo, neoclasicismo, finalismo, postfinalismo, funcionalismo, etc.), han encontrado un reflejo en países europeos (España, Italia, Portugal y Grecia, entre otros) y en Latinoamérica (destacando Argentina, Chile, Colombia o México)²⁴.

Uno de los autores cuya obra ha encontrado una gran recepción en diversas latitudes del Planeta es Claus ROXIN. Él mismo explica las claves de la generalización de la Ciencia Penal alemana en estos espacios geopolíticos. Y además, es un firme defensor de la creación de una Dogmática penal global adscrita a una Política Criminal con fundamentos comunes en relación con las sociedades gobernadas por Estados democráticos²⁵. Sin

relación con la extensión de la Ciencia Penal en amplias zonas del Planeta, cito una de sus más recientes obras. SIEBER, Ulrich/CORNILS, Karin (Coords.): *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*. Band 2. *Gesetzlichkeitsprinzip, internationaler Geltungsbereich des Strafrechts, Begriff und Systematisierung der Straftat*. Berlin, 2008. Band 3. *Objektive Tatseite, subjektive Tatseite, strafbares Verhalten im Vorfeld der Tatvollendung*. Berlin, 2008.

- 24 Cito ahora tres trabajos en los que me ocupé en su día de esta problemática. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España*. Nuevo Foro Penal, núm. 59 (1993); págs. 24-72. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Últimas tendencias en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España*. Cuadernos de Política Criminal, núm. 63 (1997); Págs. 595-652. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito*. San José de Costa Rica, 2000.
- 25 ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Veerbrechenslehre. 4ª Edic. München, 2006; pág. 131. "Hay que pensar, además, que las teorías generales del Derecho Penal y los planteamientos político-criminales que los presiden (como el principio de legalidad, el principio de culpabilidad y el Derecho Penal del hecho) ya son, desde hace mucho tiempo, objeto de intensos esfuerzos científicos desde la perspectiva intercultural y han conducido a un considerable acercamiento de ordenamientos penales en muchas partes del mundo. Hay que contar, por tanto, con ciertos frutos de un Derecho Penal intercultural...".

duda alguna, los procesos de globalización también han influido decisivamente en la extensión supranacional de la Dogmática penal.

Tomaré como referencia a este autor alemán en su exposición de la idea de la existencia de un Derecho Penal cada vez más común en Estados con sociedades culturalmente muy distintas²⁶.

Una primera causa que explicaría esta tendencia a la unidad vendría determinada por las formas de manifestación de la criminalidad. En este sentido, se afirma que es un fenómeno que tiene lugar con cierta similitud en todos los modernos Estados industriales. De tal suerte que los presupuestos de la punibilidad no serían producto de la arbitrariedad, sino de las condiciones requeridas por una convivencia social libre y segura. Y ello explicaría que, desde tiempos remotos, el núcleo del Derecho Penal en cualquier sociedad venga integrado por los tipos penales más clásicos. Es decir, que toda sociedad, que no quiera sumirse en el caos, tendría que castigar delitos como asesinato, hurto, violación o detenciones ilegales, y otros muchos cuya tolerancia perturbaría el sistema social, y para cuya protección se ha recurrido al Derecho Penal²⁷. La globalización determinaría una extensión de los valores y formas de vida propias del mundo occidental, lo cual acercaría mucho los modelos de convivencia de sociedades muy distintas. La delimitación de dichos modelos de convivencia también se realiza prohibiendo los comportamientos que son

26 Son muchos los autores y los trabajos que se han ocupado del carácter supranacional de la Dogmática penal. Por no hacer muy prolija la exposición, considero a ROXIN como máximo exponente porque en su obra converge una buena representación de las justificaciones y motivos que explican esa extensión de la Ciencia Penal más allá de las fronteras de un determinado Estado. Entre sus muchos trabajos, destaco ROXIN, Claus: *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft* en ESER, Albin/HASSEMER, Winfried/BURKHARDT, Björn (Coords.): *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor den Jahrtausendewende*. München, 2000; págs. 369-395

27 ROXIN: *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft...* cit.; pág. 379.

susceptibles de menoscabar la coexistencia de la ciudadanía. Y ello explicaría la extraordinaria coincidencia del conjunto de acciones constitutivas de delito en ordenamientos jurídicos de países muy diversos²⁸.

ROXIN va a justificar este acercamiento atendiendo a varias razones relacionadas con distintas problemáticas, las cuales voy a tratar de sintetizar en los párrafos sucesivos.

Una segunda razón que podría justificar cierta homogeneidad supranacional del Derecho Penal atendería a criterios dogmáticos. Esto es, no se explicaría sólo apoyándose exclusivamente en los tipos delictivos, sino también teniendo presente las categorías jurídicas de la teoría general del delito, las cuales han sido (y están siendo) objeto de investigación universal de toda ciencia jurídico-penal medianamente desarrollada. De tal modo que institutos jurídicos como la “legítima defensa” o el “estado de necesidad” juegan un papel relevante en todo sistema punitivo, porque las situaciones de la vida que contemplan (y a las que se debe su origen), serían equiparables²⁹.

El autor reconoce, sin embargo, que no se puede pasar por alto el hecho de que las condiciones previas políticas, sociales y culturales no son idénticas en todas partes, y sobre todo, en todas las tradiciones jurídicas³⁰. De hecho, serían posibles distintas respuestas atendiendo a cada sistema de Derecho, sin que ello signifique rechazar la universalidad de los métodos científico-penales empleados en su desvelamiento y fundamentación. El progreso científico en Derecho Penal consistiría entonces en

28 En este sentido se expresa SILVA: “Más bien se trata de establecer una referencia negativa según la cual no podrían participar en la trabajosa construcción de esa ciencia quienes no participasen del mismo horizonte valorativo asimismo común”. SILVA SANCHEZ, J.-M. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades occidentales*. 2ª Edic. Madrid, 2001; pág. 96.

29 ROXIN: *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft...* cit.; pág. 380.

30 ROXIN: *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft...* cit.; pág. 381.

superar el propio tiempo traspasando la doctrina y jurisprudencia nacional e integrando la discusión en el ámbito internacional. De hecho, ROXIN ve la necesidad de recopilar todos los conocimientos fundamentales, teóricos y prácticos, en una obra de Derecho Penal en el plano mundial³¹.

En materia político-criminal se afirma que los criterios que tiene que seguir el legislador en toda elaboración de la ley penal deben de atender a la Constitución, esto es, al principio del Estado de Derecho, a la absoluta vigencia de la dignidad humana, a la relevancia de los derechos humanos y a los resultados de la discusión internacional de las reforma penales³².

Por otra parte, las instituciones clásicas del sistema penal, como el principio de legalidad, de intervención mínima o de culpabilidad, sufren una reformulación por la nueva realidad que les dota de otra función y significado³³.

Esta nueva realidad permite que se desarrollen las nuevas teorías (o que se vuelvan a perfilar categorías tradicionales) que

31 ROXIN: *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft...* cit.; pág. 382 y ss.

32 ROXIN: *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft...* cit.; pág. 387. Todo ello se reduce, expresado con palabras de SILVA, al entendimiento de que el elemento configurador de toda dogmática trasnacional viene determinado por el concepto de persona y los derechos que le son inalienables. SILVA SANCHEZ: *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades occidentales...* cit.; pág. 92.

33 Esta idea viene desarrollada magistralmente por SILVA. En relación con el principio de legalidad material, el autor afirma que con el Derecho Penal de la globalización se tiende a un debilitamiento de la garantía de la taxatividad de los tipos. En lo relativo al principio de legalidad procesal, éste irá decayendo en su importancia merced al incremento de la relevancia del principio de oportunidad. También se apuntan notables transformaciones en el principio de culpabilidad (en ámbitos como el error de prohibición o las presunciones legales de culpabilidad de ciertas tradiciones jurídicas). El principio de proporcionalidad también se vería afectado con la extensión de la punibilidad de la imprudencia a hechos que tradicionalmente sólo se castigaban bajo la modalidad dolosa o la tipificación de delitos que protegen bienes jurídicos colectivos ante comportamientos de peligro muy lejano. SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho Penal...* cit.; págs. 100 y 101.

van abriéndose paso en la Ciencia del Derecho penal, como las del riesgo permitido en el marco de la imputación objetiva, la autopuesta en peligro de bienes jurídicos en el seno de la victimodogmática, y otras como la responsabilidad penal de las personas jurídicas o las de la coautoría en el marco de la criminalidad organizada³⁴.

Y en la Parte Especial del Derecho Penal, aparecen nuevas figuras delictivas que se enfrentan a las modernas formas de criminalidad, tales como los delitos informáticos, de manipulación genética, socioeconómicos, racistas, etc. Otros más conocidos, como el terrorismo, tráfico de drogas o hechos punibles contra el medio ambiente, se transforman en figuras con mayor represión punitiva³⁵.

2. La tendencia funcionalista

Creo que el *modelo funcionalista* defendido por JAKOBS, del que paso a ocuparme en primer lugar, representa una propuesta propia de la ideología de la globalización³⁶.

34 Entre las temáticas de la Dogmática afectadas por la globalización, apunta SILVA algunas muy interesantes. Así, la imputación objetiva pierde el carácter de relación de necesidad explicada en términos lógico-causales y reglas científicas para situarse en un contexto normativo mucho más amplio. La comisión por omisión se fundamentaría cada vez más en el deber de vigilancia, sobre todo en los delitos de empresa. También destaca la superación de la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente. En materia de responsabilidad personal, se haría cada vez menos apreciable la distinción entre autoría y participación. Del mismo modo, por razones de práctica jurídica de índole procesal, tendería a desaparecer la diferenciación entre causas de justificación y causas de exculpación. SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho Penal...* cit.; págs. 97 y 98.

35 No obstante, la delincuencia más características que arrastra la globalización, es de naturaleza fundamentalmente económica, con independencia del bien jurídico tutelado. Delincuencia socioeconómica, tráfico de drogas, armas o niños, terrorismo y otros que se ejecutan bajo la vertiente empresarial y organizativa. En este sentido, SILVA SANCHEZ; *La expansión del Derecho Penal...* pág. 99. Téngase presente también las apreciaciones realizadas en esta temática por PRITTWITZ (*vid supra*, nota 19).

36 Ya estudié este modelo en algunos trabajos anteriores. Así, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: *El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de*

JAKOBS, junto con otros penalistas que se encuentran en esta corriente (como AMELUNG), critican a la Dogmática tradicional la pérdida de contacto con la realidad, consecuencia de la utilización de metodologías que se fundamentan en presupuestos naturalísticos, normativistas u ontológicos, Las tendencias tradicionales del Derecho Penal se habrían consagrado particularmente a la teoría de los valores, olvidando la función que suelen cumplir esos valores en un determinado sistema social. Se rechaza, en esta línea argumentativa, la misión que se le suele atribuir al Derecho Penal, y que consiste en la protección de bienes jurídicos. Pues lo relevante no es la selección y tutela de estados ideales, sino la función que prestan las diversas instituciones penales. En cambio, para la doctrina tradicional, la cuestión sobre la tarea representada por esos valores sería, según los partidarios del funcionalismo, un tabú incontestable como todo aquello que queda fuera de la capa del derecho positivo. Sería expulsado a la moral, a la religión o a la política. Así, se aconseja al Derecho Penal que se olvide del examen de la problemática sobre la naturaleza del valor fundamental para que desarrolle su actividad investigadora en la vida social³⁷.

La propuesta de JAKOBS toma los presupuestos de la teoría de los sistemas sociales de PARSON³⁸ y la aportación científica de LUHMANN en el marco de la Ciencia del Derecho³⁹.

morada. Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Vol. I. Valencia, 1998; págs. 247 y ss. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: *Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho Penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo LI (1998); págs. 205-245; 226 y ss.

37 Al respecto, la exposición de AMELUNG, Knut: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt, 1972; págs. 350 y ss. RUDOLPHI, Hans Joachim: *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*. Festschrift für HONIG. Göttingen, 1970; págs. 151 y ss.

38 PARSONS, Talcott: *The social system*. 4ª Edic. New York, 1968. LUHMANN, Niklas: *Zweckbegriff und Systemrationalität*. Frankfurt, 1973. Del mismo, *Rechtssoziologie*, 2 tomos. 1ª Edic. Hamburgo, 1972. Una completa referencia bibliográfica y análisis sobre sus presupuestos en MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona,

Las tesis funcionalistas toman como presupuesto una concepción de la sociedad en la que ésta se contempla como un complejo organismo armónico donde cada uno de los miembros que la integran desarrolla una específica función que permite la coherencia del sistema y contribuye al desarrollo dinámico de aquélla, manteniendo así su estructura básica. En este contexto, el Estado sólo puede sancionar aquellas acciones que presentan cierta lesividad social, de tal forma que el Derecho Penal tiene encomendada la tarea de dirigir su actividad en orden al establecimiento y protección de las condiciones necesarias que posibilitan la coexistencia de la vida social. Pero, se dice, allí donde la convivencia de una pluralidad de individuos en una determinada sociedad sólo es posible bajo ciertos presupuestos, no es suficiente contar únicamente con estados de valor dignos de protección, sino que, para que el Derecho Penal pueda cumplir su función, se ha de atender a los problemas organizativos necesitados de solución para la conservación y aseguramiento de las condiciones de existencia de los ciudadanos que conviven en esa sociedad⁴⁰. Es decir, en consideración a los siempre complejos presupuestos sociales, que desde este punto de vista se entienden como conformados bajo fiables expectativas de comportamiento y que se proyectan en acciones, el Derecho ya no tiene que delimitar ni proteger determinados valores, sino que debe proceder a asegurar la estructura del sistema social y garantizar su capacidad de función.

1976; págs. 295 y ss. LUZON PEÑA, Diego Manuel: *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Madrid, 1979; págs. 9 y ss.

- 39 Esta propuesta del autor alemán está desarrollada en una ingente obra que, por lógicas razones, no puede ser referida aquí. Su visión más completa se encuentra en su tratado, JAKOBS, Günther: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2ª Edic. Berlin-New York, 1991. Este mismo planteamiento fue anticipado en su trabajo *Schuld und Prävention*. Tübingen, 1976; págs. 9 y ss. Una clara, concisa y completa exposición en SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona, 1992; págs. 69 y ss, núms. 4 y ss.
- 40 Tesis fundamental de la que parte la obra de AMELUNG: *Rechtsgüterschutz und Schutz...* cit.; pág. 351.

En su visión del Derecho Penal, pues, se niega la tarea clásica que se le atribuye y que se circunscribe a la mera protección de bienes jurídicos, en la medida en que la lesividad social comprendería algo más que la violación de valores ideales. El Derecho Penal, por el contrario, debe contribuir a la funcionalidad del sistema, al mantenimiento de su capacidad de organización, a la distribución y aseguramiento de competencias, al cumplimiento individual de cada uno de los roles asignados al ciudadano...

Con esta concepción como punto de partida, el autor define todas las categorías del Derecho Penal en atención a la contribución que éstas prestan con relación al mantenimiento de la respectiva estructura social⁴¹. Y en efecto, se ha dicho, y con razón, que el modelo funcionalista del Derecho Penal propugnado por JAKOBS se enmarca en una dogmática cuya pretensión es, sobre todo, la de explicar el sistema de atribución que rige en una determinada sociedad en un momento dado, y por eso su teoría en ocasiones ha recibido el nombre de *sociológica*⁴².

No es mi pretensión ahora explicar detenidamente el sistema jurídico-penal de JAKOBS. Tan sólo quisiera resaltar que el planteamiento ideológico que subyace en su seno, corresponde con la estrategia “cientifista” propia de la Tercera Revolución Industrial. De hecho, no es casual que comiencen a desarrollarse de forma paralela en el tiempo (mediados de los años setenta del siglo pasado).

41 En este sentido, y exponiendo algunos ejemplos, SCHÜNEMANN, Bernd: *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken* en el libro colectivo coordinado por el mismo autor *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York, 1984; pág. 54, nota 133.

42 CANCIO MELIÁ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C. En JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Estudio preliminar de CANCIO MELIÁ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C. Traducción de CANCIO MELIÁ, M. Madrid, 1996; pág. 62. Estos autores, y especialmente el primero, han contribuido notablemente a la difusión de la obra del autor alemán en la mayoría de los países de habla hispana, y de ahí que sus apreciaciones siempre tengan que ser tomadas muy en serio por su valioso conocimiento de la complicada estructura dogmática de este penalista.

En efecto, la elaboración de una disciplina, como propugna el funcionalismo más radical, desde parámetros exclusivamente lógicos o descriptivos, recurriendo a la metodología técnica, viene influida por esta ideología caracterizada por imponer, como criterio de solución de los problemas humanos, la razón aparentemente científica. Y esto implica que los procedimientos y métodos ideados para resolver esos problemas humanos, sean cada vez más complejos, más técnicos, más desarrollados, pero también, más difíciles de manejar, de controlar y de comprender. Y los conflictos, individuales o sociales, dejan de ser cuestiones a resolver por el ciudadano (que no puede solucionarlos) para trasladarse al especialista... ...la razón científica sustituye así a la razón práctica. Y al igual que ocurre en la economía y en la política de la era de la mundialización, también en el Derecho Penal propugnado por las concepciones funcionalistas sistémicas, para resolver problemas estrictamente humanos, se ha recurrido a los parámetros del pensamiento «cientifista». Y este camino puede conducir a que el Derecho Penal de las garantías, sea sustituido por el Derecho Penal del sistema⁴³.

3. *Las manifestaciones del Derecho Penal simbólico*

La ideología de la globalización y la estructura de su funcionamiento también queda reflejada en el denominado *Derecho Penal simbólico*⁴⁴.

Esta concepción toma como presupuesto la idea de que la ley penal cumple una función simbólica, esto es, representa la decisión mayoritaria de tutelar con el instrumento más fuerte de defensa social del que dispone el ordenamiento jurídico, un valor

43 Ya me expresé en este sentido en BORJA JIMÉNEZ: *Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho Penal...* cit.; págs. 243 y 244.

44 De nuevo tomaré en consideración los argumentos y reflexiones que ya vertí en un trabajo anterior. BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: *Violencia y criminalidad racista en Europa: La respuesta del Derecho Penal*. Granada, 1999; págs. 346 y ss.

fundamental relevante para la coexistencia humana⁴⁵. Se recurre entonces a la reforma penal por parte de los poderes públicos como mecanismo político-criminal de lucha contra la criminalidad. De esta forma, el legislador presenta a la ciudadanía una opción política, y es que la lucha contra la inseguridad ciudadana en general, o contra un determinado sector delictivo en particular, se ha constituido en un valor social relevante que afecta a todos los poderes públicos y que implica a toda la sociedad. Pero, como ha señalado VAN DE KERCHOVE, para que esta eficacia simbólica sobreviva en un periodo más o menos largo, debe ser reactivada de tiempo en tiempo a través de cierta aplicación esporádica, puntual, incluso ritual de la ley penal. De no ser así, la criminalización de derecho de ciertas conductas se anula por la despenalización de hecho, justamente lo contrario que ha ocurrido en el marco de la homosexualidad (donde la despenalización de derecho no ha abortado cierta criminalización de hecho). El Derecho Penal pasaría entonces a encarnar un rol político, de legitimación y de dirección de las conciencias de los ciudadanos, papel que antes le correspondía a la Ética o a la Moral⁴⁶.

Ésta sería una vertiente legitimadora del Derecho Penal simbólico que se proyectaría con la visión tradicional del Estado de Derecho. Sin embargo, el Derecho Penal simbólico que

45 Sobre los diversos significados del Derecho Penal simbólico, ampliamente, CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal español. Parte General*. 3ª Edic. Madrid, 2002; págs. 62 y 63.

46 En relación con la problemática de la legitimación del Estado a recurrir a la reforma penal coyuntural y el abuso del denominado Derecho Penal simbólico, podemos destacar los trabajos de FUNCKE-AUFFERMANN, Niklas: *Symbolische Gesetzgebung im Lichte der positiven Generalprävention*. Berlin, 2007. VOß, Monika: *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*. Ebelsbach, 1989. HAFFKE, Bernhard: *Die Legitimation des staatlichen Strafrecht zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik* en SCHÜNEMANN, Bernd (Coord.): *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*. Berlin, 2001; págs. 955 y ss. HASSEMER, Winfried: *Das Symbolische im symbolischen Strafrecht* en SCHÜNEMANN, Bernd (Coord.): *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*. Berlin, 2001; págs. 1001 y ss. ROXIN, Claus: *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen* en PÉREZ

encarna la ideología de la globalización, viene representado por una utilización “efectivista” o “efectista” de la reforma punitiva por parte de los poderes públicos⁴⁷.

En efecto, incluso en los supuestos en los que existe un acuerdo amplio en el seno del Parlamento con relación a la punición de determinados comportamientos lesivos para los derechos y bienes de los individuos, se lleva a cabo frecuentemente una instrumentalización del Derecho Penal en su utilización como medio pedagógico para tranquilizar a la ciudadanía, para inspirar la suficiente confianza en el sentido de demostrar que los gobernantes políticos y los representantes del pueblo se preocupan por el problema de la inseguridad ciudadana y de la violencia en la sociedad. Se suele recurrir entonces a un notable adelantamiento de la barrera punitiva de la defensa social. Para ello se utilizan técnicas de tipificación que construyen las correspondientes figuras delictivas sobre elementos subjetivos del tipo, y cuyo contenido del injusto viene marcado normalmente por el peligro abstracto.

El resultado es evidente: La definición de la conducta objeto de la incriminación suele ser difusa, abstracta, de difícil concreción.

El conflicto puede ser todavía mayor cuando se recurre al Derecho Penal simbólico para resolver un asunto sobre el que existe un extenso debate social, sin que haya un acuerdo sobre la forma de solucionarlo. Se nos presentan entonces dos problemas: Uno, que no existe un fuerte consenso en orden a la utilización del Derecho Penal para dar respuesta al problema social que se

ÁLVAREZ, F. (Ed.): “*Universitas vitae*”. Homenaje a Ruperto NUÑEZ BARBERO. Salamanca, 2007; págs. 671 y ss.

47 Un buen ejemplo de la relación existente entre reforma penal, nuevas coyunturas políticas y agravamiento punitivo, lo encontramos en el trabajo de GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estado de Derecho y Ley penal*. Madrid, 2009; págs. 211 y ss.: “.. los políticos descubrieron hace tiempo que en el Derecho penal —más precisamente: en el endurecimiento del Derecho penal— había una gran cantera de votos” (pág. 213).

presenta y, dos, que en la práctica resulta muy difícil aplicar la ley puesto que ésta suele adolecer de cierta vaguedad y difícil concreción material.

Y, desde luego, el Derecho Penal no es precisamente en muchas materias el mejor instrumento para solucionar el grave conflicto social que representan las actitudes lesivas a bienes jurídicos de un restringido sector de la ciudadanía. Se ha dicho, y con razón, que un mecanismo más idóneo para lograr tal fin viene constituido por la educación de la población en los principios básicos de la convivencia y del respeto a los derechos humanos. La actuación del Derecho Penal en este ámbito precisamente, debe ser el último medio de intervención del Estado ante la perturbación de la convivencia, por la gran restricción de garantías del ciudadano que comporta la sanción punitiva. Aunque desde el punto de vista hipotético, el legislador pudiera elaborar un instrumento normativo que rozase la perfección tanto desde el punto de vista técnico como político-criminal, qué duda cabe que la aplicación del Derecho Penal siempre debería ser residual y mínima⁴⁸.

El Derecho Penal de la globalización viene, por tanto, revestido de un notable carácter simbólico que revela una pretensión social y política de valorar como merecedor de protección bienes jurídicos relevantes para la coexistencia social. No obstante, existen dudas sobre la eficacia real de la aplicación de la ley penal en ciertos ámbitos, pues se piensa que frecuentemente se utiliza la elaboración de medidas punitivas como mero instrumento, coyuntural y político, para tranquilizar inquietudes, inseguridades e incluso la misma conciencia de cierto sector de la población⁴⁹.

48 Esta aplicación mínima del ordenamiento sancionador se viola, según SILVA, por la tendencia *punitivista* del Derecho Penal de la globalización que está relacionada a su vez con una expresión simbólica de la sanción en procesos de déficit de ejecución de la misma que culminan con su imposición selectiva. SILVA SANCHEZ. *La expansión del Derecho Penal...* cit.; págs. 83 y 84.

49 En este sentido, ROXIN, Claus: *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen...* cit.; pág. 683. ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; págs. 25 y ss.

De esta forma, determinados instrumentos jurídico-punitivos de lucha contra las diferentes formas de manifestación de la violencia en nuestras sociedades occidentales, mantendrían este carácter simbólico, no exento, como se ha señalado, de componentes políticos o demagógicos, incluso con pocas posibilidades de encontrar aplicación práctica, o de mantener los efectos preventivos, tanto especiales como generales, idóneos para hacer frente de algún modo a específicos ámbitos de la criminalidad⁵⁰. La reforma penal es utilizada por los poderes públicos, con demasiada frecuencia, como un icono representativo de que los gobernantes se preocupan por resolver un grave conflicto (coyuntural en muchas ocasiones) que crea gran alarma social⁵¹. Dado que los políticos están muy preocupados por las encuestas de popularidad (que se concretan en mayor o menor número de votos en el futuro), necesitan responder a las necesidades de tranquilizar a la ciudadanía ante esa alarma social (real o creada ficticiamente por los medios de comunicación) de forma rápida y eficaz. La reforma de la ley penal resulta entonces un medio barato, inmediato, “efectista”, con gran potencial simbólico, que proyecta a esa ciudadanía la confianza en sus gobernantes de que ya se está haciendo lo que se debe para atajar el problema⁵². Los costes son bajos, y los

50 Señala MORILLAS CUEVA que el carácter simbólico del Derecho Penal de la globalización representa una aparente contradicción, en tanto que, por un lado, se recurre a normas penales vacías de contenido para resolver conflictos humanos que no las necesitan; y, por otro lado, cuando los intereses del mercado así lo requieren, se despenalizan conductas que merecen la punición. MORILLAS CUEVA, L.: *Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 04-06 (2002). <http://criminetugr.es/recpc>; págs. 22 y 23.

51 Una explicación sobre la relación entre alarma social y medios de comunicación se encuentra en el trabajo de BRANDARIZ GARCÍA, J. A.: *Itinerarios de la evolución del sistema penal como mecanismo de control social de las sociedades contemporáneas* en FARALDO CABAÑA, P. (Dir.)/BRANDARIZ GARCÍA, M. A./PUENTE ALBA, L. M. (Coords.): *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Valencia, 2004; págs. 15 y ss., 37 y 38.

52 “Todo ello lleva a reconsiderar la función de *ultima ratio* tradicionalmente atribuida al Derecho penal. El carácter fragmentario y subsidiario que se

beneficios altos, especialmente desde el punto de vista electoral. De nuevo el pensamiento neoliberal de la eficacia de la productividad formal que inspira a la globalización se encuentra presente en el Derecho Penal simbólico⁵³. Aunque la utilización simbólica del sistema penal puede ser beneficiosa para tutelar bienes jurídicos especialmente sensibles ante los nuevos peligros que acechan a ciertos ámbitos de la sociedad del Siglo XXI (derechos de la mujer, medio ambiente, minorías marginales, comunidad internacional, etc.), lo cierto es que las puntuales reformas punitivas que se producen en muchos países de la órbita occidental, responden a problemas muy concretos que no van a ser realmente resueltos por una modificación normativa⁵⁴.

vienen predicando de éste se fundamenta en consideraciones que hacen referencia, sobre todo, a la relevancia del bien jurídico afectado y a las características de los medios de ataque al mismo. Pero cuando a impulsos de la globalización se desconoce el carácter criminal de conductas gravemente lesivas, el Derecho penal deja de ser *ultima ratio* para convertirse en un instrumento ancilar de la política económica, que olvida su vocación de tutela de bienes jurídicos y se limita, en el mejor de los casos, a una inocua función simbólica”. TERRADILLOS BASOCO, J. M.: *El Derecho Penal de la globalización: luces y sombras* en CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (Coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999; pág. 210.

- 53 Se ha dicho, y con razón, que la globalización comporta una espiral de producción normativa frenética y desordenada (DE JULIOS-CAMPUZANO, A.: *La crisis del ordenamiento jurídico. Reflexiones sobre racionalidad jurídica y globalización* en DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (Edit.): *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*. Madrid, 2007; pág. 79 y ss., 95). Una razón puede encontrarse en la rápida transformación de las sociedades industriales que obliga a regular con normas jurídicas esa nueva realidad compleja. Pero en el ámbito punitivo, el incremento de reformas penales se explica, entre otras causas, por la utilización simbólica del Derecho Penal.
- 54 Ioannis MANOLEDAKIS explica muy bien la relación entre la inflación del Derecho Penal y los procesos de globalización en Europa Occidental. Argumenta que conforme el Derecho Penal tiende a globalizarse y se recurre a la represión penal en amplios ámbitos que constantemente la reclaman (también el internacional), mayor es el alejamiento, con el consecuente debilitamiento, de sus principios fundamentales, con la consiguiente dolorosa erosión de nuestra herencia cultural. Al respecto, PRITTWITZ, Cornelius: *Skizzen zu Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung* en,

4. La aparición del Derecho Penal del enemigo

Otra concepción del sistema penal que está íntimamente relacionada con los procesos de globalización, y que, merced a ellos, afecta a su comprensión metodológica, viene reflejada en el denominado *Derecho Penal del enemigo*⁵⁵.

Este Derecho Penal del enemigo se proyecta en una dimensión teórica, desarrollada en el año 2000 por el profesor alemán Günther JAKOBS⁵⁶, y se plasma en una dimensión práctica, materializada específicamente en las legislaciones antiterroristas de diferentes Estados (especialmente, EE.UU.) tras los atentados del 11 de septiembre de 2001.

C. PRITTWITZ, Cornelius/ MANOLEDAKIS, Ioannis (Coords.): *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*. Deutsch-Griechisches Symposium Rostock 1999, 2000; págs. 163-175, 164.

- 55 Destaco algunas obras generales que fundamentan, explican o critican esta concepción. APONTE, Alejandro: *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*. Baden-Baden, 2004. CANCIO MELIÁ, M./GÓMEZ-JARA DIÉZ, D. (Coords.): *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Montevideo, Madrid, 2006. GRACIA, MARTÍN, Luís: *El horizonte del finalismo y el „derecho penal del enemigo“*. Valencia, 2005. JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, M.: *Derecho penal del enemigo*. 2ª Edic. Navarra, 2006. KUTALIA, Lasha-Giorgi: „*Feindstrafrecht*“. *Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?* Göttingen, 2007. MORGUET, Geraldine Louisa: *Feindstrafrecht. Eine kritische Analyse*. Berlin, 2009. MUÑOZ CONDE, F.: *El Derecho Penal del enemigo*. México D. F., 2003. MUÑOZ CONDE, F.: *El nuevo Derecho Penal del enemigo en LOSANO, Mario G./MUÑOZ CONDE, F. (Coords.): El derecho ante la globalización y el terrorismo „cedant armant togae“*. Actas del Coloquio Internacional Humboldt. Montevideo, abril 2003. Valencia, 2004; págs. 161 y ss. MUÑOZ CONDE, F.: *Über das „Feindstrafrecht“*. Berlin, 2007. PAWLIK, Michael: *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*. München, 2008. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *El enemigo en el Derecho Penal*. Madrid, 2006.
- 56 JAKOBS, Günther: *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)* en ESER, Albin/HASSEMER, Winfried/BURKHARDT, Björn (Coords.): *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor den Jahrtausendwende*. München, 2000; págs. 47 y ss.

Desde la perspectiva teórica, se lleva a cabo una distinción entre el Derecho Penal común y el Derecho Penal del enemigo⁵⁷. En el primero, se concibe al reo como un ciudadano que lleva a cabo el atentado a la norma penal en la comisión del delito, lo cual acarrea la reacción del Estado con medidas punitivas de intervención. Sin embargo, el autor viola la norma, pero no se sitúa fuera del sistema institucional del Estado. Sus razones pueden ser múltiples (obtener un beneficio económico, satisfacer su deseo sexual, descubrir la intimidad de otro, vengarse por una afrenta personal, etc.), pero su conducta injusta no pretende acabar con la estructura política del poder público legalmente establecido. Por ello precisamente al reo se le considera ciudadano y gozará de ciertas garantías inviolables propias del sistema democrático, pues, en última instancia, su comportamiento no pone en tela de juicio el orden social constitucionalmente establecido. Es decir, este ciudadano merece sanción por su actuar antisocial objeto de la punición y el Estado, que se encuentra en un nivel superior de racionalidad y legitimidad, concederá a dicho ciudadano delincuente un catálogo de derechos y garantías propios del Derecho Penal democrático.

Pero existen otros sujetos que con su comportamiento pretenden destruir el sistema político, jurídico e institucional del Estado o persiguen acabar con toda una civilización. Se situarían así fuera del sistema por voluntad propia, y ello determinaría que no mereciesen la condición de ciudadanos, llegándose incluso a afirmar que no tendrían la consideración de personas. Merced a su peligrosidad para el propio sistema, no gozarían de los mismos derechos fundamentales que cualquier sospechoso, acusado, reo o condenado.

De este modo, el sistema penal se articularía de dos formas distintas atendiendo a un tipo y a otro de sujetos. El Derecho Penal común, para ciudadanos delincuentes, que gozarían de las clásicas

57 Sobre los tres posibles significados de la locución *Derecho Penal del enemigo*, siguiendo a GRECO, ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Tomo I... cit.; págs. 55 y 56.

garantías (principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad y otras propias del debido proceso). Y el Derecho Penal del enemigo, para sujetos que pretenden acabar con el sistema democrático y la civilización occidental, cuya peligrosidad real y potencial requiere unas medidas punitivas de intervención mucho más duras que limitan de forma relevante las garantías que le corresponderían a cualquier persona (y que no se le atribuyen al enemigo por no ser considerados como tal). Este tipo de ordenamiento punitivo está pensado para su aplicación preferente a delitos de terrorismo y de otro tipo de criminalidad organizada a gran escala (narcotráfico, trata de personas, tráfico ilegal de personas, etc.).

Esta dimensión teórica del Derecho Penal del enemigo, repito, se materializó en la legislación penal sustantiva y procesal de algunos países tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001⁵⁸.

En efecto, los atentados del 11 de septiembre de 2001 en EE.UU. pusieron de manifiesto algo que ya se conocía: que el terrorismo no tenía fronteras, que contaba con una información y tecnología del Siglo XXI y que las interrelaciones entre organizaciones, bandas y células se extendían de forma global por el Planeta Tierra. Para hacer frente a este tipo de criminalidad, se ha utilizado una legislación con una fuerte tendencia al endurecimiento de sus medidas de intervención punitiva y con una consecuente restricción exacerbada de los derechos de los sospechosos, acusados o reos. El terrorista es considerado como enemigo, y desaparecen las garantías básicas que se le conceden a cualquier ciudadano, como los principios de legalidad, propor-

58 Ya con anterioridad existía una tendencia a limitar las garantías penales del proceso en ámbitos relacionados con la criminalidad organizada. Sobre la vinculación entre globalización y restricción de derechos fundamentales en el proceso penal, ampliamente, VIRIOT-BARRIAL, Dominique: *Mondialisation et droit pénal...* cit.; págs. 238 y ss. En relación con la evolución de la legislación antiterrorista tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 y su profundización en la limitación de las garantías del sospechoso, GARCÍA RIVAS: *Globalización y justicia penal universal: paralelismos...* cit.; págs. 303 y ss.

cionalidad o culpabilidad en el seno del Derecho Penal material; o la presunción de inocencia o el derecho de defensa en el proceso penal. Claro, que como tal enemigo, no se pretende castigar al autor del hecho por el daño causado, sino más bien combatirlo para acabar con él. La estrategia punitiva tradicional es sustituida por una legislación excepcional más parecida al Derecho Penal militar propio de los conflictos bélicos. El ejemplo más palpable de todo ello lo encontramos en el tratamiento de los combatientes detenidos tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 y trasladados a la base militar de Guantánamo, cuya situación material y jurídica es de peor condición que la de un prisionero de guerra⁵⁹.

Y también el Derecho Penal del enemigo muestra un carácter simbólico, en la medida en que su utilización en muchas ocasiones obedece a problemas internos que los gobernantes no saben, no pueden o no quieren resolver. Exacerbando la alarma originada por los riesgos exteriores de acabar con el Estado o con la civilización occidental, se desvía la mirada hacía un punto común donde los responsables políticos aparecen como una encarnación de la unidad del país y de la seguridad del mismo.

Pero ahora no me interesa tanto desarrollar específicamente los postulados y las consecuencias de esta concepción, cuanto relacionarla con el proceso de globalización.

Y aquí ya señalé que dicho proceso está extendiéndose provocando dos efectos diametralmente opuestos. Por un lado, la homogenización del mundo en la imposición del neoliberalismo económico, del ideario político de las democracias occidentales (y de sus valores de cultura fuertemente individualistas) y acompañado de la creciente incorporación de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana. Y por otro lado, la creación de bolsas de pobreza cada vez mayores, de sectores marginados que poco o

59 La terminología utilizada en la era del Presidente Bush para designar a los presos de Guantánamo era de “combatientes enemigos”. Esta terminología fue suprimida a las pocas semanas de tomar posesión por el Presidente Barack OBAMA.

nada se benefician de la mundialización de la economía, y del surgimiento de un fuerte sentimiento de rechazo a los valores occidentales en grupos humanos étnicamente diferenciados, o con otras culturas o de otras civilizaciones distintas del modelo de vida occidental.

Sin duda, este segundo aspecto está íntimamente relacionado con la extensión, también global, del terrorismo en el mundo. Y si bien es verdad que el país que más ha contribuido a la mundialización económica, política y cultural ha sido EE. UU., también es cierto que ha sido el Estado que ha sufrido las peores consecuencias del terrorismo internacional. Tampoco es casual la correspondencia en el tiempo entre un proceso y otro⁶⁰.

También para otros sectores delictivos, como la criminalidad organizada, en los que se predica la viabilidad del Derecho Penal del enemigo, podemos encontrar esa vinculación con la globalización, si bien aquí no se explica tanto por la reacción que provoca el rechazo ideológico, religioso o cultural, sino más bien por la imposición de los mismos criterios de gestión empresarial “efectista” y tecnificada en el seno de la estructura de dichas organizaciones criminales.

Bajo este contexto, el Derecho Penal del enemigo refleja la respuesta propia de la ideología de la globalización. Una respuesta tecnocrática, funcional, que no toma en consideración valoraciones propias del deber ser, sino que persigue la ventaja del beneficio rápido, materializado en la aparente y eficaz solución al problema planteado⁶¹.

60 Sobre la relación entre los atentados del 11 de septiembre de 2001, el endurecimiento de la legislación antiterrorista estadounidense y su calificación como Derecho Penal del enemigo, VERVAELE, John: *La legislación antiterrorista en Estados Unidos ¿Un derecho penal del enemigo?* en AA. VV.: *El Derecho Penal ante la inseguridad global*. Albacete, 2007; págs. 171 y ss.

61 Dice Fernando VELÁSQUEZ que el Derecho Penal de la globalización se caracteriza por una maximización de la intervención punitiva del Estado, por ser un Derecho Penal *eficientista* o en expansión, para el cual la defensa de la “seguridad interior” se torna en su cometido central. VELÁSQUEZ

Queda así articulada la vinculación de esta concepción con la globalización⁶². Sin embargo, no me resisto a traer a colación unas palabras en las que se resume una acertada crítica en relación con esta posición dogmática: "... Pero una distinción similar es más difícilmente asumible en el Estado de Derecho, que por definición no admite que se pueda distinguir entre *ciudadanos* y *enemigos* como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicas... Los derechos y garantías propias del Estado de

VELÁSQUEZ, F.: *Globalización y Derecho Penal* en LOSANO, Mario G./MUÑOZ CONDE, F. (Coords.): *El Derecho ante la globalización y el terrorismo...* cit.; págs. 185 y ss., 196.

En el fondo, las tesis de JAKOBS están íntimamente unidas al pensamiento neoliberal del principio de la eficiencia, tan relevante en la ideología de la globalización. En efecto, la reacción del Derecho frente a la actuación de cada sujeto viene determinada por su contribución eficaz al sistema según el desarrollo de su competencia con arreglo a la situación que ocupe. También el mayor o menor reconocimiento de garantías constitucionales en el sistema penal, vendrá determinado por esa misma toma de posición del reo frente al propio Estado. Si viola las normas, pero no pone en tela de juicio la existencia institucional de la sociedad, será considerado como ciudadano e ingresará en el sistema penal tradicional con sus principios y límites. Si, por el contrario, su conducta va más allá de la violación de la norma y el sujeto se coloca voluntariamente fuera del sistema, arriesgando la propia estructura institucional del poder público, será considerado como enemigo, y sufrirá un Derecho Penal mucho más restrictivo y despersonalizado. Es decir, en última instancia, la posición que ocupa el sujeto como titular de derechos, como persona y ciudadano, puede perderla por su propia conducta y pasar a ser un individuo sin derechos, un enemigo. Es la teoría neoliberal de tanto tienes, tanto vales... tanto contribuyes, tanto mereces. En este sentido, las atinadas reflexiones de PAWLIK: *Der Terrorist und sein Recht...* cit.; págs. 38 y 39.

- 62 La ideología de la eficacia, el pensamiento "efectista" y "cientifista" se encuentra claramente anclado en la estructura argumentativa el Derecho Penal del enemigo. Como acertadamente señala PAULIK (*Der Terrorist und sein Recht...* cit.; pág. 40), los partidarios de esta concepción no se limitan a describir una realidad previa en la forma en que se crea y utiliza la legislación penal para la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada, sino que, en la medida en que se admite que esas medidas aparecen como inevitables, las consecuencias son las que son, y tienen que ser las que tienen que ser. De tal suerte que de nuevo se aparta el discurso crítico y se deja paso a un discurso técnico, de necesidad, manejado por especialistas, incomprensible para el pueblo y por tanto, no sometido a supervisión alguna.

Derecho, sobre todo los de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) o procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial o a no declarar contra sí mismo, etcétera) son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho... Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento jurídico puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, cuyos valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo”⁶³.

Resumiendo en pocas palabras, difícilmente pueden conciliarse los principios del Estado de Derecho con las transformaciones que impone el denominado Derecho Penal del enemigo. El sistema democrático no admite el tránsito de la persona como titular de derechos y deberes, a la despersonalización del sujeto; del Derecho de las garantías, al Derecho de combate; y, en definitiva, del Derecho Penal al Derecho bélico⁶⁴.

B) Globalización de los derechos humanos y Derecho Penal

El proceso de homogenización del mundo ha incidido de forma decisiva en la extensión de la ideología de la necesidad de una mayor protección y vigencia de los derechos humanos. La incursión de los valores de la civilización occidental en amplios espacios geopolíticos del Planeta a través de los nuevos medios y tecnologías de la información y comunicación, ha potenciado en gran medida alguno de esos derechos, como la libertad de expresión. Dado que las ideas fluyen en el espacio cibernético y en el mundo real con gran rapidez e intensidad cuantitativa, la

63 MUÑOZ CONDE: *El derecho penal del enemigo...* cit.: págs. 37 y 38.

64 Con mayor profundidad, PAULIK: *Der Terrorist und sein Recht...* cit.; págs. 40 y 41.

propagación de la política, de la religión, de la ciencia o de la cultura se lleva a cabo sin apenas restricciones. Existe, por tanto, cada vez más una mayor percepción de la cosmovisión del otro, creándose en la conciencia colectiva un marco común de consenso y tolerancia que obstaculiza las posiciones más extremistas o radicales. El mismo proceso se produce en otros ámbitos, como la Historia o las artes⁶⁵.

La imagen del ser humano y de sus derechos más propios, también forma parte de ese patrimonio común de la ideas. De igual forma, las barbaridades producidas a lo largo del Siglo XX por regímenes totalitarios, como el Holocausto judío en la Alemania nazi, las purgas ideológicas realizadas en la Unión Soviética estalinista o el genocidio de un relevante sector de la población (en torno a los tres millones de personas) provocado en Camboya por el régimen de los Jemer Rojo, también aparecen grabadas en la retina de la memoria de la humanidad, revitalizando la cultura de los derechos humanos.

En este contexto, característico del Derecho Penal de la globalización viene a ser la consideración del ordenamiento jurídico-punitivo como el ámbito en el que se lleva a cabo la tutela de los derechos humanos. Ello está íntimamente relacionado, repito, con el proceso de mundialización y la tendencia a la universalidad que se está produciendo en el seno del sistema penal⁶⁶.

65 También se ha dicho que los procesos de globalización presentan a su vez un aspecto subjetivo que incita a los ciudadanos y a sus gobernantes a una mayor sensibilidad frente a los conflictos humanos y frente a la criminalidad que se provoca en otras partes del amplio mundo. Así, PRITTWITZ,.; *Skizzen zu Strafrecht und Kriminalpolitik in Zeiten der Globalisierung ... cit.*; págs. 171 y 172.

66 Señala SIEBER en relación con las causas que provocan esta tendencia a la universalidad del Derecho Penal, que éstas atienden a razones de carácter general (comunidad de valores, sistema de vida occidental, proceso económico de la globalización, alto grado de comunicación propiciado por las nuevas tecnologías, etc.), y otras de carácter específico (fuerte unidad del asociacionismo, multitud de coloquios y conferencias, y la tendencia de los legisladores a tomar en consideración otros modelos procedentes de países vecinos). SIEBER, Ulrich: *Strachrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben,*

La relación entre los derechos humanos y su cada vez mayor relevancia en el sistema penal viene determinada por tres órdenes de motivos, que por su evidencia, no requieren de mayor explicación, como son la Influencia de los derechos universales del ser humano en el Derecho Penal, la protección de valores y derechos universales del ser humano a través del Derecho Penal y la plasmación material de los derechos y valores universales del ser humano a través de los tribunales (penales) internacionales⁶⁷.

Ahora me interesa destacar dos diferentes aspectos de esta realidad que vincula al Derecho Penal con los derechos humanos en el contexto de la globalización. Por un lado, la internacionalización del Derecho Penal. Y por otro lado, la existencia del denominado Derecho Penal intercultural⁶⁸.

1. La internacionalización del Derecho Penal

La globalización del Derecho Penal también viene reflejada por la plasmación de un orden internacional en materia penal, creador de regulaciones que superan la competencia de los Estados y que muestran una naturaleza propia. Los estudios e investigaciones sobre jurisdicciones internacionales, como la Corte Penal Internacional u otras similares, pueden ofrecer interesantes resultados sobre las posibilidades y límites de un sistema penal global⁶⁹.

Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft en SIEBER, Ulrich/ALBRECHT, Hans-Jorg (Coords.): *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*. Berlin, 2006; págs. 78 y ss, 79.

67 SIEBER, Ulrich: *Strachrechtsvergleichung im Wandel...* cit.; págs. 82-84.

68 Incluso siendo cierto que la mundialización de la cultura y de la ideología ha favorecido una extensión de la tutela penal de los derechos humanos, el sistema penal, sin embargo, actúa generalmente con mayor dureza en esta etapa: "... es muy posible que el Derecho Penal global resulte en conjunto más represivo que cualquiera de los sistemas que hayan contribuido a su génesis". SILVA SANCHEZ: *La expansión del Derecho Penal...* cit.; pág. 85.

69 La bibliografía especializada se ha multiplicado exponencialmente en los últimos años. Aquí se van a tener en cuenta algunos trabajos que llevan

Las conclusiones de algunos de los estudiosos en relación con la extensión de la Ciencia Penal y la asimilación de las instituciones que regulan los distintos ordenamientos jurídicos, no son muy diferentes de las que expresa ROXIN, y que ya han sido apuntadas. Pero aquí, como reiteradamente se viene señalando, ha tenido mucha relevancia la influencia de los derechos humanos en el sistema penal. La fuerte implantación de los Estados constitucionales ha determinado que se haya recurrido frecuentemente a la categoría del bien jurídico vinculada a los derechos

a cabo una reflexión moderna sobre las cuestiones metodológicas en el sentido apuntado en el texto. Así, destacan los que se citan a continuación. MACHADO, Maria Rocha: *La internacionalização do direito penal. A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo, 2004. FLETCHER, Georg: *The grammar of Criminal Law. American, comparative and international*. Vol. I. Foundations. New York, 2007. JUNG, Heine: *Wertende (Straf-)Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen elastischen Begriff*. Goldammer Archv's für Strafrecht, núm. 152 (2005); págs. 1-10. HIRSCH, Hans Joachim: *Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft. Nationale und universale Strafrechtswissenschaft*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, núm. 116 (2004); págs. 835-853. VOGEL, Joachim: *Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik*. Goldammer Archv's für Strafrecht, núm. 149 (2002); págs. 517-534. PERRON, Walter: *Perspektiven der Europäischen Strafrechtintegration*. Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag. Heidelberg, München, Lansberg, Berlin, 2007; págs. 429 y ss. LAGODNY, Otto: *Überlegungen zu einem menschengerechten transnationales Straf- und Strafverfahrensrecht*. Festschrift für Albin ESER zum 70. Geburtstag. München, 2005; págs. 777-795. DANNECKER, Gerhard: *Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, núm. 117 (2005); págs. 697-748. JESCHECK, Hans-Heinrich: *Neuren Entwicklungen im nationalen, europäischen und internationalen Strafrecht. Perspektiven für eine Kriminalpolitik im 21. Jahrhundert?* Festschrift für Albin ESER zum 70. Geburtstag. München, 2005; págs. 991-1003. AMBOS, Kai: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*. Berlin, 2002. AMBOS, Kai: *Principios e imputación en el Derecho Penal Internacional*. Barcelona, 2008. LAMPE, Ernst-Joachim: *Überindividuelle Rechtsgütern, Institutionen und Interessen en Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstaatsachen*. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag. Köln, München, 2008; pág. 79 y ss.

fundamentales como criterio de legitimación de la creación y de la existencia de las normas penales⁷⁰.

En este mismo orden de cosas, también existe una tendencia supranacional a recurrir al Derecho Penal como mecanismo de protección de los derechos humanos. Incluso la creación de tribunales internacionales tras la Segunda Guerra Mundial para enjuiciar a los acusados de la perpetración de los crímenes más execrables contra la humanidad, ha actuado como factor relevante en la materialización de la vigencia de los derechos fundamentales⁷¹. Y el esfuerzo por integrar globalmente todas las tendencias jurídicas (especialmente en la elaboración del Estatuto de Roma con el que se crea y regula la Corte Penal Internacional) también es determinante en la universalización de ciertos principios, categorías e instituciones⁷².

70 En este sentido, VIVES ANTÓN, T. S.: *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico*. Lusfada, Serie II, núms. 4-5 (2007); págs. 157-187; 186. “En la concepción que se propone, el bien jurídico concreto se conforma, no sólo a partir de los tipos penales; sino también de la Constitución y, específicamente, (pág. 187) del contenido de los derechos fundamentales, desde los que se decide hasta qué punto y en qué sentido una determinada prohibición penal resulta constitucionalmente legítima. El bien jurídico así determinado, por lo tanto, no preexiste al Derecho; pero sí a las concretas tipificaciones penales: se trata de una redefinición de los bienes jurídicos que asume como punto de referencia no sólo el Código penal, sino también la Constitución”.

71 La protección internacional de los derechos humanos, para que sea efectiva e íntegra, requiere el necesario castigo de las conductas que los violan frontalmente. De esta forma, los aspectos más relevantes de dicha penalización transcurren por las fases de la lucha contra la impunidad, la condena de las amnistías abusivas y la creación de nuevas instituciones represivas, como los tribunales internacionales *ad hoc* o la Corte Penal Internacional. Al respecto, TULKENS, Françoise/BEERNAERT, Marie-Aude: *Dans quelle mesure les juridictions pénales internationales peuvent et/ou doivent-elles prendre en compte le droit international des droits de l’homme ?* Festschrift für Heike JUNG zum 66. Geburtstag. München, 2007; págs. 1005-1020, 1006.

72 SIEBER,: *Strachrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft...* cit.: págs. 80-82.

Este acercamiento, a pesar de las notables divergencias⁷³, se está produciendo incluso entre los sistemas penales de la órbita anglosajona y de la Europa continental. De hecho, el pensamiento problemático está cada vez más presente en países de la Unión Europea⁷⁴ y en los países anglosajones se recurre ahora muy frecuentemente a la ley como fuente del Derecho Penal⁷⁵. Y así se

73 Estas diferencias han sido apuntadas por HIRSCH: *Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft...* cit.; pág. 852. El autor lleva a cabo una serie de reflexiones sobre la universalidad del Derecho Penal de índole práctico. En el mismo mundo occidental, pone por ejemplo, la distancia entre los ámbitos del derecho anglosajón y el continental europeo, se produciría por razones de lenguaje, de distintas terminologías y concepciones en la conformación de los principios, y otras debido a deficiencias en el intercambio de información respecto de las correspondientes opiniones. En este sentido, el autor (pág. 846) toma en cuenta la reflexión de JESCHECK considerando que el Derecho Penal, con su materia de normas elementales de conducta vigentes en un Estado, refleja internamente y de modo específico la cultura jurídica de una sociedad.

74 Esta idea preside todo el trabajo de Joachim VOGEL: *Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik...* cit. Del mismo, *Derecho Penal y globalización...* cit.; págs. 124 y 125. En sus *Fundamentos del sistema penal* (Valencia, 1995; pág. 248), VIVES ANTÓN plantea dar mayor relevancia a un conocimiento que se edifique en torno a la *certeza práctica* frente a una sistemática con pretensiones científicas asentada exclusivamente en la metodología lógico-deductiva.

75 Aunque los operadores jurídicos del sistema anglosajón pretenden extraer todos los principios fundamentales del ordenamiento punitivo del *Common Law*, lo cierto es que el incremento de los conflictos, la rapidez con la que se extienden los mismos, y su alta complejidad en el mundo actual, obliga a que también en esta órbita cultural se recurra constantemente a la ley emanada del Parlamento para hacer frente a estos problemas. Ésta es la tesis de LEWIS, Peter: *Influence of international legal instruments on national criminal law exemplified by the combat of terrorism. The situation in England and Wales* en SCHWARZE, Jürgen (Coord.): *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts...* cit.; págs. 221 y ss., 230.

Y es que, en el fondo, uno de los elementos generales que proporciona el sistema de Derecho comparado basado en una valoración común (es decir, uno de los elementos fundamentales sobre los que puede estructurarse el sistema penal visto de forma universal), debe ser la pretensión de una mejor solución, de una solución más justa. Esa “mejor solución” es posible y conveniente allí donde los diferentes ordenamientos jurídicos (comparados) parten de los mismos fundamentos según presupuestos materiales y

explica que uno de los autores anglosajones que mejor conoce el Derecho Penal continental, haya extraído consecuencias generales desde su propia valoración de los dos sistemas en relación con la conducta punible y la culpabilidad⁷⁶.

En este mismo orden de cosas, hay que señalar que en el Estatuto de Roma también se han tomado en consideración ciertas instituciones penales que son el fruto de la integración de las culturas jurídicas más relevantes del Planeta, de tal modo que se han universalizado principios jurídico-penales como el de legalidad⁷⁷, culpabilidad⁷⁸ y proporcionalidad⁷⁹. Del mismo modo, en los países de la Unión Europea están vigentes hoy estas garantías, con especial énfasis en el principio de humanidad de las penas y de las medidas cautelares privativas de derechos del acusado⁸⁰.

También en el ámbito del proceso, el Derecho Penal Internacional está generalizando derechos fundamentales, tales como la presunción de inocencia, el derecho a un juez imparcial, el derecho a la defensa, el principio de igualdad de armas de las partes, y el principio del *non bis in idem*⁸¹, entre otros⁸².

concepciones dirigidas a un determinado fin. Al respecto, JUNG: *Wertende (Straf-)Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen elastischen Begriff...* cit.; pág. 5.

76 FLETCHER: *The grammar of Criminal Law: American, comparative and international...* cit.; pág. 342. “Los elementos de la punición de la acción humana y de la culpabilidad son requerimientos universales de todo sistema de Derecho Penal”. A consecuencias muy similares en la teoría jurídica del delito llega AMBOS: *Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible* en Estudios penales en homenaje a Enrique GIMBERNAT... cit.; págs. 106 y ss.

77 El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional regula este principio en los arts. 22, 23 y 24.

78 Arts. 25; 26; 30; 31. 1, letras a), b) y d); 32 y 33 ERCPI.

79 Art. 78 ERCPI.

80 DANNECKER : *Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen...* cit.; pág. 735.

81 TULKENS, Françoise/BEERNAERT, Marie-Aude: *Dans quelle mesure les juridictions pénales internationales peuvent et/ou doivent-elles prendre en compte le droit international des droits de l’homme ?...* cit. ; pág. 1012.

2. El Derecho Penal intercultural

El sistema de vida occidental representa en la actualidad un buen ejemplo de heterogenidad étnica, cultural y religiosa. Si es cierto que a través de los recientes procesos de globalización, el mundo es cada vez más homogéneo, también es verdad que los fuertes movimientos de emigración que se están produciendo entre los diferentes Estados, inciden en la transformación de esas sociedades occidentales, estableciendo un proceso progresivo de mayor pluralidad cultural⁸³.

Pero especialmente fuera del mundo occidental (también dentro de su seno, si bien en menor medida), la globalización, como se ha indicado en varias ocasiones, ha provocado reacciones opuestas que se enfrentan a este proceso de homogenización económica, política y cultural, con posiciones de defensa de la propia idiosincrasia de otras civilizaciones con cosmovisiones diferentes de la derivada de los valores de dicho sistema occidental.

DANNECKER: *Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen...* cit.; págs. 736 y 737. El ERCPI recoge estas garantías procesales en el art. 20 (principio del *non bis in idem*), y art. 55 (principios de presunción de inocencia, y los derechos a guardar silencio, a no declararse culpable, o a la defensa letrada, entre otros).

- 82 Interesantes las reflexiones de la investigación de NUOTIO, Kimmo: *Criminal law of a transnationale polity*. Festschrift für Heike JUNG zum 66. Geburtstag. München, 2007; págs. 685-698, 690. El autor aporta algunas ideas sobre criterios comunes que el sistema constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea obliga a tomar en consideración a la hora de establecer la tipificación de los delitos y de las penas en el marco del Derecho Penal. En este sentido, se habla del reconocimiento de principios básicos relacionados con los derechos humanos y las libertades públicas, como la inviolabilidad de la dignidad humana, la interdicción de la pena de muerte y de otros tratos crueles e inhumanos y la prohibición de la tortura.
- 83 Sobre las transformaciones sociales y las tensiones culturales en el marco de los derechos humanos y el sistema penal en el mundo actual, QUINTERO OLIVARES, G.: *El Derecho Penal ante la globalización* en ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. /MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. /DIEGO DÍAZ SANTOS, M. R. (Coords.): *El derecho penal ante la globalización*. Madrid, 2002.; págs. 11 y ss., 13 y 14.

Sin embargo, a pesar de las mencionadas diferencias valorativas, se observa que los fundamentos y principios básicos de los sistemas penales de las diferentes culturas y civilizaciones son muy similares. Ello se explica merced a una imagen común del ser humano y de los derechos que le son atribuidos como tal ser humano. Esta es la base de la que parte *el Derecho Penal intercultural*, el cual ha ido tomando carta de naturaleza como consecuencia del movimiento de emancipación étnica que se produce en diversas regiones del mundo a principios de los años noventa del siglo pasado.

Los análisis que se preguntan por la existencia de un Derecho Penal intercultural, por tanto, examinan y debaten el sistema penal en su conjunto, o en alguna de sus instituciones fundamentales, desde la perspectiva de su idoneidad para poder ser aceptados en sociedades con culturas y civilizaciones muy distintas. Dichos planteamientos suelen presentarse desde disciplinas ajenas a la jurídico-penal, tales como la Filosofía, la Sociología o la Antropología. Con el límite que nos marca el sentido común en la edición de la presente publicación, tomaré un ejemplo de este modelo, el que representa la obra de Otfried HÖFFE cuando en su mismo título nos pregunta si existe un Derecho Penal intercultural⁸⁴. Dicho modelo refleja, una vez más, la influencia de las concepciones filosóficas que tanto han aportado a la disciplina jurídico-penal⁸⁵,

84 HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*. Frankfurt am Main, 1999. Dicha obra responde al modelo filosófico, tal y como se expresa en el subtítulo. En la misma monografía aparecen unas contestaciones de autores tan relevantes como Dieter RÖSSNER, Joachim KERNSTEN, András SZABŐ y Winfried HASSEMER. Otro trabajo que se encuentra en la misma línea viene representado por WEIGEND, Thomas: *Strafrecht und Zeitgeist* en SIEBER, Ulrich/ALBRECHT, Hans-Jorg (Coords.): *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*. Berlin, 2006; págs. 44-65.

85 Las relaciones entre Filosofía y Derecho Penal son tan evidentes que no necesitan ninguna justificación. A mero título de ejemplo, en uno de los últimos trabajos de ROXIN se nos muestran, de forma condensada, algunas de esas grandes aportaciones. ROXIN, Claus: *Selbstständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie, Moral und Religion*.

y que continúan explicando, fundamentando o sometiendo a la crítica a las instituciones más relevantes de la misma⁸⁶.

¿Existe un Derecho Penal válido en igual medida para negros y para blancos; para judíos, cristianos, musulmanes o budistas; para corredores de bolsa y cultivadores de arroz; para los soldados de la frontera de la antigua República Democrática

Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag. Heidelberg, München, Lansberg, Berlin, 2007; págs. 489 y ss., 494 y 495.

Según el autor, destacarían las siguientes:

-El modelo de pensamiento del contrato social en relación con los fines que persigue el Derecho Penal y la fundamentación del principio de legalidad, que es producto de la Filosofía de la Ilustración.

-No ha tenido tanta relevancia la teoría de la retribución de Kant en el moderno Derecho Penal.

-La concepción idealista de la pena tiene su arraigo en determinadas tendencias filosóficas.

-La teoría de la culpabilidad, y su plasmación en la idea de no instrumentalización del ser humano por parte del Estado, refleja la fuerte impronta de la Filosofía en el Derecho Penal.

-La teoría de la imputación objetiva procede de la teoría de la imputación de Hegel. De aquí también puede derivar la gran relevancia que adquiere la teoría del bien jurídico.

86 En los últimos tiempos han aparecido investigaciones muy interesantes que, desde la perspectiva filosófica, aportan relevantes reflexiones sobre el Derecho Penal, o algunas de sus referencias fundamentales. Toda la obra de VIVES ANTÓN, especialmente con la publicación de los *Fundamentos del sistema penal* y otros trabajos posteriores, representa una de las mayores contribuciones que ensamblan la filosofía del lenguaje, desde autores como WITTGENSTEIN o HABERMAS, con la explicación del ordenamiento punitivo. Y de ahí se explica que autores tan lejanos a VIVES ANTÓN hayan adoptado una teoría procedimental del bien jurídico muy similar a la que mantuvo aquél, dado el común de los presupuestos filosóficos de los que parten (HABERMAS). En este sentido, YANG, Chun-Soo: *Konzeption einer intersubjektiven Rechtsgutlehre. Teilnehmerrolle als ein diskurstheoretischer Rechtsgutbegriff*. Frankfurt am Main, 2006. En la teoría de la pena también han aparecido algunas relevantes monografías que destaco a renglón seguido. MERLE, Jean-Christophe: *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde. Eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus*. Berlín, 2007. BASTELBERGER, Marcus: *Die Legitimität des Strafrechts und der moralische Staat. Utilitaristische und retributivistische Strafrechtsbegründung und die rechtliche Verfassung der Freiheit*. Frankfurt am Main, 2006. CAMPAGNA, Norbert: *Strafrecht*

de Alemania y para sus superiores; para militares serbios y muyahidines afganos? Esta es la cuestión que se plantean los modelos de reflexión intercultural⁸⁷.

Se parte de una idea que nos presenta una aparente contradicción en el marco de las Ciencias Sociales. Por un lado, entre etnólogos y antropólogos cada vez adquieren más relevancia las tesis que explican los valores sociales en términos de relativismo cultural atendiendo a las peculiaridades de cada comunidad. Pero, por otro lado, frente a este relativismo cultural constatado empíricamente, el Derecho Penal, material y adjetivo, representa una buena prueba de lo contrario, es decir, de su estructura similar en sociedades muy diferentes, presentándose (y empleo palabras del propio HÖFFE) como una “universalidad socio-cultural”. Esa universalidad se muestra claramente en el marco de las diferentes clases de delitos que se encuentran en la mayoría de las culturas (homicidios, lesiones, agresiones sexuales, infracciones contra el patrimonio, etc.)⁸⁸. Y, sin embargo, el Derecho Penal representa un

und unbestrafte Straftaten. Philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen. Stuttgart, 2007. Una explicación de la culpabilidad jurídico-penal desde la perspectiva sociológica la encontramos en ZABEL, Benno: *Schuldtypisierung als Begriffanalyse. Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtlichen Transformation.* Berlín, 2007.

- 87 HÖFFE: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*... cit.; pág. 7. Se muestra de acuerdo con esta posición, RÖSSNER, Dieter: *Kriminalrecht als unverzichtbare Kontrollinstitution. Zu einer interkulturellen Theorie des Strafrechts* en HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch.* Frankfurt am Main, 1999; págs. 121 y ss., 125. Asume expresamente las tesis de ambos autores, ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 4ª Edic... cit.; pág. 131. En cambio, refleja mayor escepticismo HASSEMER, Winfried: *Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturelles Strafrechts* en HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch.* Frankfurt am Main, 1999; págs. 157 y ss. HASSEMER, Winfried: *Interkulturelles Strafrecht* en ZACZYK, Rainer/KÖHLER, Michael/KAHLO, Michael (Edits.): *Festschrift für E. WOLFF.* Berlin; 1998; págs. 101 y ss.
- 88 ROXIN (*Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Tomo I... cit.; pág. 131) fundamenta esta “universalidad sociocultural” del Derecho Penal con base en la elaboración de las teorías generales del Derecho Penal y los planteamientos político-criminales que los presiden.

medio coactivo limitado legalmente, de tal forma que no puede ser calificado como mera tradición o convención, tal y como ocurre en otros sistemas normativos culturales⁸⁹.

La tesis fundamental que defiende el autor, y que explicaría cierta universalidad del núcleo esencial del Derecho Penal, vincula dos ideas fundamentales. Por un lado, el carácter liberal del Derecho Penal. Y, por otro lado, su finalidad última, que consistiría en mantener eficazmente la vigencia de los derechos humanos y la protección de las víctimas frente a las fragantes violaciones de dichos derechos humanos⁹⁰.

A partir de aquí, la construcción de un Derecho Penal intercultural se basa en tres ideas rectoras. La primera, que expresa que el pensamiento filosófico de los derechos humanos ya no coincide con un catálogo concreto y determinado de los mismos. La segunda, según la cual la teoría de los derechos humanos tiene como misión principal proporcionar un núcleo universal integrado por elementos de las diferentes culturas, y en donde cada civilización puede reconocerse a sí misma y reconocer a las demás. Y la tercera, que pone el acento en el hecho de que el acervo de los derechos humanos no es hoy patrimonio exclusivo de la civilización occidental, sino que todas las culturas tienen

89 HÖFFE: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*... cit.; págs. 67 y ss. Este autor manifiesta expresamente la constatación empírica en los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo de una sorprendente coincidencia del ámbito más común de la protección penal, de tal forma que el núcleo clásico del Derecho Penal tendría una (casi) absoluta validez intercultural.

90 HÖFFE: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*... cit.; pág. 8: "... El Derecho Penal no es la expresión de la necesidad atávica de punición, o del instinto de venganza, ni tampoco un medio de represión de una cámara de tortura estatal... ..tampoco necesita el Derecho Penal una excesiva justificación que clame una Justicia absolutamás bien constituye el componente fundamental de la naturaleza liberal del Derecho". "... El Derecho Penal representa el elemento irrenunciable de una organización autónoma de la sociedad comprometida con los derechos humanos. Pero no en otra sino sencillamente en esta función: como defensa de los derechos humanos y expresión del vínculo de la sociedad con las víctimas de las violaciones de los derechos humanos".

derecho a reflejarse en su imagen y a ir integrándolos en su seno, desarrollándose conforme a sus requerimientos mediante los correspondientes procesos de aprendizaje y transformación⁹¹.

Con estas premisas, la explicación de HÖFFE de la gran similitud de las normas penales (sobre todo, en el mundo occidental) se fundamentaría en la legitimación de la elaboración del catálogo de delitos con criterios que vienen justificando la defensa del ser humano en su visión más genérica (que descansa en la misma idea de los derechos humanos). Por muchas que sean las diferencias existentes entre unas y otras culturas jurídicas, el suelo sobre el que se asienta su materia punitiva estará legitimado por el ataque y la violación de los derechos humanos, lo cual explicará que el libro de delitos de cada ordenamiento punitivo sea muy similar⁹².

Y si es cierto que es muy difícil conseguir que las distintas civilizaciones se pongan de acuerdo en relación con lo que valoran positivamente; es más fácil, sin embargo, coincidir en lo que todas quieren rechazar como acciones perturbadoras de su coexistencia.

No obstante, el planteamiento del autor (pese a su expresa y aparente formulación en contrario) sigue estando limitado al sistema de vida propio del mundo occidental, aun concebido de forma muy amplia. Así se demuestra cuando, de conformidad con TIBI, postula por la exigencia en esta materia, de "... un consenso valorativo entre las culturas, sin renunciar a los valores fundamentales de la Democracia y de la Ilustración"⁹³.

Otros autores (HASSEMER) entienden que esa universalidad del sistema penal es más difícil de contemplar fuera del mundo occidental⁹⁴, aun cuando sostienen la exigencia de una

91 HÖFFE: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*... cit.; pág. 79.

92 HÖFFE: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*... cit.; pág. 107.

93 HÖFFE: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*... cit.; pág. 108.

94 HASSEMER: *Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturelles Strafrechts*... cit.; pág. 172. El autor pone como ejemplo las penas corporales y la instauración de la tortura, instituciones y prácticas que se rechazan en

generalización de la cultura de los derechos humanos, lo cual implica a su vez una apuesta por la tendencia a la universalidad del Derecho Penal. Se concibe, entonces, la tarea fundamental de un Derecho Penal intercultural de proyectar de forma general la instauración del reconocimiento, respeto y vigencia real de los derechos humanos. Ello comienza con el establecimiento común en las administraciones de Justicia de los distintos Estados de los principios básicos del proceso penal. También aquí se aboga por el necesario consenso (en parte alcanzado, en parte alcanzable) sobre la necesaria tutela real de esos derechos humanos frente a los menoscabos más relevantes⁹⁵.

No quiero ahora extenderme más sobre esta temática. Simplemente anotaré que también se conocen tendencias que examinan los valores del Derecho desde la perspectiva transcultural más allá de la teoría de los derechos humanos, para situarse en ideas rectoras muy genéricas y trascendentales⁹⁶.

En conclusión, no cabe duda de que el proceso de globalización ha influido notablemente en la extensión universal de los derechos humanos como valor fundamental del Estado liberal y

el mundo occidental aun cuando se demostrase que son económicas y eficaces; mientras que en el Sur de Asia, por ejemplo, forman parte de algunas tradiciones jurídico-penales.

95 HASSEMER: *Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturelles Strafrechts...* cit.; págs. 178 y 179. “Pienso que la conmoción general sobre las atroces violaciones de los derechos humanos conocidas universalmente, puede constituir la causa motriz para un entendimiento intercultural sobre el contenido y la existencia de los derechos humanos”.

96 LAMPE, Ernst-Joachim: *Überindividuelle Rechtsgütern, Institutionen und Interessen en Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstaatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag.* Köln, München, 2008; págs. 79 y ss., 93. De este modo, regirían especialmente como valiosas transculturalmente determinadas ideas rectoras que incentivan un progreso político, económico, social o cultural y que han encontrado para ello una adecuada forma de organización. Pues, se apunta, el valor transcultural de las instituciones sociales es aportado, en parte, por la *conditio humana*, y es determinado, también en parte, por las tendencias de la evolución biopsíquica y cultural.

de las democracias occidentales⁹⁷. Esa extensión ha determinado que los sistemas penales de las diferentes culturas y civilizaciones hayan asimilado un ámbito común de los comportamientos humanos que se desean prohibir y castigar por las respectivas sociedades. Sin embargo, la transnacionalización de los derechos fundamentales y su permeabilización en las distintas culturas y civilizaciones han ido determinando una nueva comprensión de los mismos que no puede ser interpretada exclusivamente en su visión original (liberal y decimonónica), sino que ha de ser contemplada bajo la óptica de un consenso sobre sus principales bases desde una perspectiva intercultural.

También respecto del Derecho Penal ha sucedido, de forma paralela, algo muy similar. Sus principios básicos, el catálogo de delitos y de sanciones y la estructura del proceso penal han venido siendo el resultado de una evolución propia de los sistemas jurídicos occidentales, que se ha trasladado a otros espacios geopolíticos que han ido adoptando los fundamentos universales de este sistema penal. Tanto es así, que las instituciones y principios básicos de este Derecho Penal influido por la globalización, ya no

97 Christian TOMUSCHAT vincula la extensión de los derechos humanos a los efectos de la globalización. En efecto, en el mundo de las modernas tecnologías y de las comunicaciones internacionales sin fronteras, ninguna civilización puede aislarse y no quedar afectada por la influencia que recibe del exterior. En este sentido, el impacto que ha tenido la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el sistema constitucional nacional de los diferentes Estados es evidente. Habría que admitir que la influencia de dicha Declaración no ha evitado algunos trágicos acontecimientos tras su aprobación y entrada en vigor. Pero, por otro lado, las propuestas normativas que se han reiterado una y otra vez en documentos oficiales y de primer orden, han ido conformando progresivamente las formas y los modos en que los seres humanos piensan y discuten. De ahí que, afirma el autor, aunque las diferentes declaraciones internacionales de los derechos humanos no son infalibles en su puesta en práctica, dado que pueden ser, y han sido, abiertamente violadas, también es verdad que en el largo transcurso del tiempo se configura el entorno ideológico en virtud del cual el poder del Estado tiene que legitimarse a sí mismo. TOMUSCHAT, Christian: *Human rights: Between idealism and realism*. Oxford, 2003; pág. 83.

son patrimonio exclusivo del mundo occidental, pues adquieren cierto carácter universal⁹⁸.

V. A título de conclusión

Los procesos de globalización económica, política, tecnológica y cultural han transformado el mundo de forma vertiginosa desde las dos últimas décadas del Siglo pasado hasta el momento actual. Pero también han afectado decisivamente a la génesis, metamorfosis y extensión de la criminalidad y a las leyes punitivas establecidas para prevenirla y combatirla.

Estos cambios apuntados están modificando, pues, la sociedad civil y la misma configuración del Estado. También la criminalidad, como uno más de los componentes estructurales de esa sociedad civil, se ha adaptado al nuevo modelo, y ha adquirido un relevante desarrollo a través de los tecnificados mecanismos de la era de la globalización.

En toda comunidad, en todo espacio geográfico y en todo momento histórico, los poderes públicos han reaccionado siempre frente al fenómeno criminal, dado que, de lo contrario, la correspondiente civilización tendría contados sus días. La nueva conformación social también necesita protegerse con el escudo del Derecho Penal. Tradicionalmente, la tutela punitiva no podía

98 La consideración empírica de los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo (étnica, histórica y comparativamente) constata igualmente una sorprendente coincidencia del ámbito básico de la protección penal. Con toda la relatividad de los ordenamientos jurídicos, el núcleo fundamental clásico del Derecho penal tiene una casi absoluta validez intercultural. Todo ello se puede resumir con la idea siguiente: El Derecho penal está tendencialmente acuñado por la interculturalidad. En todo caso, los ordenamientos jurídico-penales nacionales se asemejan más entre sí que sus respectivas lenguas. En Derecho Penal no hay ninguna confusión babilónica, al menos en su ámbito esencial. Estas ideas vienen expresadas por RÖSSNER, Dieter: *Kriminalrecht als unverzichtbare Kontrollinstitution. Zu einer interkulturellen Theorie des Strafrechts* en HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*. Frankfurt am Main, 1999; págs. 121 y ss, 125.

violar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los sospechosos, acusados o reos que intervenían en el sistema penal. Pero las definiciones, los conceptos, las instituciones y los mecanismos propios del Derecho Penal sustantivo y procesal, experimentan una transformación y adaptación en vistas a reaccionar de una forma eficaz (y a veces “efectista”) frente a los nuevos retos que se derivan de esta moderna forma de agresión a bienes jurídicos fundamentales para la convivencia humana.

Por la propia naturaleza de la delincuencia de la globalización y del espacio y de la forma en que se desarrolla, el sistema penal, tanto preventivo como represivo, ya no ha podido estructurarse exclusivamente desde el modelo tradicional. Pues si bien es cierto que el Derecho siempre camina con retraso respecto de las necesidades que le demanda la evolución de la sociedad, ese retraso tiende a ser menor, y ha de disminuir al máximo, merced a los constantes y rápidos cambios provocados por las nuevas tecnologías y los nuevos procesos económicos de la era de la mundialización.

Dichas transformaciones, por tanto, han afectado, al entero sistema punitivo. Pero también se reflejan, sin duda alguna, en las diferentes concepciones del Derecho Penal, de tal forma que se ha ido produciendo una modificación sustancial de algunas de sus metodologías. Y también han aparecido otras nuevas.

La presente investigación se ha estructurado tomando como premisa fundamental aquélla dirigida a desvelar la ideología que subyace en el moderno Estado sometido a la mundialización económica. A partir de ahí, se analizan, en primer lugar, los modelos penales que reflejan directamente esa ideología en la metodología empleada para interpretar y sistematizar sus categorías e instituciones. Y, en segundo lugar, se estudian algunos otros que postulan por una extensión universal de los derechos humanos, o incluso se originan como reacción frente al ideario político de la globalización.

Así, la tesis fundamental que aquí se defiende sostiene que el pensamiento de la globalización se presenta en la ideolo-

gía de la confianza en la técnica, de la gestión de los conflictos bajo parámetros “cientifistas”, de los criterios de productividad que se miden por perspectivas del beneficio resultante de la diferencia entre ingresos y costes. Y en dicha tesis se afirma que las concepciones jurídico-penales que emergen directamente del fenómeno de la globalización, como el Derecho Penal simbólico o el Derecho Penal del enemigo, se asientan sobre este tipo de claves argumentativas.

A partir de estas premisas, se establecen criterios metodológicos derivados para poder determinar las vinculaciones más íntimas entre el fenómeno de la globalización y su influencia en el Derecho Penal. Por un lado, se analizan las relaciones existentes entre la revolución tecnológica y la estructura del sistema económico que la crea, su incidencia en la conformación ideológica en la respectiva etapa de la evolución del Estado y su proyección en el sistema penal. Por otro lado, se tienen presente los movimientos sociales y las tendencias culturales con vocación de extensión planetaria (como es el caso en el marco de la protección universal de los derechos humanos y su influencia en el Derecho Penal internacional o en el Derecho Penal intercultural); así como aquellos otros que se enfrentan y rechazan la mundialización de la economía y sus efectos (por ejemplo, los recientes movimientos que postulan en favor de la vigencia del Derecho Penal indígena).

De este modo, la concepción metodológica que más se ha extendido fuera de las fronteras de los Estados en que nació, la Dogmática penal, puede ser caracterizada hoy en día como universal. Ello se explica por diversas razones, entre las que cabe destacar la homogenización global de los modelos occidentales de convivencia y de sus atentados, lo cual determina un elenco de figuras delictivas muy similar en la mayoría de los países. También determinadas categorías dogmáticas se generalizan porque la situaciones de la vida social que contemplan acontecen en todo el mundo (así, por ejemplo, las diferentes causas de justificación y exculpación).

La globalización está transformando algunas instituciones básicas del Derecho Penal, como los principios de legalidad, intervención mínima o culpabilidad, que ahora adolecen de un menor contenido garantista para dotarse de una (aparente) mayor eficacia. Otras categorías dogmáticas, como la imputación objetiva y la tesis del riesgo permitido son producto de los nuevos tiempos. En la Parte Especial adquieren relevancia delitos relacionados con la criminalidad organizada, con el orden socio-económico, con el medio ambiente o con la utilización de las modernas tecnologías, sin olvidar la gran importancia que representa el terrorismo global.

La ideología de la globalización se proyecta sobre algunas concepciones del Derecho Penal que aparecen en las últimas décadas del Siglo XX y que siguen desarrollándose en el momento presente.

La tesis funcionalista contempla el sistema penal bajo la perspectiva de lesividad derivada del menoscabo de competencias, de la dificultad de mantener la vigencia del ordenamiento y sus normas, del debilitamiento de la regla jurídica, del entorpecimiento de la funcionalidad institucional, de la defraudación de expectativas y de la pérdida de la confianza en el Derecho. Aquí se encuentran los postulados descriptivos y no valorativos de la realidad examinada, la búsqueda de la eficiencia y la aparente neutralidad del paradigma científico, consecuencias propias del pensamiento de la mundialización económica.

Se está imponiendo globalmente (o al menos, en la mayoría de los Estados democráticos) el denominado Derecho Penal simbólico como tendencia a la utilización de la reforma de la legislación penal para frenar la alarma social originada ante determinados brotes de criminalidad (en muchas ocasiones, dicha alarma social es creada o exagerada artificialmente por los medios de comunicación). También se recurre a la reforma punitiva como mecanismo para satisfacer las demandas de conciencia de amplios sectores sociales. Este Derecho Penal simbólico encuentra su explicación en el pensamiento “efectista” de la mundialización

económica. Pues aun cuando los nuevos preceptos penales resulten inapropiados para tutelar los bienes jurídicos cuya protección demanda la ciudadanía, se logra fácilmente alcanzar los beneficios esperados sin apenas costes relevantes. Se consigue simbolizar la relevancia del problema y de la respuesta contundente de los poderes públicos ante el conflicto emergente. Con ello, la posición de los medios de comunicación varía de rumbo y la crítica se transforma en opinión favorable a los gobernantes y parlamentarios. La ciudadanía se tranquiliza al percibir que las leyes se reforman, con la errónea creencia de que también la realidad social sufre el mismo cambio. Y, sin embargo, como la economía especulativa del ámbito transnacional, los preceptos continúan vacíos de contenido y los problemas siguen sin resolverse.

En el marco de la protección penal de los derechos humanos, la globalización ha provocado el surgimiento o fortalecimiento de concepciones diametralmente opuestas. Y de ahí que se pueda admitir como producto de aquélla la expresión teórica y práctica del Derecho Penal del enemigo, fuertemente restrictivo de garantías constitucionales, pero también la tendencia en el ámbito internacional a extender mundialmente la justicia penal para evitar la impunidad frente a los atentados más graves a los derechos humanos universalmente reconocidos.

Así, en efecto, en el denominado Derecho Penal del enemigo podemos reconocer ciertos rasgos del pensamiento neoliberal que atribuye a la capacidad del sujeto para ocupar una posición en el mercado y en la vida social, la respuesta económica y jurídica que, frente a esa posición, le otorga el Estado. De este modo, quien se sitúa entonces fuera del sistema democrático y pretende su aniquilamiento, ha de esperar que el mismo poder institucional del Estado lo deje lejos de los muros que delimitan su estructura y funcionamiento. Y de nuevo la ideología tecnocrática que busca la solución rápida y contundente de los conflictos sin atender a razones relacionadas con tutela de valores, sino a otras vinculadas con la eficacia técnica, justifica desde esta concepción la calificación del sospechoso, acusado o reo como “enemigo”, “no-persona” o “combatiente enemigo”, con una brutal

restricción de sus derechos fundamentales, merced a su consideración de criminales altamente peligrosos para la propia existencia de la comunidad.

Pero también es cierto que desde otra perspectiva, desde la que pretende homogenizar el mundo imponiendo los valores propios de la tradición judeocristiana en el seno de la civilización occidental, se elaboran teorías interculturales del Derecho Penal que buscan lo común a todo ordenamiento jurídico-punitivo en cualquier Estado, en cualquier cultura o ámbito geopolítico. Y la respuesta la encuentran de nuevo en una de las grandes aspiraciones de dicha civilización occidental, cual es la protección universal de los derechos humanos. Y en la era de la globalización es cuando se consigue alcanzar, aun con muchas limitaciones, la creación de un tribunal penal internacional competente para juzgar en casi todo el Planeta los crímenes más execrables contra la humanidad.

En la Tercera Revolución Industrial de nuevo se vuelve a repetir el mismo esquema de otras revoluciones industriales. El progreso tecnológico se halla al servicio de los agentes económicos para desarrollar y evolucionar el sistema de mercado imponiendo sus intereses. Para ello se crea una ideología acorde con la moderna estructura económica y las necesidades de las incipientes clases hegemónicas. Dicha ideología penetra en todos los ámbitos para amoldar el tejido institucional y transformar el Estado hacia la nueva realidad. También el nuevo pensamiento impregna a las concepciones y al mismo sistema penal, creando de este modo el escudo protector que le dote de la mayor perdurabilidad posible. Las empresas transnacionales, el mercado global, el pensamiento tecnocrático, “efectista” y “cientifista” de la era de la mundialización responde igualmente a este esquema. Y, si he conseguido mi propósito, queda claro que también el nuevo Derecho Penal es producto de su tiempo, de la era de la globalización.