



La internacionalización del Derecho penal y del Proceso penal (*)

Prof. Dr. Joachim R. Voge

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Tübingen

Revista Penal, n.º 22.—Julio 2008

RESUMEN: El presente artículo analiza diversos aspectos del proceso de internacionalización que está sufriendo en los últimos años tanto el Derecho penal material, como el proceso penal. En concreto, se pone de manifiesto como la «interlegalidad» que se produce con la entrada en contacto de los distintos ordenamientos nacionales entre sí y con algunos ordenamientos de origen propiamente internacional o puramente regional, está dando lugar a la una lenta, pero evidente «americanización» de los sistemas penales nacionales. Este fenómeno debe ser, a juicio del autor, tomado con mucha cautela y debe ser analizado atendiendo a los postulados de la teoría discursiva, ya que, podría llevar a una significativa pérdida de derechos y garantías para el individuo.

PALABRAS CLAVES: Internacionalización del Derecho penal, Persecución penal internacional, Cooperación penal internacional, Interlegalidad, Principio de legalidad internacional.

SUMMARY: In this paper different aspects of the internationalization process to which both criminal law and criminal process have been subjected during the last years were analyzed. Specifically, it clarifies that the «interlegality» produced by the connection between the different national orders and the regional or international orders is generating a slow but evident americanization of the national criminal systems. In the author's opinion, this phenomenon has to be cautiously observed and ought to be studied according to the demands of the «Discourse Theory», because it might produce a significant loss of rights and freedoms of the individual person.

KEY WORDS: Internationalization of criminal law, International Criminal Prosecution, International criminal cooperation, Interlegality, International Legality Principle.

I.

1. La realidad jurídica del —políticamente hablando— mundo postnacional y de la globalización —hablado económicamente— ya no se corresponde a la desarrollada en el siglo XIX, representación positivista de ordenamientos jurídicos nacionales unitarios y cerrados— una representación que es criticada desde hace un tiempo con razón por ser una «ficción» o incluso una «ideología jurídica» de los estratos jurídicos profesionalizados. Frente a ello, el actual estado del Derecho ha llevado, atendiendo

al desde hace algunos años discutido concepto del pluralismo jurídico, a la idea de que: «Rather than being ordered by a single legal order, modern societies are ordered by a plurality of legal orders» («Más que por un único ordenamiento legal, las sociedades modernas están reguladas por una pluralidad de ordenamientos jurídicos»).¹ Se trata de sistemas jurídicos de diferentes niveles, infranacional, nacional y supra o internacional. Tienen una validez diferente, directa o indirecta, «dura» o «blanda», legal o meramente social y son producidos por actores diferentes, Estados nacionales, sus parlamentos, gobier-

(*) Traducción de la versión alemana realizada por el Prof. Dr. Alfonso Galán Muñoz (Universidad Pablo de Olavide).

1. DE SOUSA SANTOS TOWARD, *A New Common Sense*, 1995, págs. 114.

nos o administraciones, organizaciones supra o internacionales, actores no gubernamentales, sociedades. La consecuencia de esto es la interlegalidad: «We live in a time of (...) networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassings (...) that is, (...) interlegality» («Vivimos en un tiempo de (...) redes de ordenamientos jurídicos que nos fuerzan a constantes transiciones y transferencias (...) esto es, (...) interlegalidad».² Entonces, en el Derecho es menor lo estático de un determinado ordenamiento y mucho mayor la dinámica de los procesos de intercambio entre los distintos órdenes de interés. Hay ordenamientos locales o regionales, que son extendidos regional o globalmente, ordenamientos transnacionales que influyen en los nacionales o provocan su resistencia, y proyectos de ordenamientos genuinamente supranacionales o incluso universales.

El paradigma de tales procesos de intercambio, es decir, la interlegalidad, es el fenómeno clave del Derecho actual y da impulsos decisivos al desarrollo jurídico.

2. La internacionalización del Derecho penal y del proceso penal es una forma de aparición de la interlegalidad. Los sistemas jurídicos inter y supranacionales influyen en los ordenamientos jurídico penales nacionales y provocan su resistencia. Además la comunidad internacional desarrolla concepciones del ordenamiento genuinamente inter o supranacionales, como la de «espacio de libertad, seguridad y derecho» de la Unión Europea, que implica y legitima un genuino sistema inter o supranacional del justicia penal. El hecho de que la criminalidad actúe, a causa de la globalización, de forma cada vez más transnacional, como en el caso del terrorismo internacional, la criminalidad organizada internacional o el tráfico ilegal de drogas o de personas, hace de motor de la internacionalización. Aquí la persecución penal nacional choca con las fronteras, lo que nuevamente dará lugar a interacciones entre los distintos ordenamientos jurídico penales nacionales.

3. Pero la internacionalización del Derecho penal y del proceso penal no es ninguna calle de dirección única, sino justamente una interacción entre diferentes actores, cuya influencia depende de su poder político. No sorprenderá, por tanto, que la internacionalización del Derecho lleve a una «americanización» también en materia penal: El ordenamiento jurídico penal de los Estados Unidos de América, el propio del estado más poderoso del mundo, es, precisamente por ello, un ordenamiento local que se extiende globalmente, influyendo en los instrumentos internacionales y en otros ordenamientos nacionales. Los más importantes desarrollos del Derecho penal de las últimas décadas han comenzado en los Estados Unidos de América. De la Parte General del Derecho penal solo nombraré las áreas del Derecho penal de la Empresa («corporate liability») y la de las consecuencias jurídicas del delito, donde se aprecia una vuelta a la retribución («just desert»), a penas privativas de libertad duras y esquematizadas («sentencing

schemes») y se produce una severa agravación de la reincidencia («three strikes-and you are out») y una restricción de las medidas especiales para menores («you do adult crime-you do adult time»). En la Parte Especial se nombra al Derecho penal económico y al informático, al Derecho penal contra criminalidad organizada y contra el blanqueo de capitales, a las «guerras» penales contra las drogas y el terrorismo y al, de nuevo moralizado, Derecho Penal sexual («sexual harrassment») como áreas, que fueron inicialmente conceptualizadas por los Estados Unidos de América antes de haberse extendido, de que se extiendan o de que se lleguen a extender a otros Estados. De hecho debe considerarse a la política criminal americana como la más influyente a nivel mundial. Este influjo se produce en el ámbito político a través de contactos informales entre las administraciones policiales, los organismos del gobierno y los políticos, pero también, mediante la abierta presión diplomática y en el ámbito jurídico, a través del Derecho convencional internacional acuñado por los Estados Unidos de América y, recientemente, por las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas impulsadas por dicho país (p. ej. en el ámbito de terrorismo).

Esta «americanización» del Derecho penal no se tiene que aceptar como un desarrollo irremisible o inevitable. Al contrario, dicho fenómeno se puede y se debe discutir crítica y discursivamente, para separar lo deseable de lo rechazable, lo legítimo de lo que no lo es. En este sentido, por ejemplo, en Europa la política criminal y la dogmática jurídico penal europeas sirven como filtro que han de pasar los impulsos internacionales antes de ser acogidos por las instancias europeas. Esto contribuye positivamente a una identidad del Derecho penal europeo que está arraigada en la historia constitucional y jurídico penal de Europa. A esta identidad pertenece una idea específicamente europea de la humanidad que se refleja, por ejemplo, en el ostracismo de los castigos extremos como la pena de muerte o la cadena perpetua sin perspectiva de indulto o remisión. También hay una idea de tolerancia específicamente europea que se opone a una política criminal de tolerancia cero («zero tolerante») frente a meras infracciones morales o administrativas. El más reciente pilar de la identidad jurídico penal europea es el reconocimiento del Tribunal Penal Internacional, incluso a costa de la confrontación política y legal con los Estados Unidos de América.

II.

¿Cuáles son los instrumentos de la internacionalización del Derecho penal y del proceso penal? Se tiene que distinguir entre instrumentos y mecanismos formales y aquellos que tienen una naturaleza informal.

1. La internacionalización formalizada del Derecho penal y del proceso penal se realiza tradicionalmente mediante instrumentos del Derecho Internacional. Entre ellos

figura el Derecho Internacional consuetudinario. Ya desde los Tribunales de Nuremberg y Tokio se reconoce fuerza de Derecho Internacional consuetudinario al Derecho penal Internacional con los delitos nucleares de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes contra la paz (Agresión), posteriormente codificados como Derecho Internacional Convencional en el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional —con la excepción, como es sabido, del delito de agresión—. Pero ante todo, son los convenios internacionales bi y multilaterales los que realizan una internacionalización del Derecho Penal y el proceso penal.

En el Derecho penal material tales convenios afectan a una gran cantidad de grupos delictivos, particularmente

- los crímenes internacionales;
- el terrorismo y su financiación;
- la criminalidad organizada;
- el tráfico ilegal de droga;
- el comercio de personas, la prostitución y la pornografía infantil;
- el blanqueo de capitales;
- la corrupción tanto en el sector público como en el privado; y
- numerosos delitos económicos como, por ejemplo, la manipulación de los mercados de capitales.

En Europa se estima que aproximadamente dos tercios de la legislación penal nacional de las últimas décadas está basada en instrumentos internacionales y europeos, lo que significa que la más reciente legislación penal ya no es nacional y autónoma en lo esencial, sino que está esencialmente internacionalizada.

En el área del Derecho procesal penal la cooperación internacional en materia penal, particularmente la extradición y otras asistencias jurídicas en materia penal, se encuentran primordialmente en el Derecho Internacional convencional. En Europa la cooperación judicial en materia penal ha pasado a ser competencia de la Unión Europea de forma casi completa, quedando poco espacio para la legislación nacional. La cada vez más estrecha cooperación internacional en materia penal obliga indirectamente a efectuar una armonización de los ordenamientos jurídico penales nacionales, sobre todo, en el ámbito del Derecho de prueba: si un Estado solicita a otro una recepción de prueba para un procedimiento penal, la realización de lo solicitado en el otro Estado solo le servirá al primero si las reglas según las cuales aquella se había efectuado resultan compatibles con las vigentes en el Estado solicitante, ya que, de lo contrario, se podría poner en cuestión la propia validez de dicha prueba. Es por ello, que la Unión Europea se esfuerza actualmente por conseguir una armonización del Derecho de prueba en el proceso penal.

En tiempos recientes y mucho más recientes se utilizan, sin embargo, también otros instrumentos diferentes de los Convenios internacionales en la internacionalización del Derecho penal y del Derecho procesal penal. Así, se pueden encontrar también en las más recientes resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas algunas

obligaciones de sancionar penalmente determinados comportamientos, por ejemplo, en lo referido al terrorismo. Dentro de la Unión Europea se ha desarrollado el nuevo instrumento de la Decisión Marco que obliga a sus Estados miembros a convertir en derecho nacional los objetivos que éstas establezcan. El problema de tales instrumentos consiste en que omiten la clásica exigencia de la ratificación por los parlamentos nacionales, los cuales están obligados a transformar dicho instrumento en Derecho nacional, incluso cuando dicha transformación no esté en consonancia con su Derecho constitucional, si no quieren contradecir sus obligaciones de Derecho Internacional. Un ejemplo gráfico de esto son las resoluciones 1267, 1373 y 1390 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de los años 1999, 2001 y 2002. Conforme a ellas habría de sancionarse a quien pusiese recursos económicos a disposición de una persona que fuese considerada como miembro de los Talibán, de Al-Qaida o que apareciera como terrorista en una lista elaborada por el Comité Sancionador de las Naciones Unidas. Uno de los múltiples problemas constitucionales derivados de lo anterior es que ni los Tribunales nacionales ni los internacionales podrán analizar la cuestión de si la inclusión de una persona en dicha lista resultaba ajustada o no a Derecho. Con ello se plantearía entre otras cuestiones, si se podría dar por justo o limpio un procedimiento penal en el que la persona discutiese, precisamente, el hecho de ser terrorista.

Los actores de la internacionalización del Derecho penal y del proceso penal son, en sentido estricto, los Estados nacionales. En verdad, hay todavía Convenios bilaterales con contenido penal que se negocian entre dos estados y son ratificados por sus parlamentos. Sin embargo, la mayoría de los instrumentos más recientes son debatidos y decididos en el marco institucional de organizaciones internacionales y supranacionales. Particularmente, se han de mencionar:

- las Naciones Unidas;
- en América la Organización de Estados Americanos;
- en Europa el Consejo de Europa y la Unión Europea.

Naturalmente, los Estados nacionales son miembros de estas organizaciones. Sin embargo, si el instrumento se puede decidir también por mayoría, ya no serán libres, autónomos y soberanos, en la comprensión clásica, para rechazar dicho instrumento internacional. Además los Estados nacionales son representados en las organizaciones Inter y supranacionales por sus gobiernos nacionales. Eso conduce a que los parlamentos nacionales ejerzan tan solo una influencia indirecta sobre la internacionalización del Derecho penal, lo que plantea un problema teórico-democrático del que me ocuparé posteriormente.

2. Todavía más problemáticos son los instrumentos y los mecanismos informales que de hecho conducen a una internacionalización del Derecho penal y del proceso penal. Entre ellos figuran los contactos internacionales informales entre políticos, autoridades de persecución penal y policías, aunque también se encuentran las condiciones penales exigidas para la apertura internacional de los mer-

cados económicos. Así, determinados ordenamientos jurídicos hacen depender la entrada de las empresas extranjeras que quieran tener acceso a sus mercados financieros del hecho que en el ordenamiento nacional de sus respectivos países de origen también rija un Derecho penal financiero lo suficientemente severo y efectivo. De ese modo, se puede ejercer una considerable presión económica y política sobre el legislador nacional, para que adapte su correspondiente Derecho penal.

III.

Los tres elementos más importantes de la internacionalización del Derecho penal y del proceso penal son la armonización, la cooperación y la «verticalización» de la Justicia Penal.

1. Sobre el concepto de la armonización existe controversia. Algunos quieren diferenciar la armonización de la unificación, por un lado, y por otro, de la asimilación: Una armonización deja al legislador nacional más libertad de movimiento que una estricta unificación. La asimilación significa que el legislador nacional debe proteger en el Derecho penal los intereses y bienes jurídicos inter y supranacionales de manera idéntica que los nacionales, por ejemplo, debería sancionar la corrupción de un cargo internacional de manera idéntica a la corrupción de un cargo nacional. En sentido propio, armonización significa la creación de unos *standards mínimos* internacionalmente válidos para el Derecho penal y el proceso penal. Estos *standards mínimos* se tienen que transponer rigurosamente, pero el legislador nacional es libre para prescribir normas todavía más severas. Por ejemplo, un instrumento internacional puede prescribir la obligatoriedad de la sanción del tráfico de pornografía infantil producida con niños reales; con lo que el legislador nacional todavía podría libremente sancionar también el tráfico de pornografía infantil, cuando se hubiese producido con jóvenes adultos que aparentasen ser niños —lo que puede ser razonable por motivos de prueba, pero también, para «erradicar» de un modo general el mercado de la pornografía infantil—.

En general, se distingue entre la Armonización «negativa» o «limitada», por un lado, y la «positiva» o «extensiva», por otro.

a) En la armonización «negativa» o «limitada» se trata de fijar en favor de los ciudadanos los *standards* mínimos penales y procesales obligatorios internacionalmente. Los Estados podrán establecer un nivel de protección más alto. Los *standards* mínimos se encuentran en lo esencial en los instrumentos generales de derechos humanos universales o regionales como

- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,
- la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o
- el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Estos instrumentos contienen garantías penales generales como el Principio de legalidad («*nullum crimen, nulla poena sine lege*»), garantías para la privación de libertad y otras medidas coercitivas y derechos específicamente procesales como el del acceso a un procedimiento justo, público y rápido ante un Tribunal independiente. Sobre el mantenimiento a estas garantías y derechos velan, parcialmente, Tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También hay, sin embargo, instrumentos más nuevos y específicos que tienen por objeto, por ejemplo, la protección de delincuentes juveniles o de las víctimas de delitos.

b) Armonización «positiva» o «extensiva» supone que los Estados se obligan por instrumentos internacionales a sancionar al menos determinados comportamientos y a crear determinadas estructuras mínimas en el proceso penal que faciliten la persecución. Los Estados están autorizados a extender la penalidad más allá de los casos obligatorios o a facilitar más el procesamiento penal. La mayoría de los instrumentos internacionales más recientes tienden hacia una armonización «positiva» o «extensiva» en el ámbito penal. Por ello se deben tener en cuenta, por una parte, las nuevas formas de criminalidad y las nuevas necesidades de protección —como p. ej. en la Criminalidad informática— y, por otra, se debe impedir que los criminales se puedan refugiar en los llamados «safe harbours» (puertos seguros), donde estarían protegidos de la extradición a causa de la ausencia de doble incriminación, o que trasladen sus actividades criminales a dichos puertos seguros, como sucedería, por ejemplo, con las actividades blanqueo de capitales que se trasladasen a un estado en el blanqueo no estuviere amenazado con una pena. Desde una perspectiva dogmática semejantes instrumentos contienen de forma frecuente el llamado «moderno Derecho Penal»:

- delitos nuevos, antes desconocidos, como el blanqueo de capitales o el delito informático;
- delitos de organización como la colaboración con una unión criminal o terrorista;
- delitos de peligro abstracto como la corrupción, donde la mera circunstancia de que un cargo administrativo haya recibido una ventaja relacionada con su ejercicio bastará para sancionarle sin necesidad de que ello hubiese de suponer la realización una conducta ilegal, la infracción de un deber específico o tuviese que generar ningún daño concreto;
- delitos que están dirigidos contra intereses o bienes jurídicos en parte difusos o supraindividuales como los delitos de tráfico de drogas donde, según el análisis por la doctrina alemana, se tiende a proteger la Salud colectiva, pero se relega el hecho de que el consumo de droga, como tal, no causa daño ilegal alguno a la salud, por cuanto son los propios consumidores los responsables del daño que se producen a sí mismos;
- delitos con un fuerte impacto moral, como la difusión de escritos pornográficos.

Parecidas tendencias se encuentran en el Derecho procesal penal, cuando en los instrumentos internacionales se prescriben como obligatorios «modernos» elementos procesales como:

- testigos anónimos y testigos principales (*Kronzeuge*);
- Vigilancia de las comunicaciones electrónicas y almacenamiento de datos de comunicación de todo el mundo;
- obligaciones de los institutos de crédito de comunicar transacciones financieras sospechosas.

2. Un punto esencial, en cierto modo natural, de la internacionalización de la justicia penal nos viene dado por la cooperación internacional en asuntos penales. Se debe tener por tal a cada contribución que presta un ordenamiento jurídico penal al procedimiento penal que se está desarrollando en otro. Ésta se hace particularmente necesaria en los casos en los que el delito tiene un carácter internacional o transfronterizo, aunque no solo en ellos. Como la cooperación tiene necesariamente un carácter internacional, es lógico que resulte necesario regularla también a un nivel de Derecho internacional. No resulta, por tanto, sorprendente que una gran cantidad de instrumentos internacionales regulen las formas esenciales de cooperación, a saber:

- la extradición,
- la asistencia mutua en asuntos penales,
- la colaboración a la ejecución mediante la transferencia de personas condenadas y
- la asunción de procedimientos penales.

En un sentido amplio, pertenecen también a la cooperación en materia penal las cuestiones de «*ne bis in idem*» internacional que en Europa, por ejemplo, están reguladas en el Derecho europeo, en concreto, en Art. 54 del Convenio de aplicación del Tratado de Schengen.

Tendencialmente, los más recientes instrumentos de cooperación tienden a facilitarla y acelerarla. En especial, se pretende que el Estado al que se solicita cooperación no tenga que entrar en el examen intensivo del procesamiento penal del Estado solicitante, sino que pueda partir del hecho de que dicho Estado efectúa la acción de una manera legal y legítima, atendiendo al principio de la confianza mutua. Para tal fin, resultan necesarios modernos instrumentos internacionales como la Orden de Detención o la Orden de obtención de pruebas europeas, aunque con ello se va relegando el equilibrio de la cooperación internacional con la parte de la defensa penal.

Según cada caso habrá que distinguir entre la cooperación «horizontal» y la «vertical»:

a) La tradicional «cooperación horizontal» se realiza entre Estados soberanos e iguales: Un Estado que persigue a un inculpaado solicita colaboración a otro Estado y el Estado al que se la solicita la presta —entrega al acusado, interroga testigos, registra pisos o confisca objetos— o la deniega. La cooperación horizontal se rige por principios tradicionales que solo en tiempos recientes han sido puestos en cuestión.

b) Un nuevo fenómeno es la «colaboración vertical» entre instituciones penales inter o supranacionales, por un

lado, y los Estados, por otro lado. Parte de estas instituciones inter o supranacionales como p. ej. Europol y Eurojust cuentan con competencia legal para adoptar medidas de investigación y coercitivas; pero también existen otras como, por ejemplo, en caso del Tribunal Penal Internacional que no cuentan con una policía que pueda detener a un acusado o registrar un local y confiscar medios probatorios. Por eso, las instituciones inter y supranacionales requieren la cooperación con las Autoridades policiales y procesales penales de los Estados, lo que genera un moderno Derecho en el que rigen los nuevos principios de la colaboración «vertical».

3. De este modo, llegamos al tercer y más joven elemento, la internacionalización del Derecho penal y del proceso penal: La «verticalización» de la justicia penal, en la cual se crean Instituciones de persecución inter o supranacionales.

a) Paradigma de ello son los Tribunales Penales Internacionales, posteriores a los Tribunales militares de Nuremberg y Tokio. Particularmente, los Tribunales *ad-hoc* para la antigua Yugoslavia y para Ruanda y el Tribunal Penal Internacional creado en La Haya por el Estatuto de Roma.

b) Junto a estos Tribunales aparecen autoridades policiales e Instituciones de persecución inter y supranacionales como Interpol y —en Europa— Europol, Eurojust y la Red Judicial Europea en asuntos penales. Sin embargo, hay que señalar, en cuanto a estas instituciones, que no se las puede considerar todavía como a una verdadera policía o a una fiscalía, ya que carecen de competencias reales de investigación, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con el Federal Bureau of Investigation americano (FBI). Al contrario, son meros «puntos de encuentro o reunión» («*Schaltstellen*») de la cooperación de las Autoridades nacionales. Su tarea esencial es coordinar las actividades que sobre la misma materia realicen las múltiples autoridades nacionales y procurar un intercambio de datos carente de fricciones y automatizado entre las mismas. Además se ocupan del análisis estratégico de las informaciones sobre criminalidad internacional para poder reconocer, de una forma temprana, los problemas y poder fijar así sus aspectos esenciales.

IV.

Déjenme dedicar, en este momento, algunas palabras a las exigencias metodológicas que nos plantea la internacionalización del derecho penal y del proceso penal, y a los principios materiales básicos de su desarrollo.

1. La consecuencia metodológica de la internacionalización de la materia penal, del pluralismo jurídico y de la interlegalidad es el pluralismo metodológico. Rige el principio de apertura metodológica: *Todas* las posiciones metodológicas —sean «ontológicas» o «normativistas», «realistas» o «funcionalistas», comprometidas con la idea de efectividad o con los principios liberales—, han de tenerse por equivalentes. Ningún método puede dominar, ninguno se puede tener por el único correcto. Particularmente, el Derecho penal internacional no puede ser exclusivamente

«dominado» ni por la dogmática penal continental orientada a la codificación y la sistematización, ni por el pensamiento jurídico penal del *common law* orientado al caso y a las decisiones judiciales. La apertura del método no se puede confundir con su arbitrariedad. Por citar a un compañero alemán: «*En la necesaria discusión sobre un problema penal deben valorarse todos los distintos métodos y tener por correcto aquel que aporte los mejores argumentos*». Se trae así a colación a la teoría jurídica de discurso, un marco teórico y metodológico que se presenta también como útil para el Derecho penal Internacional.

Por otra parte, rige el principio metodológico de la primacía del pensamiento problemático frente al sistemático y de la resolución de cuestiones de hecho frente a las referidas a categorías. Esta declaración puede resultar sorprendente por proceder de un profesor alemán y por el hecho de que muchos de mis compañeros consideran el sistema alemán del delito y sus categorías —tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad— como el mejor del mundo. Sin embargo, aun cuando lo fuese, no resultaría ni normativa ni funcionalmente correcto el traspasarlo tal cual al Derecho Penal internacional. El ordenamiento jurídico penal internacional es normativamente autónomo también en un sentido metodológico. Desde una perspectiva internacional se debe reconocer como equivalentes a todos los ordenamientos jurídico penales nacionales, lo que implica que también sus respectivos métodos se reconocen como tales. Funcionalmente, la tarea de la dogmática jurídico penal internacional es encontrar predicados de Derecho penal comprensibles internacionalmente. Sin embargo, un acuerdo internacional sobre sistemas resulta por el momento difícilmente realizable, como consecuencia de las diferencias que presentan las construcciones sistemáticas nacionales entre sí, aunque tampoco es prioritario, porque las cuestiones sistemáticas y categóricas son subsidiarias respecto a las de hecho.

La pregunta del profesor alemán sobre si el dolo pertenece al injusto a la culpabilidad o a los dos es desconocida para el abogado (Barrister) inglés o para el profesor (maître) francés, que solo conocen los conceptos injusticia y de culpabilidad como principios filosóficos o morales y no como categorías primariamente jurídicas, por lo que preguntarían que sería lo que jurídicamente determinaría su colocación. En cambio, los problemas jurídico penales y las cuestiones de hecho se plantean en todas partes, de ellas se desprende algo, y todos los penalistas pueden llegar a un acuerdo universal sobre las mismas. La cuestión de los requisitos que deben concurrir para apreciar el dolo y su prueba procesal son inmediatamente comprensibles para el barrister y el maître, quienes pueden decir mucho al respecto, pues es un problema que se ha abordado por todos los ordenamientos jurídico penales. Con el acuerdo internacional sobre los problemas y cuestiones de hecho se cristalizarán concepciones que —y eso me parece una tarea primordial de la dogmática jurídico penal internacional— deben ser desarrolladas conforme a su propia lógica interna y que se habrán de plasmar finalmente en conceptos.

2. Materialmente se tiene que considerar que la internacionalización del Derecho penal y del proceso penal no es ningún fin en sí mismo: El Derecho penal internacional y armonizado no es *per se* mejor que aquel otro Derecho penal que posibilita la concurrencia de los distintos sistemas jurídicos. La cooperación no es deseable de por sí, sino rechazable si conduce a resultados ilegítimos y disfuncionales. Tampoco es necesariamente bueno el que, con el fin de la «verticalización», se creen instituciones inter o supranacional de Justicia penal.

Una internacionalización de la materia penal es legítima y funcional solo cuando la misma se presenta como apropiada, necesaria y útil.

Atendiendo al principio de subsidiariedad solo se podría efectuar una internacionalización cuando los Estados ya no pudiesen garantizar por sí mismos una Justicia penal legítima y funcional, como sucede, por ejemplo, en el caso de determinadas formas de criminalidad organizada transfronteriza.

Según el principio de proporcionalidad la internacionalización solo podrá llegar hasta donde resulte necesaria para garantizar una Justicia penal legítima y funcional. Si, por ejemplo, los Tribunales nacionales consiguen juzgar crímenes contra la humanidad, no existirá ninguna necesidad de plantear dicho caso ante el Tribunal Penal Internacional; mientras que, por el contrario, tal Tribunal será necesario si los delitos contra la humanidad fuesen a permanecer impunes.

3. Los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad marcan unos límites a la armonización internacional del Derecho Penal material que en la práctica no siempre se respetan. Esencialmente, tal armonización resulta legítima y funcional en tres ámbitos:

a) Cuando se trate de interés o bienes jurídicos comunes a todos los Estados participantes y que todos consideran como dignos y necesitados de protección penal, pero que son protegidos de manera muy diferente por cada uno de ellos, puede ser razonable adoptar una armonización internacional de su defensa penal conforme al principio de la protección de intereses o bienes jurídicos comunes. Un viejo y al mismo tiempo gráfico ejemplo de esto es la falsificación de moneda: Si todos los Estados consideran su moneda como merecedora y necesitada de protección penal, la armonización internacional del Derecho penal contra la falsificación de dinero se presentará como algo más que factible, como ya ocurrió en 1929.

b) También puede ser razonable armonizar internacionalmente los delitos que muestren una dimensión típicamente internacional o transfronteriza (Principio de la dimensión internacional o transfronteriza). Esto es evidente, en delitos contra intereses o bienes jurídicos genuinamente internacionales, por ejemplo, los crímenes contra la paz o en los de guerra, pero también lo es en los casos de ataques a diplomáticos o a otras personas internacionalmente protegidas o en los de fraudes a los intereses financieros de las organizaciones internacionales. Asimismo, son candidatos naturales a ser armonizados internacionalmen-

te aquellos delitos que se cometen de una manera transfronteriza, generalmente, por organizaciones criminales internacionales, por ejemplo, el terrorismo internacional, el tráfico de drogas o de personas, muchos ámbitos de la criminalidad económica y, como no, también la criminalidad informática.

c) Finalmente, puede ser razonable, según el principio de anexidad, armonizar una materia penal que sea solo un anexo de una materia extra-penal que ya estaba internacionalmente armonizada. Si, por ejemplo, el Derecho del mercado financiero está armonizado ampliamente, será más fácil, armonizar internacionalmente también el Derecho penal referido a dicho mercado, en particular, los delitos como el abuso de información privilegiada y los de manipulación del mercado.

4. Tampoco el Derecho procesal penal se puede armonizar de una forma ilimitada. Una armonización internacional es legítima y funcional, especialmente, si sirve para asegurar la validez práctica de los *standards* procesales mínimos indubitadamente reconocidos a nivel internacional. En este sentido, la Unión Europea trabaja actualmente en un instrumento sobre las garantías mínimas que ha de disfrutar todo inculpado en un proceso penal.

También pueden existir áreas en las que la armonización parcial del proceso penal resulte oportuna para facilitar la cooperación. Este sería el caso de aquel instrumento internacional que permitiese el interrogatorio audio-visual de testigos durante el proceso judicial, sin que los mismos tuviesen que estar presentes en la sala. No es, sin embargo, ni legítimo ni funcional obligar, por ejemplo, a los Estados que tienen un proceso penal marcadamente inquisitorio, de clara impronta continental europea, a que introduzcan uno acusatorio, según el modelo del *common law*, ni viceversa. En cualquier caso, la regulación del procedimiento del Tribunal Penal Internacional viene a mostrar que se pueden alcanzar compromisos internacionales sobre este tema y el modo de hacerlo.

5. La «verticalización» del Derecho penal mediante la creación de instituciones de persecución penal inter y supranacionales se puede ver limitada por los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad. Con razón prevé el Estatuto de Roma que el Tribunal Penal Internacional solo será competente *ratione materiae* para los delitos más graves contra la humanidad, pero no —como algunos propusieron— para los de terrorismo internacional y otras formas de criminalidad graves. Tampoco le falta razón al Estatuto de Roma cuando determina que el Tribunal Penal Internacional solo será competente, cuando ningún Estado esté dispuesto y en posición de desarrollar las acciones penales correspondientes (principio de complementariedad). Por lo demás, las instituciones de persecución penal inter y supranacionales como Interpol y —en Europa— Europol y Eurojust se deben encontrar bajo control democrático y judicial (Principio del control democrático y judicial). Sus miembros no podrán gozar de ninguna inmunidad en caso de que abusen de sus cargos. Solo entonces resultará justificable el que se otorgue competencias coactivas a tales instituciones.

6. Por otro lado, el Derecho de la cooperación internacional en materia penal tiene naturaleza internacional, y, por ello, facilita una internacionalización mucho más amplia que el Derecho penal y el Derecho procesal penal nacional. Los principios tradicionales del Derecho de la cooperación tienden a respetar en la medida de lo posible la soberanía de los Estados miembros. En la medida en la que la idea de soberanía es sustituida por la de integración de los Estados en organizaciones regionales y universales como el MERCOSUR o la Unión Europea se perfilan nuevos y modernos principios de entre los cuales quiero solo mencionar seis:

a) La verdad es que el punto de partida continúa siendo que ningún Estado puede actuar, particularmente con fines de persecución penal, en el territorio de otro sin su autorización soberana (Principio de Territorialidad). No obstante, esta autorización se puede dar también de una forma general, lo que podría permitir, por ejemplo, la vigilancia de sospechosos en otro Estado o la persecución y detención transfronteriza de un delincuente sorprendido en flagrante delito.

b) Según el principio de la solidaridad entre Estados, éstos se ayudaran mutuamente en la persecución penal. En otras palabras, la cooperación es la regla, el rechazo de la cooperación la excepción.

c) Particularmente, los Estados tienen una confianza recíproca a sus respectivas Justicias Penales, por lo que el Estado al que se solicita su cooperación considerará, en principio, como legítima la persecución penal del Estado solicitante, incluso, cuando los Derechos penales y los procesos penales de uno y otro resultasen diferentes. Este principio de reconocimiento mutuo se ha convertido en la Unión Europea, por el momento, en la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal y ha dado lugar a mecanismos tan innovadores como la Orden de Detención Europea o la Orden Europea de Obtención de Prueba.

d) Según la tradicional concepción el orden público nacional —eso que todo Estado considera como irrenunciable— éste es una frontera a la cooperación en materia penal. Sin embargo, cada vez cobra más fuerza una moderna concepción que sitúa dicha frontera en la vulneración de los *standards* mínimos reconocidos internacionalmente del denominado orden público internacional (Principio del orden público internacional). Así, por ejemplo, un Estado no podrá rechazar la extradición porque pertenezca a su orden público nacional el hecho de que todo inculpado haya de ser juzgado por un jurado, y, sin embargo, en el estado solicitante de la extradición el enjuiciamiento se desarrolle ante un Tribunal compuesto solo con jueces profesionales, ya que, el derecho a ser juzgado por un jurado no es norma mínima reconocida internacionalmente.

e) Tradicionalmente, la cooperación en materia penal se condiciona a que el hecho resultase sancionable en el país al que se solicita la colaboración, en caso de que se hubiese cometido allí (Principio de doble incriminación). Este principio sería obligatorio solo cuando el Estado al que se solicitase la cooperación entrase con la misma en

la persecución penal, pero la cooperación es solo el apoyo a la persecución penal ajena y por ello, se renuncia, de una forma creciente, a la exigencia de la doble incriminación en el moderno Derecho de la cooperación.

f) Muchos Estados no extraditan a nacionales propios. El motivo es que temen hasta hoy, que el otro Estado discrimine en la persecución penal a los que, desde su punto de vista, son nacionales ajenos. En algunas regiones como, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea ya no es posible albergar dicho temor, por lo que desde el año 2002, también se tienen que extraditar a los propios nacionales. En cualquier caso, este principio tradicional solo será legítimo bajo la condición de que, el Estado que no extradite a su propio nacional asuma subsidiariamente su persecución penal (Principio «*aut derede aut iudicare*»), pues, de lo contrario, se produciría una injustificable impunidad cuando alguien cometiese delitos en el extranjero y se refugiase después en su país de origen, que ni lo extraditaría ni tampoco lo perseguiría.

V.

Permítame añadir, para terminar, algunas observaciones generales relativas a algunos problemas básicos y persistentes de la internacionalización del Derecho penal y del proceso penal.

1. Un intrincado problema se deriva del principio democrático y de los llamados «déficit democráticos» de las organizaciones inter y supranacionales. Se reconoce que el Derecho penal y procesal penal son Derechos especialmente dependientes de la legitimación democrática y parlamentaria (*nulla poena sine lege democratica et parlamentaria*). Sin embargo, las organizaciones internacionales, desde las que parten la mayoría de los instrumentos penales internacionales, no están estructuradas en un sentido democrático y parlamentario, al no estar respaldadas por elecciones libres e igualitarias. Sus miembros son Estados representados por sus gobiernos, lo que lleva a las organizaciones internacionales a una «legislación gubernativa» también en el ámbito del Derecho penal.

Algunos autores derivan de ello que toda la internacionalización del Derecho penal y procesal penal es ilegítima. En mi opinión, esta concepción iría demasiado lejos. La legitimación democrática en una organización internacional no se puede producir de una forma idéntica a como se hace dentro de un ordenamiento estatal regulado de forma unitaria y cerrada por una Constitución estatal. La legitimación democrática descansa más bien en el hecho de que tanto la existencia de la propia organización internacional, como sus eventuales competencias para adoptar decisiones mayoritarias proceden de la aprobación de leyes de ratificación del ingreso y son tramitadas, en este sentido, por los parlamentos nacionales, que deberían mantener funciones y competencias de importancia sustancial. Particularmente, se debería garantizar que los parlamentos nacionales colaborasen en la legislación internacional, ya que, bajo dicha condición se podría situar el

decreto de las normas de Derecho penal internacional de una organización internacional, en gran medida, en los gobiernos de sus Estados miembros, cuando ello fuese constitucionalmente admisible en el ámbito estatal.

2. Otro problema fundamental conectado con el problema democrático es el de que la internacionalización del Derecho penal y procesal penal se promueve principalmente por los gobiernos, los órganos ejecutivos y las autoridades de persecución penal. Los parlamentos, los ciudadanos y el parte de la defensa en los procesos penales no estarán, por tanto, suficientemente representados en el nivel internacional. Eso conduce a que los intereses estatales de persecución penal se remarquen fuertemente y el Derecho penal internacional se haga demasiado punitivo.

También los ciudadanos y la parte de la defensa penal habrían de ser incluidos en la lógica de la internacionalización. Para una Justicia penal completamente «internacionalizada» tiene que alcanzarse un equilibrio entre la persecución y la ejecución penales, por un lado, y los derechos de los ciudadanos y de la parte de la defensa, por otro. A tal fin, tienden los instrumentos de derechos humanos, pero también los múltiples esfuerzos realizados para crear un marco jurídico para la defensa penal internacional. Las organizaciones no gubernamentales y también las uniones defensoras penales habrían de contribuir a ello.

3. Finalmente, no podemos dejar de señalar el problema básico relativo al mantenimiento de las culturas jurídico penales nacionales. Los ordenamientos jurídico-penales nacionales se han desarrollado históricamente y tienen propiedades que están culturalmente ancladas de múltiples formas, como, por ejemplo, el sistema de jurado del *common law*. Esas propiedades son cuestionadas por la internacionalización del Derecho penal y del proceso penal, lo que generará problemas de transformación y de aceptación.

Muchas innovaciones jurídicas tropiezan con tales problemas, y tiene que ser posible imponer las reformas legales también sobre una «cultura jurídica», con total independencia de cómo o de quien las hubiese definido. Sin embargo, se presentan serios problemas cuando la «internacionalización» ha llevado a la «importación» de elementos sistemáticos que son legítimos y funcionales en un ordenamiento jurídico penal específico, pero que conducen a resultados ilegítimos y disfuncionales en otro. Ejemplo de esto, puede ser el testigo principal (*Kronzeuge*) que incrimina al autor principal y ve así reducida completa o parcialmente su pena: En el *common law*, donde existe la posibilidad de decidir si se persigue o no al delincuente, se considera a dicha figura como legítima y funcional; allí está, como es sabido, su patria jurídica. Sin embargo, en otros sistemas jurídicos que parten — como p. ej. el alemán — de que todo delincuente tiene que ser perseguido y castigado, la «rebaja de pena» del testigo principal se enfrenta a considerables problemas de legitimación. En casos como éste se debería abrir la posibilidad de trasladar las especificaciones internacionales de una forma no necesariamente literal, sino adaptada a cada sistema.