

GLOBALIZACIÓN Y DERECHO PENAL

Fernando Velásquez V.

Profesor de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá.

I. INTRODUCCIÓN

Para atender la amable invitación formulada, se aprovecha esta oportunidad para ocuparse de la problemática de la globalización y sus relaciones con el Derecho Penal. A tal efecto, en primer lugar, el presente escrito hace algunas necesarias precisiones de carácter general sobre el fenómeno de la globalización indicando cuáles son sus riesgos, contradicciones y desventajas; en segundo lugar, examina las características más sobresalientes del llamado Derecho penal “clásico” enfrente al que algunos denominan como “actual”; en tercer lugar, muestra cómo de cara al dilema Derecho penal máximo-Derecho penal mínimo, la legislación penal del porvenir debería optar por el segundo de ellos. Y, finalmente, en cuarto lugar, se emiten algunas conclusiones para la discusión.

II. LA GLOBALIZACIÓN Y SUS RIESGOS

Antes de precisar cómo debe configurarse la legislación penal del porvenir de cara a la globalización, parece prudente hacer algunas consideraciones generales sobre el asunto dentro del cual se inscribe la discusión. En efecto, en primer lugar, debe advertirse que la idea de *globalización* —denominación no generalizada, pues hay quienes prefieren valerse de la locución *mundialización*¹ mientras que otros

¹ Véase a ARNAUD: *Entre modernidad y globalización*, pág. 25.

utilizan expresiones como *formación global* o *cultura global*²—, ya esbozada, dista mucho de ser unívoca, dado que puede ser entendida de diversas formas, dependiendo de los contextos económico, político, cultural y espacial en el cual se le emplee³.

Por eso, pues, tal noción se asocia con la autonomía lograda por la economía en relación con la Política; con el surgimiento de nuevas estructuras de decisión en el ámbito planetario; con las alteraciones sufridas por las empresas, sectores, regiones, países y continentes en materia de competitividad. Así mismo, se vincula con la “desnacionalización” de los derechos, la “desterritorialización” de las formas institucionales, y la descentralización de las estructuras políticas del capitalismo; también, se acude a ese concepto para referirse a la estandarización de las prácticas comerciales en el ámbito mundial, la desregulación de los mercados de capitales, la interconexión de los sistemas financiero y de seguridad a escala global, la reasignación geográfica de las inversiones productivas y la volatilidad de las transacciones especulativas. En fin, con ése vocablo se hace referencia a la unificación de los espacios de reproducción social, la proliferación de los movimientos migratorios y los cambios radicales en la división internacional del trabajo; o a la estructura político-económica multipolar que supone nuevas fuentes de cooperación y conflicto tanto en el movimiento de capital como en el desarrollo del sistema mundial⁴.

En segundo lugar, obsérvese, el fenómeno de la *globalización* tampoco es nuevo desde el punto de vista histórico dado que aparece ya en los antiguos imperios, y jalonó la expansión de los poderes español y portugués en América; además,

² DE SOUSA SANTOS: *La globalización del Derecho*, pág. 37.

³ Cfr. VALLESPIN: *El futuro de la política*, págs. 28 y ss.; QUERALT: “Derecho penal y globalización”, págs. 86 y 87; JOSEPH STIGLITZ: “El descontento con la globalización”, en AA. VV.: *Pánico en la globalización*, págs. 57 y ss.

⁴ Así FARIA: *El Derecho en la Economía globalizada*, pág. 49.

posibilitó todo el proceso de colonización europea en el Asia, entre otras manifestaciones. Lo que es novedoso, por supuesto, es su irrupción en las sociedades informáticas actuales dando lugar a un complejo fenómeno de interacciones transnacionales, en el cual los emporios financieros de origen privado y grandes bloques económicos amenazan con sustituir al Estado como actor principal⁵.

En fin, para rechazar el calificativo de “nuevo” dado al fenómeno objeto de análisis, debe decirse que más allá de las fronteras artificiales que separan hoy a los países, el mundo nació globalizado; con razón, pues, el poeta y escritor colombiano WILLIAM OSPINA, en ensayo sobre la materia, ha dicho: *“Mucho antes de que los meros humanos empezáramos a procurar la globalización, el mundo ya estaba globalizado. Las águilas migratorias que viajan desde el Canadá hasta el norte de la República Argentina, y que al pasar sobre la sierra nevada del Cocuy (en Colombia) describen el círculo mágico que engendró los mitos de los u’wa (una tribu indígena), o los colibríes diminutos que se hinchan de miel en verano y después vuelan sin detenerse miles de leguas, hasta la extenuación, o los vientos que llevan sus semillas, no tienen nada que ver con las rencorosas fronteras que han inventado nuestros guerreros y nuestros burócratas”*⁶.

Además, en tercer lugar, no deja de ser irónico que en la actualidad se hable de “globalización” o de “mundialización” de la economía y de las finanzas, cuando el “mundo” al que se hace referencia se reduce a tres zonas geográficas: América del Norte; Europa occidental y Asia oriental; dentro de esta tríada de bloques económicos se concentra más del 70% del comercio mundial, y el 84% de él tiene

⁵ Así FARIA, ob. cit., pág. 51; DE SOUSA SANTOS, ob. cit., pág. 40.

⁶ Véase: *Los nuevos centros de la esfera*, pág. 25.

lugar entre países que apenas acogen el 24% de la población mundial⁷. Por eso, algunos prefieren hablar de la *glocalización* como contracción de lo global y lo local, de tal manera que lo global es local y viceversa⁸; mientras que otros, por su parte, aluden a la “sociedad 20:80”, para mostrar una organización comunitaria de la quinta parte en la cual la mayoría de desplazados debe ser manejada con placebos, mientras que sólo el 20% de privilegiados bastará para sostener la economía mundial⁹.

En otras palabras: cuando se habla de la “globalización” de la economía y de las finanzas se incurre en una gran impropiedad porque el 76% de la población mundial poco o nada se beneficia de ese intercambio¹⁰ aunque, por supuesto, puede contribuir mucho a que las arcas de los más poderosos países centrales se sigan llenando, mientras las de las naciones semiperiféricas o periféricas se vacían cada vez más; los ejemplos de lo que sucede hoy en los países latinoamericanos son bien dicentes. Todo hacer pensar, entonces, que los fenómenos examinados muestran no solo la existencia de “ganadores” y “perdedores” con la creación de nuevas pautas de inclusión y exclusión, sino la mayor o menor capacidad de las distintas sociedades para hacer frente a sus continuos retos¹¹.

⁷ Así VALLESPIN, ob. cit., pág. 43. Es tan dramático y cierto lo expresado que una reciente fotografía nocturna (27 de noviembre de 2001) tomada por satélites de la NASA, en la cual se muestran todas las regiones habitadas y deshabitadas de la Tierra, enseña cuales son las regiones desarrolladas o subdesarrolladas dependiendo de la luz observada; así las cosas, la luminosidad se concentra en tres áreas desarrolladas: Norte-América, Europa Occidental y Japón, mientras el sur se ve en la oscuridad (salvo las áreas más desarrolladas como Australia, África de Sur y Brasil). La imagen muestra, además, que la población de China —el país más poblado del planeta— esta muy mal distribuida, y que el 25 % de los 6 mil millones de habitantes del mundo viven a lo largo de los litorales; el Río Nilo, por ejemplo, se ve plagado de luces.

⁸ VALLESPIN, ob. cit., pág. 48.

⁹ MARTIN/SCHUMANN: *La trampa de la globalización*, págs. 7 y ss.

¹⁰ El fenómeno es tan dramático que, según datos del Banco Mundial, en 1998 casi la mitad de la población mundial (2.801 millones de personas) “vivía” con menos de dos dólares diarios; de ellos, 1200 millones de personas se “sostenían” con menos de un dólar al día. Cfr. STIGLITZ: *El malestar en la globalización*, págs. 30 y 51.

¹¹ Cfr. Así VALLESPIN, ob. cit., págs. 44, 114 y 116.

Igualmente, en cuarto lugar, acorde con lo acabado de expresar, el proceso de globalización se presenta todavía como riesgoso, desigual, contradictorio, desdibujado, heterogéneo, excluyente y antidemocrático¹², máxime si se tiene en cuenta que él ha dado lugar tanto a la creación de renovadas formas de dependencia como a la gestación de nuevos centros del poder mundial; ahora, pues, reinan las más poderosas multinacionales y los grandes bloques económicos¹³. Por eso, una de las más profundas investigaciones sobre el asunto afirma, de manera categórica, lo siguiente: “*ahora el modelo es de pocos ricos y muy cualificados en el Norte, poquísimos cualificados en el sur y, principalmente, muy pobres y poco cualificados en todo el mundo*”¹⁴.

Dicho de otra forma: se ha trastocado el orden de cosas vigente hasta hace pocos años, amenazando con el derrumbamiento de los estados-nación¹⁵ para dar lugar a un escenario en el cual se entrecruzan actores, lógicas, dinámicas y procedimientos que se mezclan entre sí superando las fronteras tradicionales e ignorando, incluso, las propias identidades nacionales. Por eso, algunos teóricos anuncian una nueva forma de democracia: la posibilitada por una “sociedad de organizaciones” u *organizacional*, en la cual la economía se torna autorregulada

¹² Así VALLESPIN, ob. cit., pág. 37; DE SOUSA SANTOS, ob. cit., pág. 56; FARIA, ob. cit., pág. 202.

¹³ Cfr. BERGALLI: “Globalización y jurisdicción penal” en AA. VV: *Sentido y contenidos del Sistema Penal*, pág. 42; QUERALT, en AA. VV, págs. 88 y 89; VALLESPIN, ob. cit., pág. 38.

¹⁴ Así FARÍA: *El Derecho en la economía globalizada*, pág. 207. Como afirma STIGLITZ (*El malestar en la globalización*, pág. 46): “Queda crecientemente claro no sólo para los ciudadanos corrientes sino también para los que elaboran políticas, y no sólo en los países en desarrollo sino también en los desarrollados, que la globalización tal como ha sido puesta en práctica no ha conseguido lo que sus partidarios prometieron que lograría... ni lo que puede ni debe lograr. En algunos casos ni siquiera ha generado crecimiento, y cuando lo ha hecho, no ha proporcionado beneficios a todos; el efecto neto de las políticas estipuladas por el Consenso de Washington ha sido favorecer a la minoría a expensas de la mayoría, a los ricos a expensas de los pobres. En muchos casos los valores e intereses comerciales han prevalecido sobre las preocupaciones acerca del medio ambiente, la democracia, los derechos humanos y la justicia social”. También, FABIO GIRALDO ISAZA: “La globalización: integración psíquica al mercado”, en AA. VV.: *Pánico en la globalización*, pág. 16.

¹⁵ Cfr. DE SOUSA SANTOS, ob. cit., pág. 41; VALLESPIN, ob. cit., pág. 91 y ss. este autor, sin embargo, piensa que la capacidad unificadora del Estado actual lo hace una pieza imprescindible en la nueva arquitectura de la mundialización aunque tendrá que adaptarse a ella necesariamente (cfr. pág. 140).

en el ámbito transnacional¹⁶; o, según otros, un modelo en virtud del cual parece imponerse un “Gobierno global sin un Estado global”, en el cual un puñado de instituciones (El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial de Comercio) y unos pocos participantes (los ministros de finanzas, economía y comercio, vinculados a claros intereses financieros y comerciales) son los que controlan el escenario sin que los implicados tengan alguna ingerencia significativa¹⁷.

Es más, todo ello se inscribe en el marco de un capitalismo salvaje, corrupto, presa de una terrible lepra moral, que ha permitido a sus más conspicuos adalides —y a sus amigotes— llenar las arcas, en medio de incontables escándalos de corrupción, derroche, ineficiencia y prepotencia; casos como los de la ENRON, XEROX, JOHNSON AND JOHNSON, IBM, WORLDCOM, etc...etc..., tanto en Estados Unidos como en Europa, ponen al desnudo la corrupción y la francachela, y le muestran al mundo entero quiénes saquean la economía planetaria mientras cientos de millones de personas perecen de inanición, evidenciando lo que algún crítico ha denominado la “enfermedad moral del capitalismo”¹⁸.

En fin, téngase en cuenta que los procesos examinados apenas están en marcha y no son todavía definitivos aunque sí es evidente que en muchos aspectos se muestran como irreversibles¹⁹; por ello, pues, no se puede pretender en una

¹⁶ Véase FARIA, ob. cit., pág. 180; otros, como ARNAUD (ob.cit., págs. 44 y 186), creen que el Estado-nación está lejos de agonizar y sigue siendo necesario.

¹⁷ Así STIGLITZ: *El malestar en la globalización*, págs. 47 y 48; el mismo: “El descontento con la globalización”, en AA. VV.: *Pánico en la globalización*, págs. 73 y 74.

¹⁸ Véase JOAQUÍN ESTEFANÍA: “La enfermedad moral del capitalismo”, en AA. VV.: *Pánico en la globalización*, págs. 97 y ss., en el mismo texto véase el artículo de ADELA CORTINA: “Enron: Un caso de libro”, págs. 119 y ss.

¹⁹ Para ZYGMUNT BAUMAN: “El desafío ético de la globalización” en AA. VV.: *Pánico en la globalización*, pág. 47, parece un proceso irreversible.

exposición como esta acceder a la “foto fija”²⁰ de la mundialización o globalización.

En quinto lugar, dado que los fenómenos en estudio generan hondas repercusiones en todos los ámbitos: la Economía, la Cultura, la Política, el Derecho, etc., parece preferible hablar más bien de “globalizaciones” o de “mundializaciones”, en plural y no en singular. Se trata de manifestaciones que no se ciñen a una lógica única, que no repercuten por igual en las diversas sociedades, grupos, empresas o sectores de la producción; que adoptan la forma de verdaderas redes conformando una auténtica “geometría variable”. En fin, fenómenos que crean nuevos patrones de desigualdad y jerarquía, pero también renovadas posibilidades de acción social; inéditas oportunidades y recursos, pero también nacientes límites y restricciones²¹.

Esto último, en sexto lugar, debe ser tenido en cuenta cuando se alude a las repercusiones de la globalización en el ámbito del Derecho y, por ende, en el seno del Derecho penal, dado que ahora se cuestiona de manera profunda el pensamiento jurídico y se aduce que se ha producido un virtual agotamiento de sus patrones teóricos y analíticos, como fruto de que el Derecho positivo imperante no es compatible con el nuevo modelo²². Es tan avasallador el influjo de estos fenómenos que algunos teóricos auguran, incluso, el derrumbamiento de toda la Dogmática jurídica como disciplina construida a lo largo de los años²³.

De igual forma, en séptimo lugar, no debe olvidarse que como este patrón globalizado es impuesto desde los países centrales hacia los de la periferia, la concepción del Derecho —por ende, también la del Derecho penal— que se quiere imponer está claramente enfocada en defensa de los intereses

²⁰ La expresión es de VALLESPIN, ob. cit., pág. 54.

²¹ Así VALLESPIN, ob. cit., pág. 56.

²² Cfr. FARIA, ob. cit, págs. 13 y 15; también ARNAUD, ob. cit., págs. 46 y 270 y ss.

²³ Cfr. FARIA: ob. cit., pág. 43.

predominantes y no en pro de los de los sometidos, urgidos de mejorar sus condiciones de justicia conmutativa y distributiva²⁴. Además, repárese, las nuevas concepciones del Derecho que vienen diseñando los estudiosos de estas disciplinas —trátese de un Derecho “reflexivo” o de uno “social”²⁵— se han edificado sobre bases bastante generales e inciertas, atendido el hecho de que sus reglas están dejando de lado la regulación directa de las conductas económicas, limitándose a actuar de forma indirecta buscando la cooperación y la coexistencia entre los sujetos de ese derecho²⁶. Desde luego, algunas de estas construcciones terminan convirtiendo al ser humano en uno de los subsistemas de la compleja red sistémica diseñada por las corrientes funcionalistas responsables de ellas, olvidando que —cualquiera sea el nuevo orden mundial en los planos político, económico y jurídico—, jamás se podrá arrasar con la dignidad del ser humano, con los Derechos del hombre, otro de los patrimonios de Occidente que ha nacido hace ya cinco siglos con una innegable vocación universalista²⁷.

De todas maneras, es evidente que se observa un desajuste entre el nuevo orden social y económico y las instituciones jurídicas vigentes, lo cual genera un cambio de paradigma²⁸ en el ámbito del pensamiento jurídico que parece insuperable. Como lo ha expresado ARNAUD: “nuestros derechos fueron forjados, repitámoslo, para un mundo de mercaderes. Nuestros legisladores supieron adaptarlos, en función de las circunstancias, hasta la revolución global introducida por la irrupción repentina, vehemente, implacable de la ley del mercado —irrupción sin vuelta atrás posible, puesto que no se trata sólo de un simple enlucido—. No nos enfrentamos a una vieja ganadora remozada, sino a una especie de fénix. La

²⁴ Cfr. GARAY: “Globalización y Derecho”, en AA. VV: *Sentido y contenidos del Sistema Penal*, pág. 32.

²⁵ Críticamente, FARIA, ob. cit., págs. 232 y ss.

²⁶ Sobre ello, FARIA: *El Derecho en la Economía globalizada*, págs. 127 y ss., 180 y ss., 221 y ss.

²⁷ Véase a ARNAUD, ob. cit. págs. 62 y 63.

globalización nos lleva la delantera y hemos de recoger el guante. El futuro será lo que hagamos de él, a condición de que empecemos por volver a pensar nuestros derechos”²⁹. Desde luego, para referirse al Derecho penal, éste tendrá que adaptarse a una cultura de la violencia, de la criminalidad económica organizada, del terrorismo internacional —piénsese en el fatídico once de septiembre y en sus consecuencias— también globalizadas³⁰, que requieren de una respuesta efectiva por parte de la organización social actual.

III. DERECHO PENAL “CLÁSICO” Y DERECHO PENAL “ACTUAL”

Es hoy lugar común entre diversos estudiosos, la afirmación según la cual el Derecho penal contemporáneo propio de las sociedades globalizadas ha pasado de ser preservador de bienes jurídicos a convertirse en protector de riesgos, de la mano de una sutil renuncia, subrepticia y paulatina, a los principios y garantías fundamentales consagradas en las Cartas Políticas y en la Parte general de los códigos penales³¹; ese Derecho penal —denominado como “nuevo” o “actual”—, cuya introducción legislativa se proclama, se opone al “clásico” o “tradicional”. Para entender de mejor manera en qué radican las transformaciones anunciadas deben, ahora, mostrarse las características básicas de cada uno de ellos.

A. El Derecho penal “clásico”. Se hace referencia a la concepción que hunde sus raíces en el llamado Siglo de las Luces y que ha sido gestada a partir de las ideas de la ilustración, caracterizada por la existencia de diversos postulados que actúan

²⁸ Sobre ello, KUHN: *La estructura de las revoluciones científicas*, pág. 13., 44 y ss.

²⁹ Cfr. ARNAUD, ob. cit., págs. 87 y 88.

³⁰ Cfr. ARNAUD, ob. cit., pág. 59; VALLESPIN, ob. cit., pág. 107 y ss.; MARTIN/SCHUMANN, ob. cit., pág. 257 y ss.

como límites al ejercicio del *ius puniendi* del Estado³², entre los cuales se pueden mencionar los siguientes.

En efecto, en primer lugar, el *principio de dignidad de la persona* al tenor del cual se debe preservar a toda costa no sólo la autonomía ética del ser humano —lo cual impide la tutela del Estado sobre el ciudadano— sino la indemnidad personal, con miras a que los medios utilizados por el legislador no atenten contra el pundonor concreto del hombre. Así las cosas, el ejercicio del *ius puniendi* ha de estar sometido a unos controles tales, que está absolutamente prohibido cualquier atentado contra la persona en todos los órdenes. Por ello, entonces, están vedados las sanciones penales y los tratos crueles, inhumanos y degradantes; la desaparición forzada; los apremios, las coacciones, y las torturas. El valor de la persona humana, entonces, se erige en un límite fundamental al poder punitivo gracias al cual se busca impedir que el Estado pisotee al ciudadano, perdiendo su legitimidad y poniéndose al mismo nivel de las delincuencias que busca erradicar³³.

En segundo lugar, el *principio de legalidad de los delitos y de las penas*, al tenor del cual la ley penal que consagra el supuesto de hecho delictivo y las consecuencias jurídicas imponibles debe ser escrita, estricta, cierta y previa, de donde surgen los axiomas de taxatividad o determinación, prohibición de la extraactividad de la ley penal y de la analogía salvo favorabilidad, y prohibición de la costumbre. Dentro de esta concepción el mandato de certeza reviste una importancia tal, que sin él no es posible la realización efectiva de las demás prohibiciones emanadas del postulado de legalidad; su observancia, pues, es el

³¹ Cfr. GAITÁN GARCÍA: “Derecho penal contemporáneo...”, pág. 31; HASSEMER: “Viejo y nuevo Derecho penal” en *Persona, Mundo y responsabilidad*, pág. 22 y ss.

³² Sobre ello, L. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 91 y ss.; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal*, págs. 214 y ss.; CARBONELL MATEU, *Derecho penal*, págs. 100 y ss.; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: *Manual*, págs. 31 y ss.

verdadero termómetro que permite determinar hasta dónde alcanza el respeto por el Estado de derecho, las libertades ciudadanas y la seguridad jurídica.

Así mismo, el axioma de legalidad le asegura al destinatario de la ley la vigencia de un *debido proceso legal* rituado por su *juez natural*; y una ejecución penal presidida por el denominado *principio de la ejecución*, en virtud del cual la sanción penal debe propender por la resocialización del reo, en el marco de un tratamiento humanitario, digno, y asistencial.

En tercer lugar, se asegura el principio de *igualdad ante la ley penal*, ya no concebido en sentido formal como era tradicional en el estado liberal clásico, sino desde un punto de vista material.

En cuarto lugar, este modelo de Derecho penal aboga por el principio de *proporcionalidad*, de *prohibición de exceso*, de *racionalidad o razonabilidad*, *proporcionalidad de los medios*, *proporcionalidad del sacrificio*, *proporcionalidad de la injerencia*, etc., que tiene su razón de ser en los derechos fundamentales al punto de que la Dogmática de los mismos lo ha concebido como un límite de límites, lo cual ha contribuido a preservar la “proporcionalidad” de las leyes, ligándolo con *el principio de Estado de Derecho* y, por ende, con el valor *justicia*. Este axioma está integrado por un conjunto de criterios o herramientas gracias a las cuales es posible sopesar y medir la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como de cualquier grupo de interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un perfil concreto o desde un punto de mirada determinado: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio. A no dudarlo, se trata de *un principio de carácter relativo* del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino sólo por referencia al caso concreto, dependiendo de la relación medio a fin que,

³³ Cfr. FERRAJOLI: *Derecho y razón*, pág. 396.

eventualmente, guarde el límite o gravamen de la libertad, con los bienes, valores o derechos que pretenda satisfacer; por ello, pues, se dice que *es un axioma relacional* en cuanto compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin.

En quinto lugar, el axioma de *necesidad de intervención*, según el cual la injerencia penal del Estado sólo se justifica cuando es imprescindible para el mantenimiento de su organización política, dentro de los linderos propios de una concepción democrática, pues todo lo que vaya más allá de dicho confín —sea porque el bien jurídico pueda ser tutelado por otro mecanismo menos gravoso, o porque no requiera de protección alguna— lo encauza por la vía autoritaria y termina, de manera inevitable, en la supresión de los fundamentos democráticos del Estado; así mismo, esa intervención debe ser la mínima posible por lo cual la consecuencia jurídica imponible sólo puede ser también la menor de las probables. De ello se infieren dos consecuencias diferentes: el *carácter de ultima ratio*, y el *carácter fragmentario*.

En sexto lugar, el *principio de la teleología de las sanciones penales* —verdadera expresión del postulado de prohibición de exceso—, en virtud del cual están prohibidas las penas *crueles, inhumanas y degradantes*, de donde se infiere que la sanción penal sólo puede perseguir la rehabilitación, la resocialización del condenado (prevención especial positiva, entendida hoy como no desocialización), pues el sistema penal no requiere de penas severas sino efectivas para que el castigo sea realmente operante, de tal manera que el cometido humanista inspirador de las disposiciones constitucionales no termine convirtiéndose en terror punitivo (en prevención general negativa). En otras palabras, como dice E. RESTA, se trata “de castigar menos para castigar mejor” porque “una violencia punitiva excesiva no es

un antídoto, sino el mecanismo de aceleración y de contagio del envenenamiento”³⁴.

En séptimo lugar, el *postulado de lesividad, de protección de bienes jurídicos, de la dañosidad social, de la objetividad jurídica del delito*, etc., del cual se desprende la noción de bien jurídico que debe ser evidente, concreta, de tal manera que arrope los intereses primarios de las personas (la vida, el patrimonio económico, la salud, etc.), y sólo constituyan delito las afectaciones específicas a ese interés tutelado.

Obviamente, en octavo lugar, se debe observar el *principio del acto, del hecho o de la objetividad material del delito*, en virtud del cual —de un lado— el suceso acriminable no está constituido por un acto interno de la psique sino por un acontecimiento en el mundo de la naturaleza referido a un actuar del hombre; el delito, gracias a esta conquista de la especie humana, se traduce en una *exterioridad*, lo cual permite al derecho represivo castigar a los hombres sólo por lo verdaderamente realizado y no por lo pensado, deseado o propuesto. Además, de otro lado, del apotegma en examen se deriva otra importante consecuencia: el fenómeno criminal no puede caracterizarse a partir del modo de ser de la persona, sus hábitos, temperamento, pensamiento o afectividad; esto es, se castiga *por lo que se hace y no por lo que se es*.

En noveno lugar, debe mencionarse el *principio de culpabilidad o de la responsabilidad subjetiva*, según el cual *no hay pena sin culpabilidad*, pues la sanción criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle “reprochado” o “exigido” al autor, posibilitando tanto la erradicación de la responsabilidad objetiva como la tasación de la pena atendiendo al grado de

³⁴ Cfr. RESTA, *La certeza y la esperanza*, pág. 55.

culpabilidad. El hombre, pues, no responde por un defecto de carácter adquirido (Derecho penal de autor), sino por su hacer (Derecho penal de acto); se trata de una concepción del Derecho punitivo para la cual la culpabilidad se fundamenta en el hecho o acto cometido y no en la forma como el autor conduzca su vida.

Obviamente, con este punto de partida no es posible entender el concepto de culpabilidad —como lo pretenden las corrientes funcionalistas o neopositivistas contemporáneas— como mera “fidelidad al Derecho”, pues tal idea tiene que girar en torno a la posibilidad de exigirle al individuo un actuar conforme a referentes normativos, acorde con unas exigencias sociales concretas que, en todo caso, deben encontrar plasmación en la Constitución.

En fin, para terminar, debe mencionarse en décimo lugar el *principio de causalidad* erigido en la columna vertebral de este Derecho penal, al tenor del cual en todos los delitos de resultado debe comprobarse un nexo de causa a efecto entre la acción y el resultado, aunque esta construcción ha estado sometida —históricamente hablando— a múltiples elaboraciones yendo desde las construcciones más tradicionales hasta llegar a las más modernas.

El Derecho penal liberal establece, entonces, unos marcos precisos dentro de los cuales debe discurrir el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, que en las organizaciones sociales vigentes tienen rango constitucional a partir del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, lo cual se traduce —a su turno— en la necesidad de entender los fines de la pena y de la Teoría del delito desde la perspectiva constitucional³⁵.

³⁵ Sobre ello MIR PUIG, *El derecho*, pág. 45; el mismo: *Derecho penal*, pág. 109: “Si el modelo de Estado debe determinar una concepción del Derecho penal, ésta ha de ofrecer el soporte de sus dos componentes básicas, la pena y el delito: Estado, Derecho penal, pena y delito *se hallan en una estricta relación de dependencia*”.

B. El Derecho penal “actual”. Por oposición a la concepción anterior, el Derecho penal que hoy pregona un sector de la doctrina aboga por una maximización de la intervención punitiva del Estado, por un *Derecho penal eficientista* o en *expansión*, para el cual la defensa de la “seguridad interior” se torna en un cometido central³⁶. Así lo demuestra el siguiente análisis.

En efecto, en primer lugar, postulados como el de dignidad de la persona humana, del acto —a cuyo propósito se predica, incluso, la responsabilidad penal de las personas jurídicas—, de culpabilidad —ahora se deben buscar “responsables” no importa si son o no culpables³⁷—, y proporcionalidad, etc. pasan a ocupar un lugar secundario pues se observa un desprecio manifiesto por las formas y por los principios; se abre paso, entonces, a la “justicia del cadí”³⁸. Ello de la mano de corrientes que preconizan la necesidad de privatizar la justicia y las cárceles, mostrando una marcada desconfianza hacia lo público, a lo formal e institucional.

En segundo lugar, enfrente al “rígido” *principio de legalidad de los delitos y de las penas* se alza ahora un axioma que no impone límites claros, precisos y ciertos; la certeza en las reglas de juego pasa a un segundo plano, pues lo que interesa es proteger a como dé lugar los bienes jurídicos así sea a costa de la más absoluta informalización³⁹. Es más, si antes lo decisivo era concebir el Derecho penal como la *Carta magna del delincuente* —al estilo de F. VON LISZT— ahora se proclama que éste es la *Carta magna de la víctima* lo cual, como es apenas de

³⁶ Véase HASSEMER: *Crítica al Derecho penal de hoy*, págs. 45 y ss.; SILVA SÁNCHEZ: *La expansión*, pág. 21 y ss.; el mismo, 2ª. ed., pág. 25 y ss.

³⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., págs. 33 y 34.

³⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., págs. 55 y 56.

³⁹ Cfr. ALBRECHT: “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, en AA. VV.: *La insostenible situación del Derecho penal*, pág. 483.

suponer, genera profundas fisuras en el entendimiento tradicional del apotegma de legalidad⁴⁰.

Por eso, derivaciones del postulado de legalidad tan caras a la primera de las concepciones apuntadas como el mandato de certeza o de taxatividad, son rechazadas para dar cabida a un Derecho penal flexible, cambiante, que introduce tipos penales abiertos —desplegando las puertas a la libre interpretación judicial—, que abusa de las normas penales en blanco, o da cabida a las cláusulas generales en las descripciones típicas.

En el plano procesal, así mismo, se introducen procedimientos breves y sumarios para juzgar a los infractores —acompañados, normalmente, de la especialización de los órganos de persecución penal y de la introducción de normas procesales también especiales—, con la consecutiva quiebra de todas las prerrogativas que el proceso penal tradicional ofrecía, lo que va acompañado de formas anormales de terminación del proceso (negociaciones de penas, sentencia anticipada, colaboración eficaz, etc.); se lesiona, pues, de manera grave el debido proceso legal. Esto es apenas obvio, pues, como se ha observado, no es posible concebir un proceso penal a espaldas de los nuevos contenidos del Derecho penal material; en otras palabras: las nuevas herramientas del Derecho penal material no pueden utilizarse con los principios tradicionales del Derecho procesal penal⁴¹.

En tercer lugar, el *postulado de lesividad* engendra ahora una noción de bien jurídico que de ser un criterio negativo de criminalización se vuelve una pauta positiva de acriminación de conductas, de tal manera que en vez de limitar las posibilidades de intervención penal se propende por su aumento⁴². De la protección de bienes jurídicos individuales se pasa a la de los bienes jurídicos

⁴⁰ Véase SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 38 ; 2ª. ed., pág. 54.

⁴¹ HASSEMER: “Viejo y nuevo Derecho penal” en *Persona, Mundo y responsabilidad*, pág. 29.

colectivos, sociales, estatales, los cuales se tutelan acudiendo a figuras penales abiertas dentro de las cuales pueden ser arrojados múltiples comportamientos; para decirlo en otras palabras: mientras el Derecho penal tradicional o “clásico” protege bienes jurídicos concretos, el actual tutela bienes jurídicos difusos⁴³, ahora abundan los tipos penales de peligro abstracto e, incluso, sin bien jurídico objeto de protección, rindiendo tributo a un Derecho penal simbólico en el cual las funciones latentes del mismo predominan sobre las manifiestas⁴⁴. Obvio es decirlo, mediante esta herramienta se amplía de manera desmesurada el ámbito de aplicación del Derecho penal, pues se prescinde del perjuicio o daño y con él de la necesaria prueba de la relación de causalidad, facilitando la labor del funcionario judicial e impidiendo, consiguientemente, el ejercicio del derecho de defensa y limitando los presupuestos y limitaciones del castigo; en fin, disminuyendo las directrices que tiene que dar el legislador al juez para que interprete los tipos penales correspondientes⁴⁵.

En cuarto lugar, el axioma de *necesidad de intervención* pasa también a un segundo plano pues el Derecho penal eficientista tiene como consigna la de intervenir a como dé lugar. El Derecho penal en vez de tener carácter de *ultima ratio* lo tiene de *prima ratio*, es un Derecho penal máximo no mínimo; además, ya no se ocupa de fragmentos.

⁴² Véase HASSEMER: “Viejo y nuevo Derecho penal” en *Persona, Mundo y responsabilidad*, pág. 20.

⁴³ Cfr. Así HASSEMER: “Viejo y nuevo Derecho penal” en *Persona, Mundo y responsabilidad*, pág. 24; GAITÁN GARCÍA, ob. cit., pág. 36.

⁴⁴ Véase HASSEMER: “El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz” en *Persona, Mundo y responsabilidad*, págs. 44 y 45; el mismo: “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *NFP* N° 51, págs. 17 y ss., 24: “Un derecho penal simbólico que ceda sus funciones manifiestas a favor de las latentes traiciona los principios de un derecho penal liberal, especialmente el principio de protección de bienes jurídicos y mina la confianza de la población en la administración de justicia” (pág. 30); SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., págs. 36 y 100.

⁴⁵ Así HASSEMER: “Viejo y nuevo Derecho penal” en *Persona, Mundo y responsabilidad*, págs. 24 y 25.

En fin, en quinto lugar, también el *principio de la teleología de las sanciones penales* adquiere una nueva dimensión: ahora las penas son más severas, más rígidas, no porque con ellas se busque intimidar y rehabilitar sino porque se persigue castigar al culpable “disfuncional” o “infidel al derecho”. Las corrientes preventivo generales o de la integración son las de usanza, mientras el Derecho penal se vuelve un instrumento efectivo de la política interna⁴⁶, llamado a combatir al “enemigo”.

En fin, la arremetida de estas nuevas corrientes también se deja sentir al interior de otras categorías dogmáticas entre las cuales cabe mencionar la de causalidad que, como se sabe, se pretende reemplazar por la idea de imputación objetiva. Por supuesto, para enfrentar los nuevos retos que propone el fenómeno de la globalización estas corrientes abogan por un Derecho penal máximo en detrimento de uno mínimo, de garantías; el legislador penal, pues, debe olvidarse de los principios democráticos y contribuir con su tarea al fortalecimiento de la organización social.

IV. EL FUTURO DERECHO PENAL

Habiendo mostrado ya tanto los retos que la globalización le crea a los estudiosos de esta disciplina como las características que se quieren atribuir a éste en la actualidad, se debe discutir ahora si tienen o no razón los expositores contemporáneos que abogan por la abolición de lo “clásico” y por el afianzamiento de lo “nuevo” o “actual”, en estas materias. Con tal cometido,

⁴⁶ Véase HASSEMER: “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *NFP* N° 51, pág. 28. Como dice HERZOG: “La ampliación del Derecho penal sirve entonces en el debate político ante todo como coartada para, de forma rápida, sin grandes planes y con pocos gastos en los presupuestos, demostrar que se es consciente de un

entonces, se hacen a continuación algunas precisiones y luego se indica cual es en sentir de esta ponencia el modelo por el cual se debe abogar.

En relación con lo primero, debe decirse lo siguiente: si bien son diversas las actitudes que se pueden asumir de cara a la discusión jurídico penal contemporánea —yendo desde las posturas abolicionistas pasando por las resocializadoras y las prevencionistas de corte general (aglutinadas en el funcionalismo sistémico radical) hasta llegar a las garantistas (sea que se acojan las llamadas neoclásicas o las que abogan por un Derecho penal mínimo)⁴⁷—, la verdad es que el nuevo orden mundial que se abre paso le plantea al estudioso del Derecho penal un dilema que solo puede ser resuelto bien en el marco de las posturas maximalistas, o bien en el patrocinado por las minimalistas.

Así mismo, parece evidente que las sociedades futuras lo mismo que las precedentes tampoco podrán prescindir del Derecho penal como mecanismo de control social⁴⁸ y, por ende, de los códigos penales⁴⁹; incluso, todo hace presagiar en la evolución venidera el incremento del número de conductas acriminadas en la Ley Penal. Es más, parece inevitable que las legislaciones penales “nacionales” sigan reproduciendo normatividades foráneas impuestas por las potencias, como ya ha venido sucediendo en algunos ámbitos (caso de las drogas, el terrorismo, la delincuencia económica, etc.).

Igualmente, también se entrevé una creciente uniformidad de las categorías dogmáticas en las legislaciones nacientes, las cuales avanzan hacia una

determinado problema” (cfr. “Límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales”, en *NFP* N° 53, pág. 311); el mismo: *Gesellschaftliche Unsicherheit*, págs. 65 y ss.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, págs. 17 y ss.

⁴⁸ Cfr. ESER: “una Justicia penal «a la medida del ser humano» en la época de la europeización y la globalización”, en AA. VV.: *Modernas tendencias*, págs. 19 y ss.; GARCÍA PABLOS en “Tendencias del actual Derecho Penal”, en AA. VV.: *Modernas tendencias*, pág. 59.

⁴⁹ Cfr. ROXIN: *Dogmática penal*, pág. 447.

unificación conceptual saludable, al punto de que ya se habla de una Ciencia Supranacional del Derecho penal⁵⁰.

También, parece evidente que se evidencia un notable desfase entre la globalización de la Economía y el Derecho, pues es evidente que la primera ya no puede ser controlada por el segundo y no se entrevé un verdadero control jurídico global que pueda servirle de talanquera a estos desarrollos⁵¹. En otras palabras: todo indica que la protección de los bienes jurídicos que brinda el Derecho penal va camino al fracaso en el contexto actual⁵².

De igual forma, en los años venideros —cualquiera sea el rumbo que tomen las organizaciones políticas, sobre todo las latinoamericanas y las del continente africano hundidas en el caos, la violencia, la corrupción, la pérdida de soberanía, y que han presenciado las más hórridas y atroces violaciones a los derechos humanos— también se deberá continuar con los esfuerzos teóricos en este campo, aunque profundizando en las elaboraciones criminológicas y político-criminales. En otras palabras: el cultor del Derecho penal tendrá que estar armado no sólo de una excelente formación teórica que le permita seguir el hilo conductor de la discusión contemporánea sino que, por imperativo, debe tener una excelente preparación para denunciar los atropellos cotidianos, y luchar sin cuartel por los

⁵⁰ Cfr. PERRON: “Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?”, págs. 282 y ss., 301; el mismo: “Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?”, págs. 227 y 228; SILVA SÁNCHEZ: *La expansión*, págs. 75 y ss.

⁵¹ El desfase es tan dramático que SCHÜNEMANN (cfr. “El derecho en el proceso...”, pág. 3), no duda en afirmar: “Cuando la economía globalizada ya no puede ser controlada por el derecho estatal, dicha situación se llama anarquía. Es la recaída de la Humanidad, y de su economía, en el estado de naturaleza, en la guerra de todos contra todos, en la que el fuerte prevalece y el débil perece. En una primera etapa, la globalización de la economía conduce a revertir la conquista cultural más importante de la Humanidad —desde el punto de vista moral— de los últimos dos mil quinientos años, esto es, la superación del poder a través del derecho y de la idea de justicia que lo soporta; significa, pues, que la sociedad humana, habiendo alcanzado un destacado nivel tecnológico, regresa al nivel moral de la edad de piedra”.

⁵² Con razón, pues, ha dicho SCHÜNEMANN: “los peligros de la globalización siempre van al menos un paso adelante del derecho penal utilizado para combatirlos, de modo que la protección de bienes jurídicos que brinda el derecho penal amenaza con fracasar ante los peligros globalizados. El derecho nacional es incapaz de cerrar esta brecha” (cfr. “El derecho en el proceso...”, pág. 5).

derechos fundamentales de la persona en pro de la paz, en una sociedad pluralista y democrática. Por eso, la tarea de quienes pregonan concepciones como estas será la de pugnar por el mantenimiento del Estado y el restablecimiento de la primacía de la Política sobre la Economía⁵³, so pena de que la “sociedad 20:80” produzca un verdadero corto circuito global, que lleve a un punto de no retorno.

Así las cosas, precisado lo anterior, parece claro que el derecho punitivo del futuro sólo podrá enmarcarse dentro de los derroteros trazados por el “viejo” Derecho penal, aunque adaptados a las necesidades del presente siempre cambiante. Se debe, pues, acudir a tal modelo para ponerle cortapisas al llamado Derecho penal máximo, una de cuyas modalidades es el *eficientismo* o *derecho penal eficaz*⁵⁴ que, escudado en la prevención como único cometido de la pena, sólo piensa en un Derecho penal “*de enemigo*”⁵⁵, como estrategia de cara a los modernos desarrollos. Deben, pues, rechazarse las posturas maximalistas⁵⁶ que —en el marco de las modernas sociedades postindustriales— anuncian la demolición tanto de la Teoría del delito como de las garantías formales y materiales del Derecho penal y del Derecho procesal penal, en aras de combatir los modernos y

⁵³ MARTIN/SCHUMANN, ob. cit., págs. 19 y 297.

⁵⁴ Véase HASSEMER: “El destino de los derechos...” en *Persona, Mundo y responsabilidad*, págs. 43 y ss., para quien “a la larga un derecho penal así concebido perderá su fuerza de convicción” (pág. 50); SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pág. 15 y ss.; OROZCO ABAD/GÓMEZ ALBARELLO, *Peligros*, pág. 152; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 103 y ss. El *Eficientismo penal* ha sido definido por APONTE C. (*Guerra y Derecho penal*, pág. 13) como “aquella tendencia del derecho penal que privilegia la eficiencia sobre los derechos y las garantías, y que ve en estos un obstáculo para el ejercicio efectivo de la función de la justicia penal”.

⁵⁵ Cfr. JAKOBS, *Estudios*, pág. 322, contraponiendo un *Derecho penal de ciudadanos* a uno de *enemigos*; también en ESER/HASSEMER/BURKHARDT: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, págs. 53 y 54, con duras críticas de ESER (cfr. pág. 445); el mismo: *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, págs. 29 y ss. En contra HASSEMER: *Crítica al Derecho penal de hoy*, pág. 48.

⁵⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, págs. 63 y 64, 67. En la misma obra, pueden verse las notas del llamado “derecho penal de la globalización” (Cfr. págs. 83 y ss.), los principios inspiradores de la política criminal en este ámbito (Cfr. Págs. 85 y ss.), y los lineamientos en el campo procesal (cfr. Pág. 86). En contra HASSEMER: “El destino de los derechos...” en *Persona, Mundo y responsabilidad*, págs. 39 y ss. Para la caracterización del maximalismo penal, véase FERRAJOLI, ob. cit., págs. 103 y ss.

globalizados brotes criminales⁵⁷, amén de que vuelven el proceso legislativo penal un botín político llamado a atraer votantes incautos, esto es, verdadera propaganda electoral⁵⁸.

Si algo está claro es que los ordenamientos jurídicos vigentes en el mundo occidental le posibilitan al cultor de estas materias y a los legisladores reclamar un Derecho penal mínimo, de tal manera que se facilite una inserción democrática de los diversos Estados en los procesos integradores que hoy se viven⁵⁹, aunque no basta con cambiar la Ley penal pues las grandes transformaciones se deben hacer en el seno del tejido social y en el plano económico.

El Derecho penal de la globalización y de la integración supranacional, pues —a pesar de que puede ser más unificado que el actual—, tendrá que ser más garantista e impedir que se flexibilicen las reglas de imputación y se tornen relativas las garantías político-criminales de corte sustantivo y procesal; deberá ser más humano, más respetuoso de los Derechos inalienables de la persona, para contar con una percepción social positiva y con el apoyo decidido de los ciudadanos, más allá de una adecuada configuración normativa y de una infraestructura y dotación idóneos. Habrá de ser un Derecho penal que pueda responder a las expectativas de los actores que lo involucran: el infractor, la víctima y la sociedad; que castigue de manera pronta y moderada al delincuente al que debe rehabilitar pero que, con igual celo, vele por las víctimas posibilitando la reparación del daño y solidarizándose con ellas.

⁵⁷ En este sentido la no compartible premonición de SILVA SÁNCHEZ. Cfr. *La expansión*, págs. 63 y 64; es más, tampoco parece cierta su afirmación en el sentido de que “es muy posible que el Derecho penal global resulte en su conjunto más represivo que cualquiera de los sistemas que hayan contribuido a su génesis” (cfr. pág. 67).

⁵⁸ Cfr. ALBRECHT, en *La insostenible situación del Derecho penal*, págs. 471 y ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR: *Derecho penal*, pág. 336.

⁵⁹ Son grandes los enigmas en relación con lo que pueda suceder con los mundos islámico y del extremo oriente. Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pág. 79.

En fin, un Derecho penal que propenda por el arreglo del conflicto criminal en un contexto social macro, donde sea posible la solución pacífica y racional del mismo⁶⁰, y no una herramienta al servicio de la lógica bélica⁶¹ o de la política, sobre todo en países signados por la guerra en los cuales este instrumento tiene que ayudar a aniquilar la fuerza en todas sus manifestaciones, de cara a la búsqueda de la paz como derecho humano fundamental, pues de no ser así terminará inexorablemente confundándose con la violencia⁶².

En conclusión: también en el ámbito del Derecho penal es perentoria la reivindicación de una concepción minimalista que, como se ha dicho, sirva de guía —en tanto ideal— para denunciar, señalar y, por qué no, diseñar estrategias que aboguen por un proceso serio de descriminalización y de retorno a la formalización, amén de que posibilite alternativas enfrente a la pena privativa de la libertad y al uso del mismo Derecho penal⁶³. De todas maneras el reto que se avecina es claro, pues en las condiciones actuales no se ha delineado un Derecho penal que sirva de cortapisas a una Economía global que no respeta principios ni fronteras.

V. CONCLUSIONES

Llegados a esta altura de la exposición bien cabe, a manera de síntesis, dejar sentadas las siguientes consideraciones para la discusión:

⁶⁰ Cfr. GARCÍA PABLOS: “Tendencias del actual Derecho penal” en AA. VV.: *Modernas tendencias*, pág. 57.

⁶¹ Cfr. APONTE C.: *Guerra y Derecho Penal*, págs. 57 y 58.

⁶² Con razón, percatándose de esta problemática, el Profesor de la Universidad de Bari, E. RESTA, afirma que el Derecho, para serlo realmente, “*deberá diferenciarse de la violencia; si, en cambio, termina por asemejarse demasiado al objeto al que pretende regular y de cuyo distanciamiento nace la posibilidad misma de la diferencia, sólo será otra forma de violencia*” (Cfr. *La certeza y la esperanza*, pág. 12).

⁶³ Véase GAITÁN GARCÍA, ob. cit., pág. 42.

Primera: Los procesos de globalización actuales son riesgosos, desiguales, contradictorios, heterogéneos, excluyentes, cargados de tensiones, dispares, y antidemocráticos; ellos han dado lugar a la creación de nuevas formas de dependencia, permitiendo la gestación de nuevos centros del poder mundial, controlados por las grandes multinacionales y por tres bloques económicos.

Segunda: La concepción del Derecho en general y del penal en particular que se quiere imponer por parte de algunos teóricos maximalistas, no hace otra cosa que reflejar los intereses predominantes de los países centrales en desmedro de los de los países periféricos, urgidos de mejorar sus condiciones de justicia conmutativa y distributiva.

Tercera: Enfrente a las arremetidas autoritarias que hoy se abren paso se hace necesario luchar por la consolidación de un Derecho penal mínimo (tanto en los planos material como procesal), aunque revestido de la máxima eficacia posible por parte del aparato judicial y policial del Estado, que tenga verdadero carácter de *ultima ratio* y sancione los comportamientos mas intolerables para la convivencia social. En otras palabras —y ello también es válido tanto en los países centrales⁶⁴ como para los de periféricos— es necesario disponer de un Derecho penal más humano, más respetuoso de la dignidad de la persona; en estado permanente de transformación y de racionalización.

Cuarta: Igualmente, el proceso de globalización en la esfera penal no debería comportar el transplante mecánico de legislaciones e instituciones penales

foráneas desconociendo las condiciones peculiares de cada país en los ámbitos económico, político, social, cultural e histórico, entre otras razones porque la lucha contra la criminalidad sólo pende en mínima medida de las herramientas legislativas. Por el contrario, de lo que se trata es de diseñar un Derecho penal global que sirva de verdadero freno a la Economía globalizada allende las fronteras, dentro de los cauces del garantismo y la democracia.

Quinta: No se puede olvidar que el Derecho Penal no es el llamado a solucionar los conflictos sociales ni a restaurar el deteriorado orden económico mundial, la paz social y la estabilidad financiera de las diversas naciones, sólo surgen del entendimiento de los países y de los diversos sectores sociales involucrados, no de penas desmesuradas o draconianas, y de procesos penales que pisotean la dignidad del ser humano⁶⁵.

Sexta: El Derecho penal y la legislación por los que se aboga tendrán que seguir siendo un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos, y no en una herramienta al servicio de una política de seguridad como algunos proponen hoy, so pena de terminar cumpliendo las funciones propias del derecho civil o administrativo.

⁶⁴ Así, para Alemania, ESER: “Una justicia penal «a la medida del ser humano»...” en AA. VV.: *Modernas tendencias*, págs. 15 y ss.; para España GARCÍA PABLOS: “Tendencias del actual Derecho Penal” en AA. VV.: *Modernas tendencias*, págs. 39 y ss.

⁶⁵ Con razón, pues, expresa el Profesor de la Universidad Humboldt de Berlin, FELIX HERZOG que “la fuerza no puede crear el orden social, cuando no funciona el entendimiento social sobre normas de coexistencia pacífica y orientaciones morales fundamentales”. Cfr. “¿Son todavía idóneos los principios y las categorías de la Teoría liberal del delito para controlar la criminalidad?” en AA. VV.: *Sentido y contenidos del Sistema Penal*, pág. 78.

Séptima. Así mismo, se debe rechazar la tendencia actual acorde con la cual el proceso legislativo se ha vuelto un trofeo electoral, que sólo busca servir de sucedáneo a una desconcertada opinión pública, desembocando en un Derecho penal puramente simbólico llamado a fomentar el engaño y que se convierte en una perversa herramienta, en manos de quienes abanderan las criminales políticas criminales en boga.

Octava: Llama la atención el hecho de que los países periféricos cuando de regular las materias a las que aquí se ha hecho referencia, pretendan inmiscuirse en el movimiento legislativo propio de la globalización y de la integración supranacional, optando por modelos ambiguos y contradictorios que, de un lado, dicen profesar el más férreo Derecho penal mínimo pero, del otro, dan cabida a instituciones propias de concepciones maximalistas por las que tanto abogan los defensores de este nuevo patrón neoliberal del capitalismo contemporáneo.

Novena. En fin, es tarea de todos —en especial de los estudiosos y los legisladores demócratas— seguir luchando por el fortalecimiento de la dignidad del ser humano contra toda forma de atropello y arbitrariedad, debiendo estar muy atentos y vigilantes, pues es posible que el nuevo orden mundial conduzca a un modelo autoritario, semejante al imaginado por ORWELL, que nos obligue a escribir algún día —como WISTON, el conocido personaje de “1984”—, las siguientes frases: “me matarán no me importa/ me matarán/ me dispararán en la nuca me da lo mismo/ abajo el gran hermano/ siempre le matan a uno por la nuca/ no me importa/ abajo el gran hermano...”⁶⁶.

⁶⁶ Cfr. 1984, pág. 23.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV.: *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 1999.
- AA. VV.: *Sentido y contenidos del Sistema Penal en la Globalización*, Bogotá, Fiscalía General de la Nación/Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000. Compilación e introducción de ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ.
- AA.VV.: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2001, compilado por José Cerezo Mir y Alfonso Serrano Gómez.
- AA. VV.: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, C. H. Beck, 2000, compilado por ESER, ALBIN/HASSEMER, WINFRIED/BURKHARDT, BJÖRN.
- AA.VV.: *Pánico en la globalización*, Bogotá, Fundación para la Investigación y la cultura, 2002. Compilador: Fabio Giraldo Isaza.
- AA.VV.: *Macroeconomía y crisis mundial*, Madrid, Ed. Trotta, 2000. Edición a cargo de Diego Guerrero.
- APONTE C., ALEJANDRO DAVID: *Guerra y derecho penal de enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Cijus, Universidad de los Andes, 1999.
- ARNAUD, ANDRÉ JEAN: *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, trad. de Nathalie González Lajoie, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA: *La globalización del Derecho*, trad. de César Rodríguez, Bogotá, Universidad Nacional-Facultad de Derecho/ILSA, 1999.
- ESTEFANÍA, JOAQUÍN: *La nueva economía. La globalización*, Barcelona, Ed. Debate, 2001.
- FARIA, JOSÉ EDUARDO: *El derecho en la economía globalizada*, trad. de Carlos Lema Añón, Madrid, Trotta, 2001.

FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón*, traducción de Perfecto Andrés Ibañez y colaboradores, Madrid, Trotta, 1995.

GAITÁN GARCÍA, OLGA LUCÍA: “Derecho penal contemporáneo: de la tutela penal a una lesión a la protección de riesgos”, en *NFP* N° 60, Bogotá, Temis, 1999, págs. 31 y ss.

HASSEMER, WINFRIED/MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Introducción la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, WINFRIED: *Persona, Mundo y Responsabilidad*, traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Bogotá, Temis, 1999.

_____ : *Crítica al Derecho Penal de hoy*, traducción de Patricia S. Ziffer, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____ : “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, traducción de Elena Larrauri Pijoan, en *Revista Nuevo Foro Penal*, Bogotá, Temis, 1991, págs. 17 y ss.

HERZOG, FELIX: *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, 1991.

_____ : “Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales”, trad. de Elena Larrauri y Fernando Pérez Alvarez, en *NFP* N° 53, Bogotá, Temis, 1991, págs. 303 y ss.

JAKOBS, GÜNTHER: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2ª ed., 1993.

_____ : *Estudios de Derecho penal*, traducción y estudio preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez G., y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1997.

_____ : *La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, traducción de Teresa Manso Porto, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

JESCHECK, HANS HEINRICH/WEIGEND, THOMAS: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996.

KUHN, THOMAS. S.: *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contín, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1992.

MARTIN, HANS PETER/SCHUMANN, HAROLD: *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*, traducción de Carlos Fortea, Madrid, Taurus, 2ª. Edición, 2000.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal Parte General*, Barcelona, PPU, 5ª ed., 1.998.

_____ : *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Madrid, Ariel, 1.994.

OROZCO ABAD, IVÁN/GÓMEZ ALBARELLO, JUAN GABRIEL: *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, Temis/Universidad Nacional, 2ª ed., 1999.

ORWELL, GEORGE: *1984*, trad. de Rafael Vázquez Zamora, Navarra, Salvat Editores, 1971.

OSPINA, WILLIAM: *Los nuevos centros de la esfera*, Bogotá, Ed. Aguilar, 2001.

PERRON, WALTER: “Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft?”, en *Festschrift für Theodor Lenckner*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998, págs. 227 y ss.

_____ : “Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?”, en *ZStW* 109 (1997), Cuaderno 2, Berlin/New York, De Gruyter, 1997, págs. 281 y ss.

RESTA, ELIGIO: *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, traducción de Marco Aurelio Galmarini, Piados, Barcelona-Buenos Aires-México, 1995.

ROXIN, CLAUS: *Derecho penal. Parte General*, t. I, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Ed. Civitas, 1997.

_____ : *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, München, C. H. Beck, 3ª ed., 1997.

_____ : *Dogmática penal y Política criminal*, traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, Lima, Idemsa, 1998.

SCHÜNEMANN, BERND: “El derecho en el proceso de la globalización económica: ¿Imperialismo del orden jurídico líder y colonización de los órdenes jurídicos restantes, instrumentalización del Derecho penal? Un análisis a partir del ejemplo de los tribunales penales internacionales y de las convenciones internacionales sobre drogas y corrupción”, ponencia presentada en el Tercer Congreso Internacional de Derecho Penal, de CEPOLCRIM, México D. F., 2002, manuscrito.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

_____ : *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, Civitas, 1999. Hay segunda edición, actualizada y corregida, de 2001.

STIGLITZ, JOSEPH E.: *El malestar en la globalización*, trad. de Carlos Rodríguez Braun, Bogotá, Taurus, 2002.

VALLESPÍN, FERNANDO: *El futuro de la política*, Madrid, Taurus, 2000.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Manual de Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 2002.

VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: *Fundamentos del sistema Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO: *Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed., 2002.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal” en *NDP 1999*, Buenos Aires, Editores del Puerto, págs. III y ss.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2ª ed., 1997.