

NATACHA G. VIADA

DERECHO PENAL
Y GLOBALIZACIÓN
COOPERACIÓN PENAL
INTERNACIONAL

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	9
ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I. CONTEXTUALIZACIÓN: DERECHO PENAL Y REALIDAD SOCIAL INTERNACIONAL	23
I. GLOBALIZACIÓN Y DERECHO PENAL	23
1. Los cambios sociales producidos por la globalización.....	24
2. La seguridad en un mundo globalizado.....	26
3. Criminalidad y globalización.....	32
4. Derecho penal y globalización.....	35
A) Las transformaciones de la legislación penal	37
B) Transformaciones en la aplicación del Derecho penal.....	40
C) Derecho penal global.....	43
II. PROBLEMAS ACTUALES DEL DERECHO INTERNACIONAL ..	46
1. Discontinuidad normativa	46
2. División de poderes	47
3. Relativismo <i>versus</i> Universalismo.....	49
4. Asincronía	50
5. Dispersión normativa	51
III. DERECHO PENAL INTERNACIONAL, DERECHO INTERNACIONAL PENAL Y DERECHO PENAL DE LA UNIÓN EUROPEA	55
1. Derecho internacional penal	56
2. Derecho penal internacional	57
3. Derecho penal de la Unión Europea.....	59

	Pág.
CAPÍTULO II. DERECHO INTERNACIONAL PENAL: EN BÚSQUEDA DEL INTERÉS GENERAL DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL	61
I. CONCEPTO	62
1. Evolución	62
2. Concepto	67
II. FUENTES	69
1. La Costumbre y los Principios Generales del Derecho	70
2. <i>Ius Cogens</i>	72
3. La jurisprudencia	76
4. Tratados	77
5. Sistemas de aplicación	79
III. PRINCIPIOS DEL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PENAL	81
1. Principio de complementariedad	83
2. Principio de responsabilidad individual	84
3. Principio de imprescriptibilidad	84
4. Competencia de la Corte Penal Internacional y Principio de Jurisdicción Universal	85
5. Principio de oportunidad	87
CAPÍTULO III. DERECHO PENAL INTERNACIONAL: EN BÚSQUEDA DE LA COOPERACIÓN	89
I. CONCEPTO	89
1. Los delitos internacionales	91
2. La cooperación internacional de autoridades en materia penal	92
II. FUENTES	95
1. Fuentes de los delitos internacionales	96
2. Fuentes de la Cooperación Penal Internacional	98
A) Convenios universales	98
B) Convenios regionales	99
C) Convenios bilaterales	100
3. Articulación de normas	101
A) Relaciones entre normas internacionales	101
B) Relaciones entre las normas internacionales y el Derecho interno	102
III. PRINCIPIOS	104
1. Principio de territorialidad	104
A) Teoría de la ubicuidad	104
B) Principio de territorialidad	106
C) Competencias extraterritoriales	107

	Pág.
2. Principio de primacía	109
3. Principio de buena fe y prohibición del abuso de derecho	111
4. Principio de reciprocidad	111
5. Principio de proporcionalidad.....	113
6. Principio de especialidad	114
CAPÍTULO IV. EL DERECHO PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿EN BÚSQUEDA DE LA INTEGRACIÓN?	117
I. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.....	117
1. Orígenes: reforzando la cooperación judicial penal	117
2. De la cooperación al establecimiento de un espacio judicial penal europeo	121
A) El Tratado de Maastricht	121
B) El Tratado de Amsterdam.....	122
C) El Consejo de Tampico y el Programa de La Haya.....	124
D) Características actuales de la cooperación en materia penal en la Unión Europea.....	126
3. El Tratado de Lisboa.....	131
II. FUENTES	136
1. Instrumentos procesales	137
A) Cooperación judicial penal clásica.....	140
B) Cooperación judicial reforzada.....	142
C) Instrumentos basados en el Principio de reconocimiento mutuo	146
2. Instrumentos sustantivos	151
III. PRINCIPIOS	155
1. ¿Libertad, seguridad o justicia?	155
2. Principios que hacen referencia a la relación de ordenamientos..	158
A) Principios de asimilación	159
B) Armonización de legislaciones	161
3. Principios que hacen referencia a la relación entre autoridades ..	163
A) Cooperación horizontal <i>sui generis</i>	163
B) Coordinación.....	164
C) Reconocimiento mutuo.....	166
SÍNTESIS Y CONCLUSIONES	173
BIBLIOGRAFÍA.....	187

PRÓLOGO

Dicen que el prólogo es una parte importante de los libros, puesto que aún los críticos lo suelen leer. En el caso presente, quiero dejar constancia de que estamos ante un libro que abrimos con expectación y cerraremos con fruto. Natacha G. Viada nos presenta un buen trabajo sobre la cooperación internacional en materia penal que, más que aportar soluciones (también las encontramos), pretende, fundamentalmente, comunicar sus reflexiones sobre la internacionalización de la delincuencia y las reacciones de los Estados al respecto. El trabajo de investigación, delimitado en sus objetivos, fundamentado sobre una buena base doctrinal y práctica, bien estructurado y con una redacción de fácil lectura, puede ayudar a clarificar conceptos sobre dos ramas distintas del Derecho: el Derecho Internacional Penal y el Derecho Penal Internacional, complementado por el Derecho Penal de la Unión Europea. Además, señala aspectos que pueden ser objeto de estudios posteriores, como una serie de cuestiones sustantivas referentes al terrorismo, el crimen organizado, los delitos contra el medio ambiente y los económicos, etc.

Natacha G. Viada, como becaria del Área de Derecho y Economía Internacionales de la Universidad de Barcelona y con el fin de preparar, bajo mi dirección, el trabajo del segundo curso de Doctorado, dentro del Programa: «El Derecho en una sociedad globalizada», especialidad «Estudios Internacionales», inició un trabajo de investigación enfocado hacia la cooperación penal en el ámbito de la Unión Europea. Sin embargo, a raíz de una estancia como investigadora invitada en el Instituto Max Planck de Friburgo, se dio cuenta de que se adentraba en una materia compleja y que para poder comprender realmente lo que está pasando en la Unión Europea era necesario tener una visión global sobre cooperación penal a nivel mundial. En su momento, presentó un trabajo sobre

cooperación penal internacional y lo defendió ante el Tribunal del DEA (Diploma de Estudios Avanzados), como una fórmula para realizar un estudio previo de cara a una futura Tesis Doctoral. Al mismo tiempo, y relacionado con dicho estudio, se incorporó al Proyecto de Investigación, «La Cooperación Internacional de Autoridades», SEJ 2005-06646, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, del que fue investigadora principal la Dra. Alegría Borrás. Fruto de este trabajo es el presente libro.

La autora constató, al iniciar su investigación en el ámbito de la Unión Europea, que el Derecho penal de la Unión Europea se encontraba en una fase embrionaria, y que no era más que un desideratum, si bien el Derecho penal de los Estados miembros recibe el impacto del Derecho comunitario, ya que en aplicación de los principios de primacía y de efecto directo, los jueces de los Estados miembros han de descartar las normas nacionales que sean contrarias al mismo. Por una parte, la competencia de los Estados miembros en materia penal está limitada por la obligación de respeto por el Derecho comunitario; por otra, las disposiciones penales nacionales tienen por objeto, algunas veces, sancionar la violación de una norma comunitaria.

Hasta la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el 1 de mayo de 1999, ningún texto permitía tomar medidas de carácter penal a la Comunidad Europea, puesto que está sometida al principio de la competencia de atribución, según una norma que figura, actualmente, en el art. 5 del Tratado de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas siempre ha velado por el respeto de dicho principio haciendo constar que la legislación penal y el régimen de sanciones era competencia de los Estados miembros (STJCE de 11 de noviembre de 1981, «Casati», asunto 23/80; 25 de febrero de 1988, «Drexl», asunto 299/86), si bien ello no ha impedido que la Comisión reconociera el derecho a imponer multas para asegurar el respeto por las políticas comunitarias y tampoco ha sido obstáculo a que algunos Reglamentos establecieran sanciones, aplicables por las autoridades nacionales, contra personas que cometieran irregularidades en la percepción de ayudas agrícolas.

El Tratado de Maastricht introdujo una serie de disposiciones sobre la cooperación en los ámbitos de la justicia y de asuntos interiores, ámbitos que abarcan, especialmente, la lucha contra la toxicomanía y el fraude internacional. Se adoptaron algunos Convenios concluidos dentro del marco del Tercer Pilar de la Unión Europea, cuyos procedimientos de adopción están vinculados con la cooperación intergubernamental tradicional. Dichos textos no constituyen la expresión de una transferencia de competencias en el ámbito penal.

El Tratado de Amsterdam modificó el Título VI del Tratado sobre la Unión Europea con el fin de permitir al Consejo adoptar decisiones marco que vinculan a los Estados miembros en cuanto al resultado a obtener; dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y a los medios. Se han adoptado diversas decisiones marco relativas al estatuto de las víctimas en el marco de los procedimientos penales o que prevén reforzar, por medio de sanciones penales, la protección contra la falsificación de moneda; decisiones marco sobre el blanqueo de dinero, la creación de una red europea de prevención de la criminalidad, la aprobación de la orden de detención europea, la adopción de la decisión marco relativa a la protección del medio ambiente por medio del Derecho penal, etc. El Tratado de Niza introdujo modificaciones y consagró la existencia de la Unidad Europea de Cooperación Judicial. El Tratado de Lisboa supondrá un gran avance para superar los desequilibrios derivados de la división en pilares, lo que ha generado graves tensiones entre la Comisión y el Consejo y entre los Estados miembros, pero lo cierto es que en la Unión Europea coexisten varios tipos de instrumentos en materia de cooperación penal y que en Europa conviven diferentes ámbitos territoriales de cooperación: el Consejo de Europa, la Unión Europea y el Espacio Schengen.

En la situación actual, sólo podría hablarse del Derecho Penal de la Unión Europea como una mera forma reforzada del Derecho Penal Internacional. Dicha afirmación estaría fundamentada en lo siguiente: su método de adopción está basado en la unanimidad del Consejo, su (falta de) estructura, su aplicación está basada en transposiciones nacionales que no pueden ser controladas por la Comisión y con la jurisdicción limitada del TJCE. A pesar de sus limitaciones, los objetivos van más allá de facilitar la cooperación penal, dibujándose como un instrumento de integración europea basado en la confianza mutua. Por ello se declara como su «piedra angular» el reconocimiento mutuo. No obstante, la enorme dispersión normativa (provocada fundamentalmente por el sistema del opt-out y la técnica del doble instrumento), el desconocimiento generalizado tanto del Derecho europeo como de los sistemas penales de los demás Estados miembros, el soberanismo a ultranza de algunos Estados miembros, la división en pilares, la falta de una armonización mínima (tanto substantiva, especialmente en lo referente a las penas, como procesal) y, en definitiva, la falta de confianza real, están dificultando la implementación de dicho principio.

La autora se dio cuenta de que los problemas observados en el estudio inicial reflejaban las dificultades propias de la cooperación penal a nivel global. La interlegalidad, con influencias recíprocas entre los sistemas penales; la expansión del Derecho penal, que se traduce, si no en armoniza-

ción, sí en asimilación de ordenamientos y en orientación de la seguridad; la discontinuidad normativa, provocada por la falta de control de las transposiciones nacionales; la quiebra de la división de poderes, provocada por la falta de poder real del Parlamento Europeo y la limitada jurisdicción del TJCE; el conflicto relativismo vs. universalismo, que se traduce en posiciones soberanistas o europeístas; la asincronía, con un mayor desarrollo del Derecho civil respecto del penal y, especialmente, respecto de los derechos fundamentales; la enorme dispersión normativa. Todo ello no es más que la traducción en clave europea de las características de la cooperación penal a nivel global.

El presente libro tiene, en primer lugar, el don de la oportunidad, puesto que el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia es el gran beneficiado de las reformas del Tratado de Lisboa al superar, como hemos dicho, los desequilibrios derivados de la división en pilares. En segundo lugar, ha sido elaborado de acuerdo con unos requisitos de calidad y novedad exigibles en toda ciencia. Vivimos en un mundo absolutamente interconectado donde los Estados están perdiendo poder sin ser substituidos por Organizaciones Internacionales, y esta situación requiere mejoras en la cooperación internacional, tanto horizontal como vertical, especialmente en materia penal; sin embargo, el Derecho internacional, que es el que articula esta cooperación, no está exento de problemas. En tercer lugar, las ideas vertidas no están exentas de la especie de unas tesis arriesgadas, que no quiere decir carentes de fundamento. En cuarto lugar, el libro es de fácil lectura. Ya lo decía Ralph Emerson: «La virtud de un libro es que sea legible».

Ramón VIÑAS FARRÉ
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Barcelona

INTRODUCCIÓN

«En estos tiempos de discordia, la llamada a las fuerzas imaginativas del Derecho es, sin duda, más que nunca necesaria».

Mireille DELMAS-MARTY

Vivimos en un mundo complejo e interrelacionado como nunca antes en la historia. Si bien puede parecer retórico, lo cierto es que el fenómeno de la globalización influye directamente en nuestras vidas. Los países emergentes se desarrollan y aquí las empresas se deslocalizan, los países industriales contaminan y el cambio climático es global, en Estados Unidos conceden créditos *SubPrime* y se genera una crisis financiera a nivel mundial... En este mundo globalizado, los Estados están perdiendo poder no sólo a favor de instituciones públicas, infra y supraestatales, sino también a favor de una serie indeterminada de *lobbies*, compuestos tanto por grandes grupos empresariales como por organizaciones civiles, grupos religiosos, grupos de presión, etcétera. De esta forma, el poder que antes estaba centralizado en el Estado se difumina en una red opaca de interrelaciones e interdependencia. Sin embargo, al Estado se le sigue exigiendo, quizás hoy más que nunca, que mantenga la seguridad de sus ciudadanos.

Según el psicólogo humanista estadounidense MASLOW, la necesidad de seguridad ocupa el segundo peldaño en la Pirámide de necesidades humanas¹, inmediatamente después de las necesidades fisiológicas. Por

¹ La conocida Pirámide de MASLOW, que describe la jerarquía de necesidades del ser humano, fue formulada por primera vez por este autor en su artículo «A Theory of Human Motivation», publicado en *Psychological Review*, en 1943.

tanto, mantener la seguridad es uno de los puntales del sistema social. Seguridad que, según este mismo autor, no sólo abarca la seguridad personal contra el crimen sino también la seguridad de recursos, empleo y propiedad privada y la seguridad moral y de la familia. El problema reside en cómo puede el Estado seguir manteniendo estas garantías si ha perdido gran parte de su poder. Los Estados apenas controlan una economía basada en el libre mercado, tal como ha quedado patente en la actual crisis financiera, y apenas pueden controlar la moral y la familia en una sociedad donde existe libertad de pensamiento y una creciente mezcla de razas y creencias. En consecuencia, en los ámbitos de la seguridad económica y la seguridad moral el Estado es, únicamente, un elemento más que interacciona, si se quiere con una especial incidencia, con otros actores sociales, aunque en estos momentos de crisis pretenda recuperar el poder perdido.

Sin embargo, existe un reducto de poder donde el Estado siempre ha mantenido su monopolio: el uso de la violencia. Una violencia que es necesaria para garantizar la seguridad física de sus ciudadanos. El Estado es el único legitimado para proteger a sus ciudadanos del crimen, no obstante, ¿tiene un Estado, de forma autónoma, capacidad suficiente para realizar esta tarea? Sin duda, la respuesta que demos a esta pregunta va a depender del grado de influencia que consideremos que tiene la globalización sobre la criminalidad.

La globalización ha comportado numerosos cambios sociales. Algunos positivos, como el desarrollo del comercio, los avances científicos y tecnológicos o, incluso, la toma de conciencia de los Derechos Humanos como un bien común de la humanidad. Pero otros negativos como la concentración de poder en unas pocas manos privadas, la marginación y el empobrecimiento de continentes enteros o las luchas de religiones. Uno de los cambios más significativos, y que afecta a todos los ámbitos sociales, es lo que BECK denomina irresponsabilidad organizada. En Occidente, vivimos en la sociedad más segura de la historia y, sin embargo, no podemos librarnos de una sensación de peligro, difusa e inconcreta, a la que tratamos de hacer frente con un manto de restricciones que aceptamos sumisamente en aras de una seguridad absoluta que no ha existido nunca. Decidimos lo que es peligro y por tanto debe prevenirse y lo que es oportunidad de beneficio y por tanto riesgo asumible, en base a un ideario colectivo que determina nuestras esperanzas y expectativas. Ideario que se construye mediante relaciones de definición controladas por grupos de poder, tan difusos e inconcretos como los peligros que queremos prevenir.

Permítanme una breve reflexión al respecto. Las posibilidades de morir en accidente de coche son aproximadamente de 1 entre 18.000, las de morir en accidente de avión son de 1 entre 350.000, más o menos las mis-

mas que tenemos de morir cocinando y, sin embargo, nos preocupa subir en un avión y no nos preocupa subir en un coche. Las posibilidades de morir en un ataque terrorista son más o menos la mitad de las que tenemos de morir cocinando y, sin embargo, dedicamos ingentes medios a la lucha antiterrorista. En las estadísticas de mortalidad del INE, aparecen como principales causas de fallecimiento las enfermedades del aparato circulatorio (aproximadamente un 30 por 100), los tumores (aproximadamente un 30 por 100) y las enfermedades respiratorias (aproximadamente un 10 por 100). Estas estadísticas, que dejan fuera cualquier causa que no supere el 1,4 por 100, no incluyen ninguna causa externa y las dos únicas que mencionan son los accidentes de circulación y los suicidios. No obstante, en general, vivimos en ciudades altamente contaminadas, nuestros trabajos son estresantes, comemos mal y algunos incluso fumamos. Y aun así dedicamos ingentes partidas presupuestarias, no a mejorar nuestra calidad de vida, sino a luchar contra el terrorismo, la inmigración ilegal y, en menor proporción, la criminalidad internacional. Pero, ¿realmente el terrorismo, la inmigración ilegal o la criminalidad internacional representan un peligro tan grande? ¿Realmente necesitamos al ejército en la calle? ¿Nuestra situación justifica la invasión de Estados soberanos?

Con esto no pretendo, en absoluto, sostener que no debemos prevenir el terrorismo o el crimen organizado, sino únicamente hacer un llamamiento a la ponderación de instrumentos ya que, quizás, estamos matando moscas a cañonazos. Desde luego, no creo que invadir un país sea la mejor manera de luchar contra el terrorismo, ni que quebrar Derechos Fundamentales sea la mejor manera de combatir la criminalidad. Sin embargo, lo cierto es que, paradójicamente, los nuevos riesgos que plantea la globalización que, por un lado, dejan al descubierto la impotencia de los Estados a la hora de prevenirlos, por otro consiguen que le otorguemos mayores poderes para que intenten cumplir las expectativas puestas en él. Porque, en definitiva, si el Estado es el único que puede ejercer la violencia legítima, ¿quien más puede protegernos contra el crimen si no es él? No obstante, deberíamos tener claro que no todo vale y que la situación actual de riesgo de ningún modo legitima cualquier tipo de actuación por parte del Estado. De lo contrario, dejaremos de ser Estados de derecho.

Con todo, lo cierto es que no esta claro cómo y cuánto influye la globalización en la criminalidad. Es difícil determinar, y corresponde a los criminólogos hacerlo, si existe una *criminalidad global* en el sentido de una «industria del crimen» mundial similar las grandes corporaciones internacionales, tal como sostiene FERRAJOLI, o si lo que hay es la percepción de determinadas formas de criminalidad como un problema global, aunque individualmente no tengan esta dimensión, tal como afirma VOGEL. En todo caso, las medidas excepcionales que se están adoptando, algunas de ellas tremendamente res-

trictivas de Derechos Fundamentales, deberían responder a la existencia de un tipo de criminalidad que conlleve un plus de gravedad, cualitativo o cuantitativo, respecto a la criminalidad «tradicional» que las legitime. Y, como mínimo, no está claro que dichas medidas no sean excesivas.

No obstante, exista o no esta *criminalidad global*, lo que sí puede concluirse es que elementos característicos de la globalización están influyendo en la criminalidad actual. Así, la facilidad de movimientos de personas y cosas hace más probable la existencia de delitos con elementos de extranjería; el avance de las telecomunicaciones genera delitos informáticos; el incremento de la actividad económica hace aumentar los delitos económicos; la creación de instituciones supranacionales hace nacer los delitos contra ellas; la presión migratoria sur-norte hace surgir delitos de tráfico de personas y explotación de los inmigrantes; la marginación y empobrecimiento extremo de regiones enteras inspira el extremismo y el terrorismo; la concentración de poder en manos de grandes sociedades empresariales tiende a fomentar el abuso de poder y la corrupción... Sin duda, todos estos fenómenos requieren de una adecuada respuesta por parte, no únicamente pero también, del Derecho penal a nivel internacional. El problema reside en cuanta cooperación internacional en materia penal necesitamos y, sobre todo, qué principios debe cumplir.

El Derecho penal internacional, tal como lo entendemos hoy, es decir, como un fenómeno que va más allá de la mera colaboración voluntarista entre Estados, surgió en las Universidades europeas a principios del siglo XX². Así, privatistas y publicistas, con sus diferentes métodos, mostraron las dos caras del mismo fenómeno: el aspecto internacional del Derecho penal interno y el aspecto penal del Derecho internacional. Sin embargo, fue la creación de los Tribunales Internacionales de Nuremberg y Tokio, tras la II Guerra Mundial, la que impulsó la conjunción de ambos aspectos y la creación de una nueva disciplina jurídica: «el Derecho penal internacional». A partir de aquí, penalistas e internacionalistas se han visto abocados a acercar sus métodos para adaptarse a esta nueva realidad jurídica e incluir otras ramas del Derecho, necesarias para llenar de contenido esta nueva disciplina. De esta forma, el Derecho penal internacional actual es una materia compleja que debe armonizar diversas fuentes que incluyen el Derecho internacional, el Derecho penal, el Derecho procesal penal, el Derecho comparado, la criminología, los Derechos Humanos y el Derecho humanitario. Sin embargo, esta armonización es una tarea difícil que está

² M. Ch. BASSIOUNI, *Introduction au Droit Pénal International*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. XI, quien destaca entre nuestros autores a QUINTANO-RIPPOLLES, que ya en 1955 publicó su *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, t. I, 1955, t. II, 1957, donde exponía muchas de las ideas básicas que configuran el Derecho penal internacional actualmente.

lejos de una consolidación satisfactoria. Tal como afirma BASSIOUNI: «Tout cela a rendu l'entreprise doctrinale plus compliquée qu'elle n'apparaissait à ceux qui se voulaient être experts dans cette nouvelle discipline»³.

La creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda y, más aún, el establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI) han encaminado este proceso de integración interdisciplinario. Sin embargo, ha sido el aumento de la criminalidad transnacional y, muy especialmente, los atentados del 11-S, ambos ligados al fenómeno de la globalización, los que han dado el impulso decisivo a la cooperación internacional penal al hacer patente que sólo soluciones internacionales pueden combatir estos peligros comunes. No obstante, aunque existe una casi unanimidad en afirmar la existencia de un vínculo entre la necesidad de desarrollo del Derecho penal internacional y la globalización, la gran parte de los autores y las instituciones que trabajan el tema se limitan a mencionar de pasada esta relación (frecuentemente en la introducción de sus trabajos), sin realizar ningún análisis sobre dicho vínculo y sus consecuencias, aunque adoptando importantes decisiones basadas en su existencia.

Esto mismo ocurre en el ámbito de la Unión Europea, donde se reconoce la relación entre la construcción de la Unión Europea y los desafíos de la globalización⁴ en general y, más específicamente, en el ámbito penal. Así, la Comisión Europea sostiene que «*en un mundo globalizado, es esencial que los países de la Unión Europea colaboren eficazmente para combatir el crimen y el terrorismo internacionales. Todo esto garantizará que la Unión Europea es efectivamente un Espacio único de libertad, seguridad y justicia para todos*»⁵. Sin embargo, la Comisión no analiza en qué con-

³ *Idem*, p. XII.

⁴ J. M. DURAO BARROSO, «Renforcer la construction européenne à l'ère de la mondialisation», discurso en Fondation Collège européen de Parme, Parme, 11 de enero de 2008: «*L'Europe du 21e siècle doit regarder en face les défis de son temps. Les défis de son temps, ce sont la mondialisation, son échelle inégalée, son rythme vertigineux, ses bouleversements et ses réalités inédites. Regardons les choses telles qu'elles sont : le monde n'a plus de centre. Le centre du monde, c'est le monde lui-même. La mesure de la puissance maximale, aujourd'hui, c'est celle d'une deuxième place! Alors allons-nous continuer à penser l'Europe et le monde avec les outils du 20e siècle? Non, bien sûr. L'Europe première puissance commerciale du monde est, par nature, partie prenante de la mondialisation économique et a tout intérêt à garantir les équilibres économiques. L'Europe premier donateur mondial d'aide publique au développement rappelle aussi que la solidarité doit rester au centre de nos rapports humains. L'Europe veille à atténuer les déséquilibres que la mondialisation peut entraîner autour d'elle. L'Europe porteuse de valeurs et d'un modèle d'intégration politique unique dans l'histoire occupe une place de choix pour participer au nouvel ordre mondial qui émerge. Voilà l'enjeu. Voilà notre force.*

Mais il ne faut pas s'y tromper : la réalité qui émerge est celle d'un ordre mondial sans hégémonie. Un ordre mondial qui, à regarder l'évolution de la Chine, de la Russie ou de l'Inde, pour ne citer que quelques exemples, annonce le retour en force de la géopolitique.

⁵ *Libertad, seguridad y justicia para todos. Justicia y asuntos de interior en la Unión Europea*, Comisión Europea, 2004, en http://ec.europa.eu/publications/booklets/move/42/index_es.htm (consultado 30 de marzo de 2008).

siste la globalización, qué influencia (cualitativa y cuantitativamente) tiene sobre la criminalidad y el Derecho penal, qué se entiende como crimen internacional y cuál es su diferencia con los delitos transnacionales, qué entendemos por «Espacio de libertad, seguridad y justicia»... Dicho de otro modo, en todo el mundo, pero especialmente en Unión Europea y Estados Unidos, se están adoptando medidas tremendamente coercitivas en base a una globalización de la criminalidad que no es analizada y, sobre todo, sin estudiar tampoco si las medidas tomadas (que, básicamente, tienden a endurecer los medios tradicionales de lucha contra la delincuencia) son eficaces para una criminalidad que se presupone evolucionada y/o nueva. Sin embargo, únicamente conociendo los problemas reales podremos saber qué necesitamos y únicamente sabiendo qué necesitamos podremos encontrar soluciones eficaces.

Soy consciente, sin embargo, que cualquier análisis de un tema como la globalización corre el peligro de parecer demagógico y carente de interés. Por ello, me permito plantear, a modo de ejemplo, algunas de las cuestiones doctrinales más candentes que, no debe olvidarse, tienen un reflejo directo en la praxis penal internacional y, como no podía ser de otro modo, en la evolución del Espacio penal europeo: ¿vivimos en una sociedad del riesgo, como afirma BECK? De ser así, ¿estos nuevos riesgos justifican la expansión del Derecho penal a través de la tipificación de los delitos de peligro abstracto, como sostiene CORCOY, o, por el contrario, el Derecho penal debe mantenerse como un «Derecho penal nuclear» y buscar soluciones alternativas a los nuevos riesgos, como mantienen los autores de la denominada Escuela de Frankfurt? ¿Existe en la práctica un Derecho penal del enemigo, como sostiene JAKOBS? Y si es así, ¿es legítima y/o eficaz su existencia en una sociedad del riesgo? ¿Existe una criminalidad global como afirma FERRAJOLI o sólo existen crímenes locales que representan una preocupación global como alega VOGEL?

Y centrándonos en la Unión, cabe plantearse cuestiones como: ¿tiende el Derecho penal de la Unión a ser un Derecho penal de máximos como sostienen SCHÜNEMANN o GONZÁLEZ-CUÉLLAR o, a la inversa, el peligro reside en la posible existencia de un *criminal forum shopping*?, ¿cómo se ha de resolver los binomios seguridad *versus* libertad, eficacia *versus* derechos? ¿el Derecho penal de la Unión debe tender al universalismo (es decir, a un Derecho único), a través de la armonización; al relativismo (es decir, a mantener los derechos nacionales), a través del reconocimiento mutuo; o a lo que DELMAS-MARTY denomina «pluralismo ordenado» y BECK «cosmopolitismo», a través de nuevas soluciones más imaginativas que combinen relativismo y universalismo? En definitiva, en el ámbito europeo, la pregunta final no deja de ser ¿qué Europa queremos? Porque el Derecho penal, por supuesto siempre bajo el paraguas de las normas constituciona-

les, define los valores de una comunidad y, en consecuencia, el Espacio penal europeo vendrá a definir el modelo de sociedad europea. Muestra de ello es la propia evolución de Derecho penal en la Unión.

Así, el Derecho penal de la Unión nació como mera cooperación penal construida, desde la perspectiva del mercado interior, como medida compensatoria de la libertad de circulación. Es decir siguiendo el modelo de lo que se ha llamado la «Europa de los mercaderes». El Tratado de Amsterdam suavizó esta visión utilitarista al establecer el Espacio de libertad, seguridad y justicia como un de los objetivos autónomos de la Unión. Es decir se intentó pasar a una «Europa de los ciudadanos». Sin embargo, la construcción de este espacio, al partir de la premisa de que la criminalidad internacional se aprovecha de la supresión de fronteras interiores, se ha centrado más en la lucha contra la criminalidad que en el desarrollo de la libertad y la justicia. Es decir, se está dibujando una «Europa de la seguridad» o si se quiere, parafraseando a PRITTWITZ, una «Europa de la inseguridad». Y ello aunque, de hecho, la criminalidad internacional se aprovecha más de la permeabilidad fronteriza resultante de la globalización que de la propia supresión de las fronteras interiores⁶. Y es que hoy más que nunca el mundo es un todo y la Unión Europea, que forma parte de este todo, no puede pretender construir su Derecho penal, es decir su modelo de sociedad, sin considerar los efectos de la mundialización como si fuera un ente aislado.

En definitiva, la idea fundamental es que la cooperación internacional penal es una materia extremadamente compleja y sensible que, además, está sufriendo una transformación tan profunda que puede afirmarse que estamos ante la génesis de una nueva rama del Derecho. Como afirma CANCIO MELIÁ⁷, tanto para quien se dedica a la teoría del Derecho como para aquellos que trabajan en la práctica jurídica, se hacen evidentes las vertiginosas transformaciones que han tenido lugar en toda la estructura jurídica en los últimos años. Estas transformaciones no afectan únicamente a la configuración de las diferentes áreas del Derecho, sino que alteran el propio concepto de Derecho, íntimamente ligado a la pérdida de poder que está sufriendo el Estado como ente soberano. Tal como afirma dicho autor, «resultaría paradójico que el Estado y su ordenamiento jurídico no acaben disueltos en el paraíso futuro de una sociedad sin explotación del

⁶ A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Institut d'Etudes Europeennes, 2004, pp. 23 y 24. Esta autora sostiene que los controles fronterizos nunca han servido de muralla infranqueable contra la criminalidad. Y añade que «les nouvelles difficultés dans la lutte contre la criminalité ne se rencontrent pas seulement dans les Etat qui appartiennent à des ensembles géographiques caractérisés par une suppression des contrôles aux frontières intérieures».

⁷ M. CANCIO MELIÁ (ed.), *Globalización y Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 2005.

hombre por el hombre [como predijo Marx], sino por la acción presente de un “soberano privado interestatal difuso”⁸ constituido por los grandes poderes económicos globales»⁹. Y esto es también aplicable a la Unión.

Para intentar dar respuesta a todas estas cuestiones (aunque sólo sea parcialmente), este trabajo comienza ampliando el foco al máximo, contextualizando el Derecho penal dentro de la realidad social global, para ir cerrándolo hasta examinar el Derecho penal en la Unión Europea, no sin antes haber examinado la situación internacional. Para ello, he estructurado el trabajo en cuatro capítulos: I. Contextualización: Derecho penal y realidad social internacional, II. Derecho internacional penal: en búsqueda del interés general de la Comunidad internacional, III. Derecho penal internacional: en busca de la cooperación, y IV. Derecho penal en la Unión Europea: ¿en búsqueda de la integración?

Debo señalar, sin embargo, que este trabajo no pretende tanto plantear soluciones (aunque en alguna ocasión y aun a riesgo de ser atrevida las propongo) como reflexiones sobre la internacionalización de la delincuencia y las reacciones de los Estados. También, debo señalar que, no por falta de interés, las cuestiones sustantivas (qué es terrorismo y cómo combatirlo, cómo definir crimen organizado, la protección de la víctima, los delitos de peligro abstracto incluyendo los delitos contra el medio ambiente y los económicos, etcétera) han quedado fuera de este estudio. Pendientes, ¿quién sabe?, de un posterior trabajo.

⁸ J. R. CAPELLA, en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, CGPJ, 1999, p. 107.

⁹ M. CANCIO MELIÁ (ed.), *Globalización...*, p. 14. Aunque tal como recoge este autor, LUHMANN afirma que puede ser que la actual necesidad social de un sistema jurídico eficaz no sea más que «una anomalía europea que debilitará la evolución de una sociedad mundial». LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, 2.^a ed., 1997, pp. 585 y ss. En todo caso, debe señalarse que este trabajo parte del supuesto de que el sistema jurídico es vital para nuestra sociedad.