

# INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y DOGMÁTICA PENAL

Moisés MORENO HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Planteamiento del tema.* II. *Derecho penal y dogmática penal.* III. *Transformaciones del derecho penal y la dogmática penal.* IV. *Problemas actuales y retos de la dogmática penal (ante la internacionalización del derecho penal).*

## I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

1. En los tiempos actuales, el mundo vive momentos de grandes transformaciones de los sistemas jurídicos, así como también en los diversos ámbitos sociales, políticos, económicos, culturales y científicos, observándose una fuerte conexión entre ellos a manera de causa-efecto. Esas transformaciones, a su vez, se han ido acelerando por el fenómeno de la *globalización* y de *internacionalización* en que el mundo se encuentra inmerso.<sup>1</sup>

La política criminal, como parte de la política social general, y el derecho penal, como expresión de la política criminal y como parte del sistema jurídico, no escapan a esos procesos de transformación. Por ello, ahora se acostumbra hablar de *internacionalización de la política criminal* y de *internacionalización del derecho penal*; lo que obedece, entre otras causas, a la *internacionalización del delito*. En efecto, siendo el *delito* el objeto de atención de la política criminal y del derecho penal, éste

<sup>1</sup> Se retoman aquí algunas partes de mi conferencia “Implicaciones dogmáticas del proceso de globalización e internacionalización de la política criminal y del derecho penal”, publicada en *Globalización e internacionalización del derecho penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*, México, Ius Poenale, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2003, pp. 369 y ss.

tos se ven impactados por los cambios que dicho objeto experimenta; por lo tanto, si el delito se *internacionaliza*, es decir, si trasciende las fronteras nacionales y ramifica sus actividades en amplios ámbitos de influencia, surge también la necesidad de que la política criminal y el derecho penal se internacionalicen. Al *internacionalizarse la política criminal y el derecho penal*, estamos ante un fenómeno que igualmente acarrea otras consecuencias, como poner de manifiesto no sólo la crisis de ciertos principios fundamentales que han servido de sustento al concepto contemporáneo de *Estado-nación*, sino también la crisis de ciertos criterios y principios que han orientado a los *sistemas de justicia penal* y, por tanto, a los *derechos penales* tradicionales. Dicho fenómeno de internacionalización del delito, que ha evidenciado la crisis de determinadas *medidas político-criminales y penales*, ha motivado asimismo que ellas sean sometidas a revisiones y a constantes transformaciones; de ahí que el propio derecho penal, como medida político-criminal que es, esté también sometido a procesos de transformación para responder a las exigencias de hoy.

2. Ahora bien, las transformaciones que ha ido experimentando el derecho penal tienen sus repercusiones en el ámbito de la *dogmática penal*, por ocuparse ésta del estudio de aquél, o por ser aquél el objeto de estudio de ésta; por lo tanto, dado que el derecho penal se ve impactado por el proceso de internacionalización del delito y de la política criminal, no hay duda de que la *internacionalización del derecho penal* —y, por ende, el *derecho penal internacional*— igualmente tiene y tendrá implicaciones importantes en el ámbito de la *dogmática penal*, siempre y cuando ésta se mantenga vinculada con su objeto de estudio y no se desvirtúe. En otros términos, en tanto el objeto de análisis se modifique, la dogmática penal se verá también obligada a transformarse; y ello puede implicar, asimismo, que los criterios dogmáticos tradicionales, elaborados en torno a un determinado objeto de análisis —derecho penal, delito, pena, presupuestos de la pena, etcétera—, que también pueden ser caracterizados como tradicionales, tengan igualmente que ser revisados para ver qué tanto están en condiciones de continuar siendo la base teórica de la política penal, así como el método para analizar, interpretar y explicar sistemáticamente los diversos contenidos de la ley penal con la finalidad de hacer realidad los objetivos político-criminales del derecho penal, al menos en el mundo en el que la dogmática penal juega ese importante papel.

En esa búsqueda de respuesta por parte de la dogmática penal, frente a las transformaciones de su objeto de estudio, seguramente las discusiones seguirán girando en torno a cuestiones fundamentales ya conocidas, pero también en torno a nuevas cuestiones; y en esas discusiones es indudable que aparecerán en la palestra las actuales corrientes de pensamiento dogmático, como el vinculado al *funcionalismo*<sup>2</sup> o el vinculado a los *principios europeos tradicionales*; el que tiene que ver con las bases teóricas para un *derecho penal liberal y democrático*, o el que aporta bases teóricas para un *derecho penal autoritario*; en fin, habrá quienes opten por un *derecho penal racional* y quienes prefieran uno de corte *irracional*, o bien quienes se muevan en los extremos del *reduccionismo* o del *expansionismo* del sistema penal y del derecho penal como opciones político-criminales. Pero, igualmente, podrán aparecer nuevas corrientes de pensamiento, sobre todo ahora que se habla no sólo de un “*derecho penal internacional*” sino de nuevos fenómenos o de nuevos problemas que también requieren de regulación por parte del derecho penal. Y aun cuando todo ello seguramente pondrá en duda la funcionalidad o la capacidad de ciertos criterios teóricos tradicionales, no hay razón hasta ahora para dejar de cuestionarse sobre la base filosófico-política de la política criminal y de la dogmática penal, más cuando todo ello tiene que ver con los límites del poder penal y con el papel que juegan los *derechos humanos* en todo esto; es más probable que las discusiones en torno a ello se intensifiquen y que en tales discusiones se siga planteando la cuestión central de si esa base debe partir sólo de consideraciones *ontológicas* o exclusivamente de consideraciones *normativistas* o *teleológicas*, o si se pueden compaginar en una síntesis; es decir, si la base la puede proporcionar el *ontologismo* o el *normativismo (o teleologismo)*, ya sea como posiciones irreconciliables o como ingredientes complementarios, en tanto que, aun en tratándose de tales circunstancias, habrá que considerar necesariamente los datos de la realidad.

De todo ello se derivarán, sin duda, importantes consecuencias teórico-prácticas en torno a los presupuestos de la pena y de sus contenidos y, por tanto, en torno a los alcances del *ius puniendi* estatal.

<sup>2</sup> Me refiero en este punto a la concepción político-criminal que pone especial énfasis en la *eficacia* o en los *resultados* de las medidas penales y no tanto en los *principios garantizadores*.

## II. DERECHO PENAL Y DOGMÁTICA PENAL

### 1. *Vinculación entre derecho penal y dogmática penal*

a) Aun cuando en la práctica de la política criminal y de la dogmática penal con frecuencia se observa otra cosa,<sup>3</sup> no cabe duda de que entre el derecho penal y la dogmática penal debe existir una muy estrecha vinculación, que es la vinculación que debe darse entre el “objeto del conocimiento” y el “conocimiento del objeto”. Ciertamente, entendida la *dogmática penal* como equivalente al “*núcleo*” de la ciencia del derecho penal *stricto sensu*, ella es el conocimiento o el saber del derecho penal;<sup>4</sup> por lo que tiene como principal objeto de conocimiento al derecho penal positivo,<sup>5</sup> cuyos contenidos son tomados en principio como si se tratara de *dogmas*,<sup>6</sup> a los cuales analiza y explica de manera sistemática. Es decir, la función o misión de la dogmática penal consiste en “desarrollar y explicar el contenido de las reglas jurídicas en su conexión interna”, esto es, “sistemáticamente”<sup>7</sup> o, en otros términos, en “procurar una correcta interpretación de los textos positivos, buscar las relaciones existentes en-

<sup>3</sup> Es decir, que entre ellas no se observa mayor vinculación, al menos en el ámbito mexicano.

<sup>4</sup> Cf. Zaffaroni, E. Raúl *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, México, Porrúa, 2001, pp. 3 y 356.

<sup>5</sup> Deben, por ello, distinguirse derecho penal y ciencia del derecho penal, es decir, “objeto del conocimiento” y “conocimiento del objeto”. El derecho penal es entendido, en este caso, como equivalente a *legislación penal*, que es manifestación del ejercicio del *ius puniendo* estatal que corresponde al legislador.

<sup>6</sup> Cf. Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, t. I: *Introducción*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 62.

<sup>7</sup> Como señala H. Welzel (*Das deutsche Strafrecht*, 11a. ed., 1969, p. 1; véase la trad. al español de Bustos y Yáñez, *Derecho penal alemán*, Chile, 1970, p. 11; cf., también, Muñoz Conde, F., *Introducción...*, pp. 117 y ss., 135 y ss.): “la dogmática jurídico penal trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, delimitar los hechos punibles de los impunes, de conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo. En este sentido, la dogmática jurídico penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites”.

tre éstos, descubrir las ideas, principios e instituciones ínsitos en la ley y, luego, construir y sistematizar sobre esa base una teoría completa y bien asentada de las bases orgánicas del derecho positivo”.<sup>8</sup> Esa función la realiza con el fin de posibilitar una aplicación racional y uniforme de la ley, que ayude esencialmente a garantizar la seguridad jurídica y a “procurar una administración de justicia igualitaria y justa”;<sup>9</sup> en otras palabras, para posibilitar una adecuada política criminal, sobre todo en lo que concierne a la aplicación concreta de la ley penal; pero lo anterior no excluye que la dogmática penal también puede influir en el propio proceso de creación del derecho penal, sobre todo si a ella se le reconoce igualmente la función de ser un instrumento de proposiciones y de cambios de su objeto de conocimiento; de ahí que las consideraciones de *lege ferenda* pueden llevar a la transformación del derecho penal.

b) De lo anterior puede desprenderse que la dogmática penal no es —o no debe ser— una disciplina que sólo se desarrolle como *l'art pour l'art*, es decir, como “la dogmática por la dogmática”, sino que ella debe buscar conectarse con la realidad, dentro de la cual se encuentra su propio objeto de consideración, y procurar incidir, a través de sus aportaciones sistemáticas, en la solución de los problemas concretos para los que el derecho penal está llamado a atender.

No hay duda, como lo han puesto de manifiesto algunos penalistas, que la finalidad anteriormente señalada muchas veces se ha visto distorsionada por ciertos dogmáticos que, en lugar de ello, han originado “una disciplina pretenciosa y abstrusa, de menor sustancia de la que se le atribuye, apta para ser recorrida solamente por iniciados que poseen sus claves lingüísticas y que creen, debido a su propio aislamiento, formar parte de una supuesta élite científica”, como lo destacó Novoa Monreal, quien señaló, además, que tales dogmáticos son “verdaderos gimnastas intelectuales que ejercen en el vacío, los cuales se caracterizan por sumergirse en una progresiva complicación de sus elaboraciones abstractas, en la agudización de discusiones tan inútiles como extravagantes y en una ciega y gradual desconexión con la realidad, con deplorables consecuencias

<sup>8</sup> Novoa Monreal, E., *La evolución del derecho penal en el presente siglo*, Caracas, 1977, pp. 42 y ss. Cf., también, Porte Petit, C., *Importancia de la dogmática jurídico penal*, México.

<sup>9</sup> Welzel, H., *op. cit.*, nota 7, p. 1; cf., también, Jescheck, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1969, p. 136.

por lo que se refiere a alcanzar el verdadero y único fin de un derecho penal".<sup>10</sup>

Si bien lo anterior se observó de manera particularmente acentuada en la polémica que se dio entre el *causalismo* y el *finalismo*, y de alguna forma se observa también en la actual discusión entre *finalismo* y *funcionalismo*,<sup>11</sup> lo cierto es que tales discusiones no han sido infructuosas. El propio Welzel ha remarcado la importancia de la dogmática penal desde el inicio de su obra,<sup>12</sup> al afirmar que la ciencia del derecho penal, como ciencia sistemática que es, “da la base para una administración de justicia igualitaria y justa, pues sólo la comprensión de las conexiones internas del derecho libera a su aplicación del acaso y la arbitrariedad”. Asimismo, ha destacado que para la dogmática penal tienen fecundidad las ideas, conceptos o categorías que poseen un carácter *prejurídico*, y Roxin así lo ha reconocido,<sup>13</sup> en virtud de que ellos procuran lograr bases firmes para garantizar la seguridad jurídica y una más racional interpretación y aplicación de la ley penal. Por ello se sugiere admitir y creer más en los resultados que se deducen de los conceptos sistemáticos superiores y confiar más en la utilidad práctica de tales categorías, ya que sólo así las construcciones dogmáticas podrán alcanzar mayores rendimientos prácticos. Para ese fin, habrá que procurar que la dogmática penal sea una disciplina de mayor sustancia y más comprensible que pueda ser recorrida incluso por quienes toman las decisiones político-criminales de orden penal.

c) Entendida la *dogmática jurídico penal* en el sentido anterior, habrá que aceptar que los cambios que experimente el objeto de conocimiento deben igualmente traer como consecuencia transformaciones en la propia

<sup>10</sup> Novoa Monreal, E., *op. cit.*, nota 8, pp. 43 y ss. Cfr., también, Roxin, C., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2a. ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1973, pp. 3 y ss.; existe traducción al español de Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972.

<sup>11</sup> Sobre esto véase Moreno Hernández, Moisés, “Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal”, *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2001, pp. 579 y ss.

<sup>12</sup> *Das deutsche Strafrecht*, 1969, p. 1.

<sup>13</sup> Cfr. Roxin, C., *Kriminalpolitik...*, *cit.*, nota 10, p. 37, quien reconoce que “la teoría final de la acción, con su giro a las estructuras ónticas y a la realidad social, ha intentado restablecer, y no sin éxito, la referencia de la dogmática jurídico penal a la realidad, devolviendo sobre todo a la teoría de la acción y a la del tipo la plasticidad de una pura descripción del suceso”.

dogmática jurídico penal; es decir, transformaciones en la forma de ver y de entender al derecho penal, independientemente de que la dogmática también constituya un instrumento determinante para la transformación de su objeto de estudio. En otros términos, siendo el derecho penal positivo una de las manifestaciones o expresiones de la *política criminal* que el Estado adopta para enfrentar el problema de la delincuencia y proteger de ésta los bienes jurídicos de los individuos y de la colectividad, puede igualmente decirse que en la medida en que la política criminal se reorienta o se transforma —en el sentido que sea— también se reorienta o se transforma el derecho penal. Y, consecuentemente, en la medida en que el derecho penal se transforme, sea para bien o para mal, es indudable que dicho cambio plantea también la necesidad de transformaciones a la dogmática penal, en tanto que —como se ha dicho— debe existir una estrecha vinculación entre el “objeto del conocimiento” y el “conocimiento del objeto”; y ello, se reitera, sin menoscabo del papel que la dogmática penal pueda jugar en la reorientación y transformación de su propio objeto de conocimiento, en la medida en que debe existir una cierta retroalimentación entre política criminal y dogmática penal, e independientemente de las categorías permanentes u ontológicas que en el derecho penal se puedan encontrar.

La dogmática penal, por consiguiente, no sólo debe ocuparse de la “interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y las opiniones científicas en el ámbito del derecho penal”,<sup>14</sup> sino que también debe funcionar como factor de cambio del derecho penal; de ahí que igualmente se afirme que la dogmática penal tiene la función de aportar las bases teóricas adecuadas para una determinada política criminal en el ámbito de la justicia penal.

## 2. Ideología en el derecho penal y en la dogmática penal

a) Ahora bien, dado que el derecho penal positivo es expresión de la política criminal y, por tanto, expresión del *poder* del Estado que le da origen, cuyos contenidos son luego analizados, interpretados y expli-

<sup>14</sup> Roxin, Claus, “Sobre la significación de la sistemática y dogmática del derecho penal”, *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, trad. al español de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal M., Barcelona, PPU, 1992, p. 35.

dos sistemáticamente por la dogmática penal, ésta de alguna o de otra manera se vincula con el ejercicio de dicho *poder penal (ius puniendi)* estatal, en tanto que su intervención puede traducirse en la fijación de *límites* al poder penal del Estado; límites que éste debe observar en el ejercicio de ese poder, ya sea al momento de generar las normas penales o de determinar los cambios que la legislación penal debe experimentar para que responda a las exigencias que la realidad social, jurídica, política y científica va planteando, o bien a la hora de interpretar los contenidos de las leyes penales que ha generado para lograr una aplicación más racional de las mismas.

Pero hablar de *límites* al poder penal del Estado es hablar ya de un determinado tipo de Estado y de un determinado tipo de derecho penal y, consecuentemente, es hablar de *ideología*, pues no todo Estado ni todo derecho penal admite límites. Sin entrar en mayores disquisiciones, se reconocen ideologías o corrientes de pensamiento que abogan por la vigencia del *Estado de derecho*, o más estrictamente del *Estado democrático de derecho*, cuyo poder reconoce límites, y aportan las bases en que éste se sustenta; mientras que otras se inclinan por un *Estado autoritario* o *totalitario*, cuyo poder es menos limitado o incluso no reconoce límites y, por tanto, se ejerce de manera arbitraria.<sup>15</sup> En cada una de estas concepciones está de por medio la consideración del hombre: *a)* la primera concibe al hombre como *persona*, como *fin en sí mismo*, como un ser *capaz y libre* y, por tanto, reconoce y respeta su *dignidad humana*; en virtud de ello, la potestad punitiva del Estado tiene límites y se orienta por una serie de principios fundamentales que posibilitan que dicho poder se ejercente con mayor racionalidad y no se desborde en detrimento de los derechos del hombre; *b)* la segunda, en cambio, no reconoce tanto la idea de que el hombre sea un ser libre, por lo que su comportamiento no constituye la manifestación libre de su voluntad sino el producto de diversos factores, por lo que cuestiona y desecha aquellos criterios que sirvieron de base tanto al *sistema penal liberal* como al *sistema penal de corte democrático*, ya sea porque fueron calificados como criterios *metafísicos*, inspirados en un simple *humanitarismo*, pero faltos de soporte

<sup>15</sup> Véase Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, Ius Poenale, 1999, pp. 27 y ss., así como la bibliografía ahí citada.

científico,<sup>16</sup> como fue el caso, por ejemplo, del *principio de culpabilidad*, considerado uno de los pilares del sistema penal liberal y democrático, que parte del reconocimiento de la *libertad del hombre*; o porque se les atribuye ser causa de la falta de *eficacia* del sistema penal.<sup>17</sup>

Lo anterior plantea, entonces, la posibilidad de hablar de una política criminal y de un derecho penal acorde a las exigencias de un *Estado democrático de derecho* ampliamente respetuoso de los derechos humanos, esto es, que se ajusten a los lineamientos o directrices marcados tanto por las Constituciones políticas de tal tipo de Estado, así como de una política criminal y de un derecho penal de corte autoritario. Por lo tanto, si hablamos de *límites* del poder penal, esta idea no es sino compatible con la concepción de una política criminal y de un derecho penal de corte democrático, rechazándose la ideología de corte autoritario o totalitario.

b) Como consecuencia de lo anterior, al hablar de vinculación entre política criminal y dogmática penal, o entre derecho penal y dogmática penal, debe rechazarse aquella vinculación que se base en una ideología autoritaria o totalitaria. En otras palabras, debe buscarse una vinculación que se finque en una concepción filosófico-política precisa en torno al hombre, al Estado, al derecho penal y a las funciones y fines que a éste se le atribuyen; y esa concepción debe ser la que parte de la base de que el hombre es una *persona*, un fin en sí mismo —y no un instrumento al servicio del Estado—, y que en virtud de ello reconoce y respeta los derechos que le son inherentes, los cuales deben ser el factor determinante para la delimitación del poder estatal. Consecuentemente, el derecho penal debe igualmente estar sujeto a una serie de límites. Esos *límites* deben observarse tanto en el proceso de creación de las leyes penales, es decir, al determinar los contenidos y alcances de la ley penal, como a la

<sup>16</sup> En la segunda mitad del siglo XX, en virtud del desarrollo de las ciencias naturales, todo se cuestiona desde esta perspectiva y todo se somete a demostración (a partir de los métodos de las ciencias naturales) para efectos de determinar su funcionalidad. Véase, sobre esto, Langle, Emilio, *La teoría de la política criminal*, Madrid, Reus, 1927, pp. 169 y ss., quien señala: “Contra los rigores del viejo régimen de castigos, la escuela humanitaria del siglo XVIII opuso un espíritu de caridad y filantropía que dulcificó la represión. Contra el clásico derecho penal de abstracciones y dogmas que en vano lucha aún por mantener sus fueros, la escuela moderna de la política criminal opone sus estudios meramente científicos...”.

<sup>17</sup> Como consecuencia de ello, se planteó la necesidad de un sistema penal *más funcional* que cuente con medios eficaces para luchar contra el crimen, como se planteó en la segunda mitad del siglo XIX.

hora de aplicar la ley a los casos concretos; pues no hay que olvidar que esos contenidos y alcances de la ley pueden posibilitar un ejercicio abusivo del poder penal y una mayor inobservancia y vulneración de los derechos humanos, o viceversa, como consecuencia.<sup>18</sup>

La dogmática penal, entonces, debe procurar que los objetivos político-criminales de un derecho penal de corte democrático se hagan realidad. Resalto lo anterior porque no siempre la dogmática ha cumplido esa tarea. Ciertamente, así como pueden diferenciarse diversos tipos de políticas criminales o de derechos penales, pueden también distinguirse diferentes tipos de dogmáticas penales: *a) los hay que, colocándose en un determinado extremo, procuran legitimar sistemas penales autoritarios o totalitarios sugiriendo las bases teóricas o científicas para ello*, como fue el caso de la conocida *Escuela de Kiel* en la Alemania de la década de los treinta a raíz del nacionalsocialismo, cuyos principales representantes<sup>19</sup> optaron por un *derecho penal autoritario* en lugar de un *derecho penal liberal*, planteando las bases dogmáticas para ese tipo de derecho penal. Lo propio puede decirse del *neokantismo* expresado en la obra de Mezger, ya que —como lo ha señalado Zaffaroni— “contra lo que usualmente se afirma, el derecho penal kantiano fue el *verdadero saber penal del nazismo*”, y no tanto el de la *Kielerschule*; es decir, que la jurisprudencia se orientó más por E. Merger que por G. Dahm o Fr. Schaffstein.<sup>20</sup> *b) Por el otro extremo, mayoritariamente se erige una dogmática penal con una ideología que podríamos caracterizar de liberal y democrática*, que pugna por una política criminal y por un sistema penal ampliamente respetuosos del hombre, que consideran a éste como una persona, como un fin en sí mismo, como ente o ser capaz y libre, el que por ello constituye o debe constituir el centro de atención de todo quehacer estatal.<sup>21</sup> Confor-

<sup>18</sup> Es decir, de lo que haga —y cómo lo haga— el legislador, puede surgir la base normativa que sirva de sustento a un sistema de justicia penal de corte *democrático* o a uno de corte *autoritario*.

<sup>19</sup> George Dahm y Friedrich Schaffstein. Pueden verse los siguientes trabajos escritos conjuntamente por estos dos autores: *Liberale oder autoritaeres Strafrecht?*, Hamburgo, 1933 y *Grundfragen der neuen Strafrechtswissenschaft*, Berlín, 1935.

<sup>20</sup> Cf. Zaffaroni, E. Raúl, *Política y dogmática jurídico penal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002, pp. 32 y ss.

<sup>21</sup> Sin duda, puede afirmarse que la mayoría de los penalistas modernos de alguna o de otra manera sigue esta orientación, independientemente de lo aceptable o no de sus construcciones dogmáticas. Así, entre ellos, Welzel, Roxin, Hassemer, Struensee, Schü-

me a esta última concepción, el derecho penal y todo el sistema penal deben estar al servicio del hombre y no para servirse del hombre. A partir de esos extremos, que por supuesto en la actualidad no los hay puros, se han erigido las figuras intermedias o eclécticas tanto político-criminales como dogmáticas.

c) Si bien en los últimos tiempos se observa, sobre todo en el plano teórico —tanto en el ámbito internacional como en el nacional—, la tendencia hacia la consolidación de sistemas penales que se ajusten a las exigencias de *Estados democráticos de derecho* y, por tanto, que reconozcan límites precisos al poder penal estatal y garanticen de manera más amplia los derechos del hombre, aún no se observa una tendencia firme en ese sentido en el plano de la realidad práctica. Por el contrario, en ésta es claramente perceptible una orientación opuesta que —lejos de hacer uso de alternativas político-criminales mejores— se traduce en un mero endurecimiento creciente de las medidas penales que se manifiesta tanto en la creación desenfrenada de tipos penales como en el incremento desproporcionado de las punibilidades, entre otras formas de manifestación. Esta tendencia de la función instrumental del derecho penal se ha apoyado, en principio, en el hecho de que la delincuencia y la inseguridad pública han experimentado incrementos importantes; problema que se ve agravado —según se afirma— por la aparición y desarrollo de la llamada *delincuencia organizada*, sobre todo de la *delincuencia organizada transnacional*; pero también se ve apoyada en la creencia errónea de que tales tipos de medidas son realmente eficaces, creencia que se ve definitivamente desmentida por los resultados.<sup>22</sup>

Por la razón anterior, es innegable que la actual lucha de corrientes de pensamiento se seguirá planteando en el futuro de la política criminal y del derecho penal. De ahí que, sin duda, aún se seguirá hablando del dilema político criminal entre un *sistema penal retributivo* y un *sistema penal preventivo*, independientemente de que se trate de un falso dilema

nemann, Zaffaroni, Cerezo Mir, Mir Puig, Silva Sánchez, Baratta, Ferrajoli, Moreno Hernández, entre otros.

<sup>22</sup> La realidad muestra que el derecho penal no ha resultado *funcional*, ya que los *bienes jurídicos* para cuya protección ha sido llamado no están debidamente protegidos, como tampoco en su aplicación se han observado debidamente los *derechos humanos*; además, se destaca que la delincuencia se incrementa cada vez más, tanto cuantitativa como cualitativamente, no obstante que el (ejercicio del) poder penal se ha endurecido y extra-limitado.

cuento se habla de la *función retributiva y preventiva* que puede desempeñar el derecho penal;<sup>23</sup> es decir, aun cuando sobre estas cuestiones ha habido y hay una amplia discusión, no hay duda de que se seguirá hablando de *retribución* y de *prevención*, sin que necesariamente ellas tengan que excluirse o tengan que contraponerse de manera tal que resulten inconciliables, sobre todo si se consideran los diferentes momentos de intervención que tiene el derecho penal, a través del ejercicio del *ius puniendi* que corresponde a cada uno de los órganos del Estado, que va desde el momento mismo de la conformación de las leyes penales hasta la aplicación concreta de las mismas, incluyendo la ejecución de las resoluciones judiciales.<sup>24</sup>

a) Si, como se ha dicho, la dogmática penal tiene como principal punto de referencia a la ley penal (positiva y vigente) y en torno a ella se construye y desarrolla, desentrañando y sistematizando su contenido (consideraciones de *lege lata*), puede en esa búsqueda del real sentido de la ley penal descubrir lagunas o contradicciones, falta de precisión y uniformidad de criterios político-criminales, o la presencia de criterios que no se ajustan a una determinada *ideología*<sup>25</sup> y que permiten extralimitaciones en el ejercicio del *ius puniendi* estatal. En este caso, resulta plausible que la *función* o misión de la dogmática penal se traduzca en evitar las extralimitaciones del poder penal; lo que se puede lograr analizando y explicando sistemáticamente el contenido de las reglas jurídicas en su conexión interna, para posibilitar una aplicación racional y uniforme de la ley que ayude esencialmente a garantizar la seguridad jurídica y a procurar una administración de justicia igualitaria y justa;<sup>26</sup> en otras palabras, posibilitar una adecuada política criminal, tanto en lo que concierne

<sup>23</sup> Aun cuando en el ámbito de la criminología a muchos les choca hablar de *retribución*, por considerar que eso plantea la idea de “castigo”, que nos remonta a ideas antiguas, a las ideas de la *ley del talión*, del ojo por ojo y del diente por diente; por lo que afirman que debe desecharse la idea de la retribución y hablar sólo de *prevención*. Pero surge igualmente la discusión en torno a si solamente debe hablarse de *prevención general* o solamente de *prevención especial*, o de ambas, existiendo igualmente diferentes puntos de vista.

<sup>24</sup> Véase, sobre esto, Roxin, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal”, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus, 1976, pp. 11 y ss.

<sup>25</sup> Como es la ideología de la Constitución y la contenida en instrumentos internacionales.

<sup>26</sup> Cfr. Welzel, H., *op. cit.*, nota 7, p. 1; véase Jescheck, H., *op. cit.*, nota 9, p. 136.

a la aplicación concreta de la ley penal, pero también en lo que se refiere a su proceso de creación. En términos más concisos, la dogmática penal tiene la función fundamental de establecer las bases científicas o los criterios teóricos adecuados para el diseño y desarrollo de una política criminal (penal) igualmente adecuada, así como la misión de proporcionar seguridad jurídica para los individuos, tal como lo exige el Estado democrático de derecho.

Pero el que la dogmática penal pueda cumplir la función de aportar las bases teóricas para una determinada política criminal, no quiere decir que dichas bases sean adoptadas sin más, pues quienes toman las decisiones políticas pueden rechazarlas; y ese rechazo o aceptación de una aportación dogmática puede obedecer a que haya coincidencia o no respecto de las ideologías que están detrás de cada una de ellas, o puede depender de su interés o de la fuerza de su convicción, pero también puede ser rechazada por su desconocimiento. Si bien parece usual que una política criminal, cuyos criterios y principios se corresponden con los propios de un Estado respetuoso y garantizador de los derechos del hombre, se incline por sugerencias dogmáticas que se basan en criterios análogos, no existe garantía alguna de que eso pueda ser la regla; la decisión política puede optar por criterios teóricos equivocados, por lo que no hay nada que garantice que necesariamente se dé una correspondencia ideológica entre dogmática penal y política criminal. De ahí que la dogmática debe también ser un instrumento de proposiciones para incidir en las decisiones político-criminales y penales.

e) Lo anterior nos conduce a afirmar que la dogmática penal no puede ser *neutral*, ideológicamente hablando, sino que en el desarrollo de su función necesariamente lleva consigo una determinada concepción, de sí misma y de su función, así como de las cosas en torno a las cuales se desenvuelve, pues es a partir de dicha concepción que puede enfocar su objeto de conocimiento y determinar la orientación (filosófica y política) que prevalece en cada uno de los aspectos de ese objeto de conocimiento, que es el derecho penal. Esto es, lo que se puede decir de la política criminal y del derecho penal también se puede afirmar con relación a la dogmática penal, ya que ella está igualmente ligada a cierta *ideología*, que sirve de fondo a los diversos conceptos y criterios que maneja,<sup>27</sup> con

<sup>27</sup> De ahí que cuando se habla de distintas orientaciones dogmáticas se habla principalmente de la ideología que está detrás de la construcción dogmática.

independencia de si su objeto de conocimiento sigue una ideología diferente. Del análisis que la dogmática penal haga de dicho objeto podrá determinarse la caracterización de la legislación penal y, a partir de ello, incidir para reorientarla, si es el caso, o sólo explicarla sistemáticamente de acuerdo con sus propios criterios. Si se atiende a los contenidos del objeto de conocimiento, es claro que el derecho penal está impregnado de *valoraciones*; por lo que su enfoque no puede hacerse matemáticamente o a través de métodos o criterios estrictamente naturalísticos; por el contrario, su propia naturaleza determina que el *método* para analizarlo no puede estar desprovisto de consideraciones *valorativas*.

Es de esa manera como la dogmática penal determina el contenido y los alcances que corresponden a los diversos conceptos sustantivos plasmados en la ley, como los que tienen que ver con la *estructura del delito* y los *presupuestos de la pena*, y con base en ello hace su construcción teórica, su desarrollo sistemático. No podría explicarse de otra manera el porqué, con relación a los contenidos de la ley, se dan diversos puntos de vista: desde los que los justifican sin más —aun si dicho contenido es injusto—, hasta los que los critican fuertemente tanto por la ideología que encierran como por las consecuencias teórico-prácticas a que conducen, siendo estos últimos los puntos de vista que plantean la necesidad de su cambio.

### *3. La dogmática como factor de transformación de la política penal*

a) Es así como la dogmática jurídico-penal se convierte también en instrumento de proposiciones y de cambios, de transformaciones de su propio objeto de conocimiento, en la medida en que el análisis se realiza críticamente y que entran en juego consideraciones de *lege ferenda*. De esa manera se establece un proceso de *retroalimentación* entre la dogmática penal y política penal, haciéndose posible la existencia entre ellas de *vasos comunicantes*, o compaginándose ambas esferas en una *síntesis*.<sup>28</sup> Esa comunicación puede darse, como se ha dicho, tanto en el proceso de creación de las leyes penales como en el de su aplicación concreta. Pero

<sup>28</sup> Roxin, Claus, *Kriminalpolitik...*, cit., nota 10, p. 10. "...La vinculación al derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de derecho y el Estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica" (p. 33).

al plantearse la necesidad de esa estrecha vinculación, es necesario que ésta sea con una política penal y, por tanto, con un derecho penal más acorde con las exigencias del *Estado democrático de derecho*, esto es, de un Estado ampliamente respetuoso de los derechos humanos que se ajuste a los lineamientos o directrices fijados tanto por las Constituciones políticas de tales tipos de Estado como por los instrumentos internacionales que en esta materia han sido hasta ahora aprobados por la mayoría de los Estados del mundo; por lo que debe rechazarse una vinculación entre política penal y dogmática penal que revista características no democráticas, es decir, imbricadas de una ideología autoritaria o totalitaria.<sup>29</sup> Por lo tanto, debe buscarse una vinculación que se finque en una concepción filosófica y política precisa en torno al hombre, al Estado, al derecho penal y a las funciones y fines que a éste corresponden; una concepción que parte de la base de que el hombre es una *persona*, un fin en sí mismo —y no un instrumento al servicio del Estado— y que, en virtud de ello, se le reconocen y respetan los derechos que son inherentes a su naturaleza humana, que por ello constituyen un factor determinante para la delimitación del poder estatal y para establecerle límites al derecho penal.

Por lo tanto, si la dogmática penal también puede fungir como un instrumento de proposiciones y de cambios, es inaceptable que ella sea una disciplina que se desarrolle sólo como *l'art pour l'art*, es decir, como *la dogmática por la dogmática*, sino que debe buscar siempre conectarse con la realidad e incidir en la solución de los problemas penales concretos a través de sus aportaciones sistemáticas. Para lograr esa finalidad, tiene que desembarazarse de todo aquello que la ha convertido en una “disciplina pretenciosa y abstrusa, de menor sustancia de la que se le atribuye”, como decía Novoa,<sup>30</sup> y lograr convertirse en una disciplina que pueda ser recorrida no sólo por los iniciados sino incluso por quienes toman las decisiones político-penales, de quienes no tiene que mantenerse aislada; es decir, la dogmática penal debe dejar de ejercer en el vacío y conectarse más con la realidad. Pero lo mismo habrá que exigir al político, al que da origen a las leyes penales o las aplica a los casos

<sup>29</sup> Por ello, quienes toman las decisiones político-criminales, como el legislador y el juzgador, deben tener gran cuidado sobre la construcción dogmática que tomen como base en el ejercicio de su *ius puniendi*, para que las medidas penales que adopten sean las adecuadas a las exigencias del Estado democrático de derecho.

<sup>30</sup> Novoa Monreal, E., *op. cit.*, nota 8, p. 43.

concretos: que deje de ser tan soberbio y de considerarse un verdadero gimnasta de la técnica legislativa o del manejo de la ley y de la jurisprudencia; que no se considere un “práctico” por excelencia y piense que en su tarea nada tiene que ver la teoría, y por ello la desdeña. Tanto en el legislador como en el juzgador debe caber la modestia y admitir que, para un mejor desempeño de su respectiva tarea, es conveniente acordir a las aportaciones de la dogmática penal como de otras disciplinas que tienen que ver con ella, pues deben estar conscientes de que esa desconexión en la que se han mantenido de las aportaciones teóricas ha propiciado que sus decisiones político-criminales —tanto al generar la ley como al aplicarla al caso concreto— no sean las más adecuadas para elevar la calidad de la justicia.<sup>31</sup>

b) Según lo dicho, la vinculación entre dogmática penal y política penal puede darse tanto en el proceso de creación de la ley penal como en el momento de su aplicación concreta. Si la intervención dogmática es en el *proceso de creación de las leyes penales*, ella tendrá que mostrar su capacidad para que en el diseño de los tipos penales y de las punibilidades, así como de los diversos presupuestos de la pena, se hagan efectivos, entre otros, los principios político-criminales *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, no hay pena sin culpabilidad*, procurando que del contenido de los tipos penales y de las punibilidades se derive seguridad jurídica para los destinatarios de la norma penal. Por ello, las bases que aporte la dogmática deben ser las adecuadas para que la decisión política del legislador sea también tomada adecuadamente, y la ley que dé origen se corresponda con la exigencia ideológica del *Estado democrático de derecho*. Si, en cambio, la intervención es —una vez creada la ley— para desentrañar su contenido y explicarla sistemáticamente, es decir para interpretarla y *aplicarla al caso concreto*, entonces la dogmática penal procurará proporcionar criterios para una aplicación racional de la ley. Para ello, una vez que determine su ideología —si ella es o no acorde con la ideología constitucional— y analice sus problemas teórico-prácticos —si la ley tiene o no lagunas o contradicciones—, procurará hacer una explicación sistemática coherente de sus contenidos, de suerte

<sup>31</sup> Prueba de ello son las múltiples críticas que se le han hecho al sistema de justicia penal, entre las que destacan aquellas que tienen que ver tanto con la deficiente técnica legislativa y la carencia de una firme orientación político-criminal como con la deficiente forma de interpretación y aplicación de la ley penal.

que se pueda lograr una aplicación racional de la ley. La tarea de la dogmática, entonces, no puede limitarse simplemente a la literalidad de la ley y a hacer una mera *exégesis* de ella, mucho menos que se convierta en su servil sin importarle su contenido; debe explicar sus bases o fundamentos filosófico-políticos, así como sus implicaciones teórico-prácticas, e incluso ser crítica ante ella, pues sólo de esa manera estará en posibilidades de proponer su modificación.

Por supuesto que, dada la diversidad de criterios dogmáticos que existen, no hay la seguridad de que el criterio que se aplique se compaginé con la ideología de la Constitución o de instrumentos internacionales aplicables en un Estado democrático de derecho; por lo que, en ambos casos, puede darse la situación de que la postura dogmática que se sostiene parte de criterios que se contrapongan con dicha ideología y, por tanto, que propicien otros contenidos de la ley u otras formas de interpretación y aplicación de la misma y que, en definitiva, posibiliten un ejercicio menos limitado o sin límites del *ius puniendi* estatal. De ahí la importancia de conocer y de elegir el criterio dogmático a seguir tanto en el proceso de creación como en el de aplicación de la ley penal, dependiendo de si se quiere una política criminal y un derecho penal con límites o sin límites que posibiliten un sistema penal de corte democrático o uno de corte autoritario. Como es innegable que en el campo de la política penal se dan ambas tendencias, sólo es exigible que, en todo caso, se esté consciente del modelo por el que se opta y se procure mantener la coherencia tanto por lo que hace a la ideología como con relación a sus construcciones y consecuencias; pero es evidente la preferencia de que la coherencia ideológica de la política penal y de la dogmática penal se dé atendiendo a las exigencias del derecho penal de corte democrático.

### III. TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PENAL Y LA DOGMÁTICA PENAL

#### 1. *Transformaciones del delito (desarrollo científico y tecnológico)*

##### A. *El crimen organizado y la trasnacionalización del delito*

1) Es incuestionable que hoy el mundo moderno se caracteriza por la *tecnología de punta*, los *mercados comunes*, la *unidad de la moneda*, las

*telecomunicaciones, los movimientos migratorios,* entre otros, que a su vez son expresiones del fenómeno de la *globalización* y de la *internacionalización* en que hoy se encuentran inmersos los países del mundo, vislumbrándose nuestro planeta como una comunidad. Todo ello nos obliga, igualmente, a pensar a un nivel internacional, pues es indudable que esa es la visión que también tienen los delincuentes organizados, quienes actúan no sólo local o nacionalmente, sino multinacionalmente, utilizando las posibilidades transnacionales sin ser detenidos por frontera alguna. Independientemente de lo criticable o no de esta tendencia, lo cierto es que ello ya no puede negarse en el mundo de hoy; y todo esto también obliga a pensar a un nivel internacional cuando nos ocupamos de la *política criminal, del derecho penal y de la dogmática penal.*

Por otra parte, los cambios que se dan en la realidad socioeconómica, política, cultural, científica y técnica —como lo que sucede en el campo de los medios de transporte o de las telecomunicaciones—, pero también lo que van produciendo los actos de *terrorismo internacional*, van generando nuevos problemas, creando nuevas situaciones de riesgo o de emergencia para los bienes individuales y colectivos y, por ello, nuevas exigencias de protección por parte del derecho; por lo que, igualmente, se van planteando cambios en el ordenamiento jurídico y, por supuesto, en el derecho penal para tratar de dar respuesta a tales exigencias, de la misma manera como ha sucedido en otras épocas frente a fenómenos análogos. Es decir, el desarrollo científico y tecnológico —como el Internet y las operaciones bancarias electrónicas— ha implicado tanto la generación de otros intereses que requieren protección como el desarrollo de nuevas formas de afectación de esos y otros bienes jurídicos, que determinan la creación de nuevas figuras delictivas que vienen a engrosar el ya abultado catálogo de delitos existentes en los códigos penales, así como a incrementar exorbitantemente las penas.

2) Lo cierto es que el fenómeno delictivo ha experimentado en los últimos tiempos importantes transformaciones cuantitativas y cualitativas. Desde el punto de vista *cuantitativo*, el natural desarrollo de las cosas ha traído como consecuencia un aumento de la delincuencia, atribuible a diversas causas: crecimiento desmesurado de la población; mayor inequidad en la distribución de la riqueza, que ha hecho que un mayor número de personas sean pobres; menores fuentes de trabajo y, por tanto, menores oportunidades en las actividades lícitas; mayor impunidad e incre-

mento de la inseguridad pública, provocados por deficiencia y por actos de corrupción administrativa, como lo muestran las propias cifras oficiales; carencia de mecanismos eficaces de coordinación y de relación entre los diferentes sectores del sistema penal; falta de mecanismos más funcionales de cooperación interinstitucionales, interestatales e internacionales; entre otras.

Desde la perspectiva *cualitativa*, la delincuencia también ha manifestado una gran transformación: *a) mayor organización* —como lo muestra el desarrollo del *crimen organizado*—; *b) mayor violencia* en su comisión, como es el caso de los actos terroristas; *c) proliferación* de cierto tipo de delitos, como los *de cuello blanco* —delitos económicos y financieros, tráfico de divisas, fraudes a través de computadoras (*fraudes informáticos*), etcétera—; *d) internacionalización* de la delincuencia, pues deja de ser un problema de carácter exclusivamente local o nacional para convertirse en uno de carácter internacional o trasnacional y, por ello, ya no sólo interesa a un Estado sino a muchos países del mundo, esto es, a la comunidad internacional, como es el caso del tráfico internacional de estupefacientes y psicotrópicos; *e) además, cuenta con amplios recursos económicos*, con mejores medios, técnicas y métodos, con posibilidades de *acceso a la información privilegiada*, entre otros.<sup>32</sup> Y todo ello ha exigido la adopción de otras alternativas político-criminales, motivando que el derecho penal también se transforme tanto nacional como internacionalmente; lo que igualmente repercute en la dogmática penal.

En efecto, mientras que hasta hace algún tiempo sólo estábamos acostumbrados a un tipo de delincuencia, que es la *delincuencia tradicional* o *común* —también llamada *convencional*—, en la que era relativamente fácil identificar al victimario y a la víctima, así como al interés jurídico que se ve afectado, y frente a la cual se ha confeccionado todo un determinado tipo de política criminal y de sistema de justicia penal como medio de control social, en los últimos años han aparecido fenómenos con otras características que sin duda han aumentado el sentimiento de inseguridad y han motivado nuevas y más drásticas medidas político-criminales. Tal es el caso de la *delincuencia organizada*, que en los últimos tiempos empezó a desarrollarse y a proliferar en México, cuyas formas

<sup>32</sup> Véase, sobre esto, Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y reforma penal...*, cit., nota 15, pp. 303 y ss.; *id.*, “Delincuencia organizada y medios de control en México”, *Bien común y gobierno*, año 6, núm. 68, julio de 2000, pp. 5 y ss.

de realización originan mayor dificultad para determinar quiénes son los autores o partícipes (victimarios) y quiénes las víctimas,<sup>33</sup> así como cuáles son los bienes jurídicos que están de por medio<sup>34</sup> y, por tanto, mayor dificultad para su combate.<sup>35</sup> Adicionalmente a las características señaladas, existen otros elementos de distinción, siendo seguramente el más peligroso y cada día más común el de su capacidad de *mimetismo*. En diversas latitudes, y sin duda también en México, las organizaciones criminales cuentan entre sus activistas con personas dedicadas profesionalmente a giros lícitos: el comercio, la banca, la tecnología, la comunicación, la política, la producción, etcétera, siendo ésta una de sus mejores defensas, es decir, su fortaleza inexpugnable y su más acabada estrategia. Por otra parte, en las más de las ocasiones el crimen organizado significa la comisión de muy diversas conductas en distintos territorios nacionales.

<sup>33</sup> Al conceptualizar el crimen organizado como una *sociedad* que busca operar fuera del control del pueblo y del gobierno, involucra a miles de delincuentes que trabajan dentro de estructuras tan complejas, ordenadas y disciplinadas como las de cualquier corporación, y sujetas a reglas aplicadas con gran rigidez. Por ello, el concepto de *crimen organizado* se refiere a grandes grupos organizados dedicados a actividades ilícitas, estructurados con la naturaleza y, en ocasiones, también con la apariencia de corporaciones de carácter lícito, pero a través de las cuales se realizan o se ocultan operaciones criminales. Esta forma corporativa implica una estructura directiva, cuadros operativos, acervo tecnológico, ciclos de financiamiento, relaciones con otras corporaciones criminales, programas de expansión, jefaturas de proyectos, desarrollo y entrenamiento de personal, actividades de reclutamiento, control interno y, en general, todo aquello que podría tener cualquier gran corporación lícita. Véase, sobre esto, Falcone, Giovanni, *La lucha contra el crimen organizado*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1992 (3a. ed., México, 1996); Antony, Serge y Ripoll, Daniel, *El combate contra el crimen organizado en Francia y la Unión Europea*, México, Procuraduría General de la República-Servicio de Cooperación Técnica Internacional de la Policía Francesa en México, 1995, entre otros.

<sup>34</sup> Es incuestionable que el *crimen organizado* en sus diversas manifestaciones afecta, entre otros intereses o bienes jurídicos, las vidas de miles de seres humanos; pero debido a que conserva escrupulosamente su *invisibilidad*, muchos no estamos conscientes de cuánto nos daña o siquiera que nos afecte. Así, por lo que hace al narcotráfico, éste encierra una enorme complejidad, ya que involucra elementos jurídicos, políticos, económicos y de salud, entre otros; de ahí que “gran parte de la insuficiencia de los resultados obedece a que no se han entendido bien todos los factores causales del fenómeno, por un lado, ni todas las consecuencias en su magnitud y complejidad, por el otro”. Véase Moreno Hernández, M., *Política criminal y reforma penal...*, cit., nota 15, pp. 303 y ss.

<sup>35</sup> Con lo anterior se advierte claramente la diferencia entre la organización criminal y las formas rudimentarias de asociación delictuosa o de pandilla. Las diferencias no sólo tienen que ver con su alcance sino también con su permanencia, con su complejidad estructural y con su profesionalismo.

3) Esa transformación que ha experimentado la delincuencia en los últimos tiempos la ha convertido en uno de los problemas más graves por los que atraviesa la comunidad mundial<sup>36</sup> y ha hecho, a su vez, que ella muestre una mayor eficacia frente a los tradicionales medios de control estatal en los diversos órdenes. Así, por lo que hace a las manifestaciones de la *delincuencia organizada trasnacional*, ciertamente una de las más importantes es el *narcotráfico*,<sup>37</sup> pero no la única;<sup>38</sup> por lo que resulta necesario analizar también a sus otras manifestaciones, así como las características específicas de la delincuencia organizada, con el fin de entender mejor todo su funcionamiento y de esa manera adoptar las adecuadas estrategias político-criminales para enfrentarla eficazmente.

### B. Globalización e internacionalización en materia de delincuencia

1) La comunidad internacional experimenta actualmente un innegable *proceso de globalización*, que en sus respectivos ámbitos se expresa de diferente manera. Así, se habla de: globalización o mundialización de la economía; coalición mundial contra la pobreza; coalición mundial contra el terrorismo; combate globalizado del hambre y de la ignorancia, así como de globalización en la lucha contra la delincuencia organizada, por considerar que prácticamente toda delincuencia organizada es *transnacional*, entre otras.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Se afirma, incluso, que plantea una amenaza directa para la estabilidad de las naciones y constituye un ataque frontal contra las autoridades políticas de los Estados. *Cfr.* Moreno Hernández, Moisés, *op. cit.*, pp. 304 y ss.

<sup>37</sup> Véase, sobre esto, Bailey, John y Godson, Roy (eds.), *Crimen organizado y gobernabilidad democrática. México y la franja fronteriza*, México, Grijalbo, 2000; Bailey, John y Chabat, Jorge (comps.), *Crimen transnacional y seguridad pública. Desafíos para México y Estados Unidos*, México, Plaza & Janes, 2003.

<sup>38</sup> La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que entró en vigor en 1996, hace también referencia al terrorismo, tráfico de armas, operaciones con recursos de procedencia ilícita, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, falsificación o alteración de moneda, secuestro, robo de vehículos, entre otros (artículo 20.).

<sup>39</sup> Véase Vega García, Pedro de, *Mundialización y derecho constitucional*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1998; Aguilar Monteverde, Alonso, *Globalización y capitalismo*, México, Plaza & Janes, 2002; Amin, Samir, *Los desafíos de la mundialización*, México, Siglo XXI, 1997; Dietrich, Heinz, *Identidad nacional y globalización*, México, Nuestro Tiempo, 2000; Saxe-Fernández, J. (coord.), *Globalización: crítica a un paradigma*, México, UNAM-Plaza & Janes, 1999; Falk, Richard, *La globalización depredadora. Una crítica*, Madrid, Siglo Veintiuno, 2002.

Resulta, pues, innegable que el proceso de globalización ha provocado un acelerado desarrollo internacional y ha generado estrechos vínculos *supranacionales* que superan la dimensión *intranacional* y nos han conducido a una profunda interdependencia no sólo entre los Estados, sino incluso entre las organizaciones y los hombres que forman parte de ellos.<sup>40</sup> Asimismo, dicho fenómeno ha obligado a superar los esquemas de organización política tradicionales y a buscar nuevas estructuras de entendimiento que van más allá de las fronteras convencionales. Por otra parte, acéptese o no, ha puesto de manifiesto no sólo la crisis del Estado-nación contemporáneo sino también ha puesto en tela de juicio la vigencia de ciertos principios tradicionales que han sido considerados pilares del Estado democrático de derecho y del sistema de justicia penal propio de ese tipo de Estado. En otras palabras, la globalización ha provocado debilitamiento de los lazos territoriales entre la gente y el Estado de una serie de formas que van desplazando la identidad política, “especialmente la de las élites, de modo tal que disminuye la relevancia de las fronteras internacionales, erosionando así, si no minando, los principios de la ciudadanía tradicional”.<sup>41</sup>

2) Paralelo a los procesos de globalización corre también el fenómeno de la *internacionalización del delito*, sobre todo el *del crimen organizado*, así como el de la internacionalización de la *política criminal*, que sobre el particular se va generando. Hablar de la *internacionalización del delito* en estos tiempos es referirse a una serie de fenómenos que se presentan hacia el interior de los Estados y que, debido a múltiples factores, trascienden las fronteras nacionales, ramificando sus actividades y logrando con ello que crezcan notablemente sus ámbitos de influencia. El

<sup>40</sup> Son ya muchos los acontecimientos de los últimos años que muestran la tendencia de lo que será la nueva organización política estatal, así como los nuevos esquemas en los que se orientarán los sistemas de justicia. Como se ha dicho, a la luz de estos fenómenos, los principios o contenidos clásicos del *Estado-nación* contemporáneo empiezan a ser replanteados para adecuarlos a esta ineludible tendencia. Muestra importante de ello es lo que ha sucedido en los países que conforman la *Unión Europea*, a raíz de los Tratados de Maastricht, los que, sin perder la autonomía de gobierno y la supremacía sobre su territorio, han convenido reglas que permiten niveles de cooperación más ágiles y eficaces en órdenes como el *económico* y el *jurídico*, entre otros. Lo propio puede decirse con relación a los países que integran la Cuenca del Pacífico y con lo que ha implicado el tratado trilateral de libre comercio, firmado por los países de América del Norte, o el de los países del Cono Sur.

<sup>41</sup> Falk, Richard, *op. cit.*, nota 39, pp. 223 y ss.

ejemplo más representativo de esta *trasnacionalización* lo constituye el *narcotráfico*, pues las diversas actividades que se desarrollan y que van desde la siembra o producción del estupefaciente o psicotrópico hasta la distribución al consumidor, pasan por una cadena empresarial semejante a la desarrollada por las *trasnacionales*, ya que cuenta con una distribución muy bien organizada del trabajo en el lugar de siembra y cultivo o producción. Para su procesamiento se utiliza, además, una serie de insu- mos y precursores que bien que mal se obtienen de la industria nacional. La transportación de los productos acabados desde el lugar de origen hasta el destino final de consumo, *v. gr.* de Colombia a Estados Unidos o Europa, requiere también de la connivencia de algunas autoridades que se encargan de combatirlas; las que, adicionalmente, no cuentan con la tecnología de punta que normalmente posee la delincuencia organizada, además de que se encuentran limitadas en su actuación por la propia legislación nacional. Si consideramos, por otra parte, que para transportar la droga se requiere el tránsito por más de un país, se podrá fácilmente observar que los problemas se multiplican, ya que el paso por el territorio va creando, además, mercados de consumo, con lo que también se afecta la salud pública de los países de tránsito.<sup>42</sup> Todas esas fases del proceso cuentan, además, con la tolerancia de autoridades *corruptas*;<sup>43</sup> pero como las cantidades de dinero que genera este negocio ilícito son descomunales y es difícil moverlas financieramente por su volumen, los criminales han encontrado en el *lavado de dinero* una forma común para darle una cara limpia a sus ganancias.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Cfr. H. Smith, Peter, *El combate a las drogas en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993; García Ramírez, Sergio, *Narcotráfico: un punto de vista mexicano*, México, Porrúa, 1989; Kaplan, Marcos, *Aspectos sociopolíticos del narcotráfico*, México, Inacipe, 1990; véase *Anteproyecto de Ley Federal de Narcotráfico y Control de Drogas*, Procuraduría General de la República, 1992 (inédito), así como la Exposición de Motivos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que entró en vigor en 1996.

<sup>43</sup> Lo que no significa que todas las autoridades sean corruptas o que no se desarrollen esfuerzos importantes para combatir y erradicar el delito por parte de los países productores, o para combatir la corrupción.

<sup>44</sup> Véase Castañeda Jiménez, Héctor F., *Aspectos socioeconómicos del lavado de dinero en México*, 2a. ed., México, Inacipe, 1992; Langon Cunarro, Miguel, “Estudio de los reglamentos modelo sobre delitos de lavado de dinero relacionado con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos y para el control de precursores y sustancias químicas, máquinas y elementos”, ponencia presentada en el II Seminario de Capacitación Especializada para Jueces y Fiscales en Materia Penal, Sucre, Bolivia, mayo de 1992.

En efecto, el *lavado de dinero* consiste básicamente en hacer aparecer como lícito el producto de operaciones delictivas enmarcadas bajo actividades comerciales, empresariales y financieras, perfectamente disimuladas como lícitas; pero el problema se agrava si a través del lavado de dinero se apoyan actividades delincuenciales de mucha más envergadura, todas ellas vinculadas con la *delincuencia organizada*, como es el caso del *narcotráfico*, el *tráfico y acopio de armas*, la *trata de personas* o el *comercio internacional de menores*,<sup>45</sup> el *terrorismo*, entre otros. Sin embargo, no resulta nada fácil describir las diversas hipótesis que constituyen el *lavado de dinero*, sobre todo cuando éste adquiere dimensiones internacionales, porque la pluralidad de medios va desde la creación de pequeños bienes hasta la adquisición de bienes inmuebles a través de los llamados prestanombres. Así, dada la extrema facilidad de transferir divisas de un país a otro, el lavado de dinero se ha convertido en el principal accionar de los narcotraficantes o políticos, empresarios o financieros corruptos,<sup>46</sup> lo que, igualmente, ha determinado la adopción de políticas y procedimientos que incorporen diversos instrumentos generados por los países para combatirlo.

3) La consideración de algunas acciones que se llevan a cabo frente al problema de la *internacionalización del delito*, tomando como ejemplo el *tráfico de drogas* —o el lavado de dinero—, ha puesto de manifiesto la crisis de la política criminal y la de los sistemas de justicia penal tradicionales, así como la crisis de los criterios y principios que los rigen. La crisis de la política criminal se observa sobre todo en relación con fenómenos como el narcotráfico y el lavado de dinero, pero también frente al terrorismo, que son manifestaciones de la *delincuencia organizada*, en virtud de que su comisión implica una gran cantidad de delitos que, a su vez, se pueden presentar en muy variadas hipótesis.

Entonces, el fenómeno de la globalización y los avances en materia de transporte y telecomunicaciones han tenido como consecuencia que la de-

<sup>45</sup> Véase Cuisset, André, *La experiencia francesa y la movilización internacional en la lucha contra el lavado de dinero*, México, Procuraduría General de la República, 1996; Ziegler, Jean, *Suiza lava más blanco*, México, Diana, 1990; Fabián Caparros, Eduardo A., *El blanqueo de capitales procedentes de actividades criminales*, tesis doctoral, Salamanca, España, 1996; Gómez Iniesta, Diego J., *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1996; Hernández Quintero, Hernando, *El lavado de activos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, entre otros.

<sup>46</sup> Véase Cuisset, André, *op. cit.*, nota anterior, y la bibliografía citada en la nota 6.

lincuencia sea cada vez más compleja y comprenda a más de un país; sus autores pueden mantener contacto con delincuentes de otros países, realizar grandes transferencias de fondos financieros sin necesidad de moverse de la ciudad o, en caso de resultar necesario, trasladarse en unas cuantas horas de un continente a otro. A ello habrá que agregar que la nueva delincuencia —la llamada *delincuencia organizada trasnacional*— tiene también formación profesional y utiliza los mismos medios que los grandes empresarios, su tecnología y, a veces, su estrategia comercial.

4) Dentro de este mismo contexto de la internacionalización del delito y de la política penal se enmarcan igualmente fenómenos como el del terrorismo, que desde hace algún tiempo proliferan ya en diferentes partes del mundo; destacando los actos terroristas ocurridos con la agresión del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, que trajeron como consecuencia la muerte multitudinaria de personas y que determinó la generación de una serie de medidas político-criminales para enfrentar al *terrorismo internacional*; entre ellas sobresalió la orden militar emitida por el presidente de los Estados Unidos como respuesta a esa lamentable agresión, que ha provocado muy diversas reacciones. Es inquestionable que el terrorismo internacional adquiere cada vez mayores dimensiones, cuyos efectos son devastadores y sumamente lamentables; por ello resulta obligado pensar con mayor cuidado sobre las medidas para enfrentarlo de manera racional, pues es evidente que medidas como las anteriormente señaladas no siempre encontrarán el apoyo requerido, sobre todo por amplios sectores de la dogmática penal, precisamente por tratarse de medidas que no se ajustan a las exigencias de toda justicia de corte democrático, ya que no reconocen los principios fundamentales y garantías propias del derecho penal moderno.

## 2. *Transformaciones (de la política criminal y) del derecho penal*

### A. *Globalización e internacionalización de la lucha contra el delito*

1) La transformación que se observa en el campo del delito motiva u obliga también que tanto la política criminal como el derecho penal tengan que transformarse. En efecto, en virtud de las importantes transformaciones cuantitativas y cualitativas que el fenómeno delictivo ha expe-

rimentado en los últimos tiempos, se ha determinado también el desarrollo de nuevas medidas político-criminales, las que a su vez han repercutido en la transformación del derecho penal. Ello se ha debido —como se ha dicho— a que tanto la política criminal como el derecho penal, diseñados frente a un fenómeno delictivo caracterizado como tradicional o común, han mostrado su poca funcionalidad no sólo frente a la delincuencia organizada sino incluso frente a la delincuencia tradicional;<sup>47</sup> pero es claro que los tradicionales medios de control resultan aún más ineficaces frente a las formas modernas de delincuencia, por lo que es mayor la necesidad de generar métodos y técnicas que se piensa pueden ser más eficaces para combatirla.

La crisis de la política criminal se observa sobre todo en relación con fenómenos como el narcotráfico y el lavado de dinero, pero también frente al terrorismo y otros fenómenos que son manifestaciones de la delincuencia organizada, en virtud de que su comisión implica una gran cantidad de delitos que, a su vez, se pueden presentar en muy variadas hipótesis. Esta situación ha puesto en jaque a las medidas político-criminales tradicionales y ha puesto claramente de manifiesto que se está luchando contra delincuentes del siglo XXI con los métodos del siglo XIX,<sup>48</sup> lo cual ha motivado la adopción de nuevas medidas tanto a nivel nacional como en el plano internacional para enfrentarlos; medidas que están acompañadas por toda una gran cantidad de *convenciones* de todo tipo en materia penal<sup>49</sup> que se han ido adoptando en las legislaciones penales de muchos países del mundo.

<sup>47</sup> Por ello, se les ha sometido a una gran diversidad de reformas, buscando hacerlos más funcionales; reformas que han obedecido a tendencias diversas no necesariamente acordes con la ideología constitucional.

<sup>48</sup> Tirado Estrada, Jesús J., “El EUROJUST: ¿el paso definitivo hacia un nuevo marco de cooperación judicial internacional en la Unión Europea?”, *Criminalia*, año LXVIII, núm. 1, enero-abril de 2002, p. 76; quien, además, afirma: “mientras los delincuentes se organizan con estructuras trasnacionales cada vez más sofisticadas, dotadas de ‘departamentos’ especializados y altamente profesionalizados, y encuentran cada vez más facilidades para el ejercicio de estas actividades por la eliminación de fronteras, la libertad de circulación de mercancías, capitales, servicios y personas, y las innovaciones tecnológicas, los encargados de la lucha contra el delito —especialmente en el ámbito judicial— carecen de medios, conocimientos y organización mínimamente adaptados a los tiempos que corren y a la criminalidad que se pretende combatir”.

<sup>49</sup> Como la Convención de Viena (1988) y la Convención de Palermo (2000), que contienen estrategias político-criminales contra la delincuencia organizada trasnacional.

Por otra parte, al considerar algunas acciones que se llevan a cabo frente al problema de la *internacionalización del delito*, tomando como ejemplo el tráfico de drogas o el lavado de dinero, se ha puesto de manifiesto no sólo la crisis de la política criminal y del sistema penal tradicionales sino también la crisis de los criterios y principios que los rigen; lo que igualmente ha provocado crisis en la dogmática penal que parte de tales criterios y principios clásicos o que procura que sus objetivos sean alcanzados a través de sus construcciones sistemáticas.

2) Dado que toda globalización o mundialización<sup>50</sup> de la delincuencia organizada trasnacional tiene sus causas y sus efectos, así como sus aspectos positivos y negativos, de la misma manera que los tienen los fenómenos internos o nacionales, así como estos últimos exigen los esfuerzos nacionales para enfrentarlos, igualmente los fenómenos internacionales requieren de la participación internacional o global para atenderlos.<sup>51</sup> Por ello, ahora que la comunidad internacional vive un *proceso de globalización*, que apareja una serie de problemas, como el que plantea el fenómeno de la *internacionalización del delito* en el que destaca el *crimen organizado trasnacional*, se ha planteado igualmente la forma global de atacar los problemas. De ahí que ahora se hable de *globalización en la lucha contra la delincuencia organizada* y de *internacionalización de la política criminal*, al considerar que la globalización ha llevado a una situación en la que prácticamente toda delincuencia organizada es *trasnacional*; consecuentemente, ahora la lucha contra este tipo de delincuencia no puede ya ni siquiera intentarse con base en reacciones nacionales individuales, sino que la opción con mayores visos de éxito razonable consiste en dar soluciones comunes a los problemas comunes.<sup>52</sup>

3) Pero debe destacarse que dentro de este contexto de la internacionalización del delito y de la política criminal la tendencia no es uniforme.

<sup>50</sup> Sea de la economía, de la pobreza, de la ignorancia, en materia de terrorismo o de delincuencia organizada trasnacional, etcétera.

<sup>51</sup> Por ello, la tendencia mundial con relación al lavado de dinero es adoptar políticas y procedimientos que incorporen diversos instrumentos generados por los países, como los “Principios para la Prevención del Uso Delictivo del Sistema Bancario para el Lavado de Dinero”, emitidos por el Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria (1989) y adoptados por los países de la Unión Europea, y el “Acuerdo del Grupo de Acción Financiera” (GAFI) establecido en 1989 por el Grupo de los Siete (Estados Unidos de América, Japón, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia y Canadá).

<sup>52</sup> Cfr. Tirado Estrada, Jesús J., *op. cit.*, nota 48, pp. 75 y ss.

me, mucho menos que se oriente por criterios de corte *democrático*, sino que también se observan algunas tendencias claramente *autoritarias*, que igualmente van determinando la orientación de los sistemas de justicia penal, provocada principalmente por fenómenos como el terrorismo. Tal es la situación que se observó, como se ha dicho anteriormente, a raíz de la agresión del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, pues ella determinó la generación de la orden militar denominada “*detención, trato y juicio de ciertos no ciudadanos en la guerra contra el terrorismo*”,<sup>53</sup> emitida por el presidente de los Estados Unidos (13 de septiembre de 2001) como respuesta a esa agresión, que evidentemente se trata de un instrumento jurídico que adoptó una tendencia claramente autoritaria, por apartarse de toda justicia de corte democrático,<sup>54</sup> al desconocer toda una serie de principios fundamentales y garantías propias del derecho penal moderno, bajo el pretexto de que se trata de terroristas.

Si bien nadie cuestiona que los hechos del 11 de septiembre son criminales y, por tanto, que ameritan juicio y condena, lo cierto es que la citada medida ha provocado reacciones muy diversas, sobre todo críticas; pues tampoco puede cuestionarse que en este caso —como en cualquier otro— es también preciso proceder “con aprecio por el derecho y subordinación a sus normas”. Es decir, instrumentos como el citado —que posibilitan y justifican actos como la tortura— deben ser rechazados, pues, como dice García Ramírez, “nada nos asegura que las disposiciones derogatorias de derechos y libertades que se han expedido en la gran nación norteamericana no servirán como acicate y modelo para futuras leyes vernáculas que propongan sus propias versiones de retroceso y autoritarismo”.<sup>55</sup>

## B. *Universalización de la justicia penal*

1) Dentro de este mismo contexto, al hablar de fenómenos delictivos que afectan no sólo a ciertas naciones sino a la comunidad internacional, igualmente se habla de la *universalización de la justicia penal*, o de la

<sup>53</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio, “Normas penales para la «guerra contra el terrorismo», *Criminalia*, México, año LXVIII, núm. 1, enero-abril de 2002, pp. 3 y ss.

<sup>54</sup> Además de someter a los involucrados a la justicia militar, excluyendo la intervención de los tribunales ordinarios.

<sup>55</sup> “Normas penales para la «guerra contra el terrorismo»”, *op. cit.*, nota 53, p. 14.

*jurisdicción universal de la justicia penal*, en que ya no importa el lugar de comisión de ciertas conductas delictivas para que una determinada jurisdicción pueda conocer de ellas, sobre todo cuando un tribunal nacional no se ha conducido de modo independiente o imparcial. En este caso, el *principio de universalidad* establece la obligación para las jurisdicciones nacionales de perseguir determinados crímenes internacionales, tales como tortura, desapariciones forzadas de personas y las ejecuciones extrajudiciales (crímenes contra la humanidad), y posibilita a terceros Estados a intervenir —por razón del *principio de complementariedad*— cuando las respectivas jurisdicciones nacionales no tengan la capacidad para investigar y juzgar el delito.<sup>56</sup> Y si bien los países aún no han llegado a una clara idea de globalización en el rubro jurídico y de cooperación judicial internacional,<sup>57</sup> es obvio que los tradicionales criterios y principios político-penales se ven fuertemente impactados.<sup>58</sup>

2) Y precisamente a raíz de este proceso globalizador y de lucha por la existencia de una *jurisdicción penal universal*, que trascienda los sistemas de justicia penal estatal y les sirva de complemento, se ha generado la *Corte Penal Internacional*, cuyo Estatuto fue aprobado en Roma (en julio de 1998),<sup>59</sup> para juzgar a los responsables de crímenes internacionales, y que en el 2002 entró en vigor al alcanzar la aprobación requerida para ello; pero del que en México aún no parece existir una clara comprensión sobre su naturaleza, sus alcances y la conveniencia de su ratificación, no obstante que el Senado de la República aprobó ya una reforma constitucional para ese fin. Es innegable que, así como el proceso de globalización y el de internacionalización del delito tienen y tendrán muy importantes repercusiones en los sistemas de justicia penal de los

<sup>56</sup> Este criterio de la *jurisdicción universal* ha sido precisamente el que se ha aplicado en el caso de Ricardo Miguel Cavallo, quien fue detenido en México por hechos cometidos en Argentina (genocidio, terrorismo y tortura) y extraditado a España a solicitud de un juez español.

<sup>57</sup> Situación que sin duda aprovecha el crimen internacional. *Cfr.* Tirado Estrada, J. J., *op. cit.*, nota 48.

<sup>58</sup> *Cfr.* Ambos, Kai, “Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, *Criminalia*, México, año LXVIII, núm. 1, enero-abril de 2002, pp. 123 y ss.

<sup>59</sup> Este instrumento significa, sin duda, la culminación de una importante etapa de internacionalización de la protección de las personas frente a las más graves violaciones de los derechos humanos, emprendida por las Naciones Unidas.

diversos países del mundo, también el Estatuto de Roma tendrá importantes implicaciones. Por ello, en diversos foros se discute sobre el fundamento de la jurisdicción penal universal y de la Corte Penal Internacional; la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad; los principios generales del derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional; las repercusiones del Estatuto de Roma en el derecho interno de las naciones; la concurrencia de jurisdicciones y el principio de complementariedad; las tensiones del derecho penal estatal y el internacional,<sup>60</sup> entre otras muchas cuestiones.<sup>61</sup>

### *3. Repercusiones en la dogmática penal*

a) En tanto que se mantiene la idea de que entre política criminal, derecho penal y dogmática penal debe existir una estrecha vinculación, habrá que aceptar que toda esa transformación que se experimenta en el ámbito de la política criminal y del derecho penal trae importantes repercusiones para la dogmática penal, ya que el ámbito del objeto de conocimiento no sólo se ha ensanchado sino que también se ha problematizado.

En efecto, la transformación del derecho penal por efectos de la internacionalización del delito y de la política criminal, que implica la consideración de nuevos y más complejos bienes jurídicos, el desarrollo de nuevas formas de manifestación de las conductas delictivas, la intervención de grupos con estructuras más organizadas, el cada vez mayor involucramiento de las personas jurídicas en su realización, entre otras tantas cuestiones, lleva consigo la generación de nuevos retos para la dogmáti-

<sup>60</sup> Éstos y otros fueron los temas tratados en la Conferencia Internacional “El Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus implicaciones en el derecho nacional de los países latinoamericanos”, realizado del 18 al 23 de agosto de 2003 en la ciudad de México, organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, en prensa.

<sup>61</sup> Véase sobre este particular García Ramírez, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, México, Inacipe, 2002; Guevara Bermúdez, J. Antonio y Valdés Riveroll, Mariana (comps.), *La Corte Penal Internacional (Ensayos para su ratificación e implementación de su Estatuto)*, México, Universidad Iberoamericana-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2002; Ambos, Kai y Guerrero, Óscar Julián (comps.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, 1999; García Arán, Mercedes y López Garrido, Diego (coords.), *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Valencia, 2000; Diego Díaz-Santos, Ma. del Rosario y Sánchez López, Virginia (coords.), *Derecho penal: implicaciones internacionales*, Madrid, Colex, 1999, entre otros.

ca penal. Puede decirse que en la medida en que el objeto del conocimiento ensancha su campo de consideración se extiende igualmente el horizonte del conocimiento de ese objeto; pero, claro, esto es o debe ser así en el ámbito en donde se parte de la idea de que la dogmática penal constituye —o puede constituir— un instrumento adecuado para aportar las bases teóricas que permitan que el derecho penal pueda alcanzar sus objetivos político-criminales más elevados y, por tanto, para proporcionar seguridad jurídica.

b) Pero ese ensanchamiento del campo de conocimiento no se limita simplemente a reproducir los mismos problemas que tradicionalmente han motivado hasta ahora el desarrollo de la ciencia penal, porque ello —que sólo implicaría un cambio cuantitativo del objeto de estudio— probablemente no representaría mayor necesidad de cambio en la forma de enfocar su análisis, es decir, en el método y en los criterios hasta ahora utilizados; por el contrario, dicha transformación del fenómeno delictivo, que plantea nuevas formas de regulación penal, encierra cuestiones cualitativas más complejas de las que hasta ahora han ocupado a la dogmática penal, por lo que ésta verá fuertemente impactados tanto su propio método o sus bases metodológicas como los criterios que la han orientado; asimismo, tendrá que revisar las construcciones teóricas con las que hasta ahora ha pretendido explicar los diversos problemas que plantea el actual derecho penal. De no darse esa revisión y, en su caso, esa transformación de los criterios teóricos, es previsible que la propia dogmática entre en *crisis*, como ya en diferentes momentos de su desarrollo se ha encontrado, al no responder a las exigencias para la cual se la ha diseñado, es decir, al no dar respuestas razonables a los problemas que plantea su objeto de análisis.

#### IV. PROBLEMAS ACTUALES Y RETOS DE LA DOGMÁTICA PENAL (ANTE LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL)

##### 1. *La crisis de los principios clásicos ante la internacionalización del derecho penal*

a) Conforme a lo anteriormente expuesto, hablar de *internacionalización del delito* es referirse a aquellos fenómenos que trascienden las fronteras nacionales y ramifican sus actividades en amplios ámbitos de

influencia; ante dicho tipo de fenómenos surge también la necesidad de la *internacionalización de la política criminal y del derecho penal*. Ahora bien, hablar de la internacionalización del derecho penal es referirse a algo cuyo contenido y contorno aún no se encuentran claramente precisados, por lo que resulta difícil y aventurado conceptualizarlo y detallar sus diversas implicaciones teórico-prácticas, siendo ello una de las tareas de la dogmática penal.<sup>62</sup> Pero, sin duda, la idea de la internacionalización del delito y del derecho penal se deriva, en primer lugar, de la consideración de las características del objeto de protección, es decir, de los bienes jurídicos que interesan no sólo a una nación sino a la comunidad internacional, o porque tienen un carácter universal, con independencia de que dichos bienes se encuentren también protegidos por el derecho penal nacional; por otra parte, de la consideración de la forma de su afectación, o del hecho de que el propio Estado no les da la protección debida, porque la respectiva jurisdicción nacional no tiene la capacidad para investigar y juzgar la conducta delictiva, caso en el cual se posibilita incluso a terceros Estados a intervenir; asimismo, de la consideración de quienes intervienen en su comisión, ya sea como autores o como partícipes, independientemente del lugar en que se encuentren o del lugar de comisión del delito para que una determinada jurisdicción pueda conocer de él. Todo ello ha determinado la generación de normas penales de carácter internacional que, por lo general, se encuentran contenidas en diversos instrumentos internacionales, y así han surgido también los tribunales penales internacionales para juzgar a los responsables de crímenes internacionales.

b) Tanto en la generación del derecho penal como en su aplicación concreta, se ha planteado tradicionalmente la necesidad de observar ciertos *principios fundamentales*, sobre todo cuando se habla de sistemas pe-

<sup>62</sup> No obstante, se señalan algunos rasgos característicos del *derecho penal internacional*, a saber: que se trate de un conjunto de normas e instituciones contenidas en instrumentos internacionales —como convenciones, pactos, tratados, estatutos— generadas por los países de la comunidad internacional; que se refiera a delitos de carácter internacional —como genocidio, desapariciones forzadas de personas, crímenes contra la humanidad, etcétera—, es decir, que afecten no sólo a ciertas naciones sino a la misma comunidad internacional, cuyas sanciones pueden ser impuestas por organismos internacionales, o con base en el *principio de universalidad* se establece la obligación para las jurisdicciones nacionales de perseguirlos; que los bienes jurídicos que se trata de proteger tengan igualmente ese carácter o un carácter universal, entre otros. Véase sobre esto Diego Díaz- Santos, Ma. del Rosario y Sánchez López, Virginia (coords.), *op. cit.*, nota anterior, pp. 45 y ss.

nales de Estados democráticos de derecho, que tienen la función de limitar la potestad punitiva del Estado y garantizar los derechos de los individuos, gracias a las ideas del iluminismo del siglo XVIII y a las influencias del sistema jurídico continental europeo, que le ha infundido a las legislaciones penales de muchos países del mundo un espíritu liberal individualista.<sup>63</sup> Y aun cuando tales principios no han podido encontrar siempre una amplia observancia en el ejercicio del poder penal,<sup>64</sup> gran parte de la teoría de la política criminal y de la dogmática penal se ha esforzado porque dichos principios puedan alcanzar de manera más amplia sus objetivos político-criminales. Pero el problema se complica cuando ahora nos encontramos ante el fenómeno de la internacionalización del delito y del derecho penal, ya que él pone en mayor evidencia la crisis de ciertos *criterios y principios* fundamentales que tradicionalmente han regido al derecho penal, sobre todo porque ante la gravedad que se le atribuye a ciertos hechos de carácter internacional se antepone a tales principios la idea de la *eficacia* de las medidas político-criminales, es decir, lo que más importa ahora son los *resultados* de tales medidas aun a costa de los derechos fundamentales de los individuos.<sup>65</sup>

Ante una situación como la que actualmente se observa en el plano internacional, surge entonces la cuestión —tanto para la teoría de la política criminal como para la teoría del derecho penal o dogmática penal— de si el derecho penal internacional debe regirse por los mismos criterios y principios tradicionales o por otros diferentes, es decir, si habrá que lograr su homologación con el derecho penal nacional en este aspecto o habrá que hablar de distintos tipos de política criminal y de derecho penal; en otras palabras, habría que precisar si el pensamiento que se siga debe aplicarse para uno y otro derecho penal, o cada uno se regiría por

<sup>63</sup> Véase Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y reforma penal...*, cit., nota 15, pp. 137 y ss., así como la bibliografía allí citada.

<sup>64</sup> Como ha sido en el caso de la justicia penal mexicana; pero lo mismo se puede decir de la justicia penal en gran parte de los países latinoamericanos.

<sup>65</sup> Pero lo preocupante es que esta idea no sólo se haga valer para la delincuencia internacional, sino que las propias legislaciones nacionales las adopten. Recuérdense las reformas constitucionales y procesales que entraron en vigor en 1999 en México, en que expresamente se reconoció que con ellas se restringen garantías constitucionales, pero que ello no importaba si con tales medidas se combatiría eficazmente la delincuencia; y lo más grave es que efectivamente se restringen garantías pero en realidad la delincuencia no se combate.

sus propios criterios aunque éstos fueran diferentes. De ser la primera la idea por la que se optara, que parece ser la opción más racional —sin desconocer los rasgos característicos particulares del derecho penal internacional—, quedaría aún la cuestión de si habría que optar por el pensamiento que se vincula a los *principios europeos tradicionales* o por el que se vincula al *funcionalismo*.<sup>66</sup> Es indudable que, así como hasta ahora han existido diversidad de puntos de vista, igualmente seguirán habiendo diferentes opiniones en torno a la cuestión de si el *poder penal* debe tener *límites* o no, con independencia de si dicho poder se ejerce a un nivel local o nacional o a un nivel internacional. Desde ahora me inclino a afirmar que, independientemente de que el poder penal se ejerza por una jurisdicción local o nacional o por una jurisdicción internacional —o universal—,<sup>67</sup> dicho poder debe observar límites, es decir, en ambas jurisdicciones debe combatirse el abuso del poder; pero incluso con mayor razón cuando se trata de la jurisdicción universal, si se entiende que ésta fue diseñada principalmente para juzgar a los responsables de *abuso del poder*, pues no puede aceptarse que esos crímenes internacionales tengan que ser juzgados a través del abuso del poder, porque entonces no habría más que acudir a la justicia divina.

c) Creo que aun cuando el derecho penal se internacionalice —lo que tiene que ver fundamentalmente con su ámbito de aplicación—, su misión central seguirá siendo la misma, que es la protección de *bienes jurídicos* considerados de fundamental importancia, sea para lograr la vida ordenada en comunidad en un plano local o nacional o bien para lograrlo en el ámbito de la comunidad internacional. La diferencia cuantitativa o cualitativa es que dicho derecho penal se ocupará esencialmente de los crímenes internacionales, tales como tortura, desapariciones forzadas de personas y ejecuciones extrajudiciales, así como genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión, pero observando para ello los principios de *subsidiariedad* o *complementariedad*, lo que quiere decir que sólo interviene en tanto que las jurisdicciones penales nacionales resultan inoperantes. En todo caso, la gran trascendencia que se le reconoce a ese tipo de crímenes y la necesidad de la jurisdicción penal universal

<sup>66</sup> Véase al respecto Silva Sánchez, Jesús-María, *Política criminal en el cambio de siglo*, México, ABZ, 2002, pp. 48 y ss.

<sup>67</sup> Salvo que a alguien se le ocurriera equiparar a la justicia universal (terrenal) con la justicia divina, en cuyo caso tampoco sería aceptable.

para su conocimiento no obedece sino a la consideración de la importancia que revisten los bienes jurídicos que en estos casos entran en juego. Ahora bien, lo mismo que se plantea en relación con el derecho penal nacional, de que éste no puede por sí solo cumplir con su misión sino que requiere de un procedimiento y de que alguien lo aplique, se puede decir también respecto del derecho penal internacional; pero el que sus objetivos se alcancen adecuadamente depende en gran medida de sus contenidos, y de ahí que igualmente se señale la necesidad de que se fundamente en una serie de *principios* que puedan de alguna manera garantizar su aplicación *racional*.

## 2. *Los retos de la dogmática penal ante la internacionalización del derecho penal y la crisis de los principios clásicos*

a) Es claro que en tanto el derecho penal se vea impactado por el proceso de internacionalización del delito y de la política criminal, habrá igualmente repercusiones importantes en el ámbito de la *dogmática penal*; pero será ésta la que tenga que indicarnos —ya se trate del derecho penal interno o del derecho penal internacional— cuáles son las implicaciones teórico-prácticas de vincular al derecho penal a alguna de las concepciones filosófico-políticas.

Atendiendo a los desarrollos que ha experimentado la dogmática penal en los últimos tiempos, sobre todo en Alemania, que han ido transformando su propio objeto de conocimiento, es previsible que las discusiones seguirán girando en torno a cuestiones fundamentales ya conocidas, entre las que seguramente estarán: ¿pensamiento vinculado al *funcionalismo* o pensamiento vinculado a los *principios europeos tradicionales*?; ¿bases teóricas para un *derecho penal liberal y democrático* o bases para un *derecho penal autoritario*?; ¿derecho penal *racional* o *irracional*?; ¿*reduccionismo* o *expansionismo* del derecho penal como opción político-criminal?; ¿*ontologismo* o *normativismo* como bases irreconciliables o complementarias de la política criminal y de la dogmática penal?<sup>68</sup> ¿qué función se le atribuirá a la *pena*?;<sup>69</sup> ¿cuál será el papel de los *derechos humanos* en

<sup>68</sup> Cfr. Moreno Hernández, Moisés, “Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal”, *op. cit.*, nota 11, pp. 579 y ss.

<sup>69</sup> Acaso una función exclusivamente preventiva, desconociendo lo que le es consustancial, que es la *retribución*; ¿no es eso sólo retórica?

todo esto?; entre muchas otras cuestiones. Y es igualmente previsible que de todos estos cuestionamientos se derivarán importantes consecuencias teórico-prácticas en torno a los *presupuestos de la pena* y de sus contenidos y, por tanto, en torno a los alcances del *ius puniendi* estatal.

b) Pero además de las consecuencias que produce el desarrollo de la delincuencia internacional en el ámbito del derecho penal y de la dogmática penal, la *teoría del delito* o *teoría de la imputación* también se ve fuertemente impactada por el incremento de otras formas de delincuencia, como es el caso de la *delincuencia organizada* y el de los llamados *delitos de peligro abstracto*, entre otros. Este último grupo de delitos (de peligro abstracto), que ha encontrado una gran resonancia en las actuales sociedades de *riesgo* y ha ocupado ya ampliamente la atención de la ciencia penal alemana, plantea, por una parte, la consideración de bienes jurídicos supraindividuals, colectivos o comunitarios y, por otra, la necesidad de anticipar la punibilidad de la conducta a la mera puesta en peligro de manera abstracta de dichos bienes jurídicos;<sup>70</sup> lo que trae como consecuencia un mayor expansionismo del derecho penal y, por ello, la inobservancia de ciertos principios básicos del derecho penal liberal.<sup>71</sup> Entre los nuevos riesgos que ahora enfrenta la sociedad y que también han tenido repercusiones en el ámbito del derecho penal, al grado de hablarse ahora de un “derecho penal del riesgo”, destacan aquellos que se dan en el empleo de la energía nuclear, en la industria química, para el medio ambiente, en la utilización de las técnicas derivadas de los progresos de la genética, entre otros.<sup>72</sup>

En efecto, a raíz de todo esto, pero sobre todo del desarrollo y la proliferación de la delincuencia organizada nacional y trasnacional y de los

<sup>70</sup> Que para algunos ello implica una protección anticipada del bien jurídico; así, por ejemplo, Sánchez García de Paz, María Isabel, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, España, Universidad de Valladolid, 1999.

<sup>71</sup> Véase, sobre esto, Cerezo Mir, José, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal de riesgo”, *Globalización e internacionalización del derecho penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas*, México, Ius Poenale, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2003, pp. 449 y ss.; Márquez Piñero, Rafael, “Delitos de peligro abstracto y la problemática de la expansión del derecho penal”, *Globalización e internacionalización del derecho penal...*, cit., en esta nota, pp. 427 y ss.; Hassemer, Winfried, “Riesgos y crisis del derecho penal moderno”, *ADPCP*, 1992, pp. 235 y ss.

<sup>72</sup> Cfr. Cerezo Mir, José, *op. cit.*, nota anterior, p. 455.

delitos de peligro abstracto, el derecho penal ha alcanzado una gran *expansión*; y al lado de ese expansionismo del objeto de conocimiento también se observa un cambio *cualitativo* en relación con nuevas conductas delictivas. Por lo que no hay duda de que las discusiones dogmáticas seguirán no sólo en torno a cuestiones conocidas sino también en torno a los nuevos problemas; y tanto con relación a unas como por lo que hace a las otras se seguirá igualmente discutiendo sobre la plausibilidad o no de las soluciones sistemáticas que aportan las tradicionales construcciones dogmáticas, como la de Welzel, Roxin, Jakobs y otros, sobre todo en torno al *fundamento metodológico* del que parten. Es decir, se seguirá cuestionando sobre si el método dogmático debe ser sólo de carácter *ontológico* o de base *exclusivamente normativa o teleológica*, o si ambos pueden compaginarse en una síntesis;<sup>73</sup> en fin, la discusión continuará tratando de demostrar cuál de las construcciones teóricas tiene rendimientos más plausibles como para mantener una vinculación estrecha con las finalidades político-criminales que se le atribuyen al derecho penal, sobre todo si hablamos de finalidades dentro de la perspectiva del *Estado democrático de derecho*.

c) Asimismo, dado que en las nuevas formas de delincuencia cada vez se observa una mayor injerencia de las *personas jurídicas colectivas* en su realización, surge igualmente la necesidad de analizar las conveniencias o inconveniencias político-criminales de sancionar penalmente a dichas personas. Las múltiples discusiones teóricas que ya ha provocado el tema de la *responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas* en los últimos tiempos han puesto al descubierto los pocos rendimientos que para esta problemática tienen los criterios dogmáticos tradicionales elaborados en torno a la *responsabilidad penal individual*; por lo que es muy seguro que en esta época de la internacionalización de la política

<sup>73</sup> Tal ha sido el objeto del seminario que tuvo lugar en la Universidad Pompeu Fabra el 28 y 29 de mayo de 1998, bajo el título “Presente y futuro de la dogmática penal europea. La aportación alemana”. Véase Roxin, Claus *et al.*, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2000; así como del debate que tuvo lugar en el Congreso Internacional que organizó la UNED, Madrid, 2000, sobre “Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología”; véase la Memoria, Madrid, UNED, 2001, y en la Jornada Internacional “Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI”, organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México, octubre de 2002, con la participación de los profesores Roxin, Jakobs, Struensee, Schünemann y Gimbernat Ordeig.

criminal dichas discusiones dogmáticas se intensificarán con el objeto de determinar los respectivos *presupuestos* y las consecuencias de la responsabilidad penal colectiva.

Por todo ello, ahora que se ha iniciado un nuevo siglo, en que tanto los criterios político-criminales como los dogmáticos han alcanzado un cierto grado de discusión, nuevamente se plantea la necesidad de revisar a fondo y hacer un balance de la situación actual del *derecho penal* para determinar si, tal como está, se encuentra aún en aptitud de cumplir con el objetivo para el que fue diseñado o no, y, en su caso, cómo debe transformarse y cuáles han de ser los rumbos que deberá seguir como instrumento cuya importante función es la de garantizar la protección de los bienes jurídicos más valiosos de los individuos y de la sociedad, así como cuáles serán los rumbos u orientaciones de las construcciones teóricas que en torno suyo se realicen.

*d)* Al atribuirsele a la dogmática penal la función de proporcionar *seguridad jurídica* a los individuos, particularmente al momento de la aplicación concreta de la ley, pero también desde el momento de su creación, ella tiene que partir de ciertos criterios, principios o lineamientos, tanto al hacer la propuesta para la formulación de la ley como al realizar la interpretación de ésta para su aplicación concreta. Por ello, la dogmática tiene que procurar hacer realidad en las decisiones político-criminales —tanto en el ámbito interno como en el internacional— los contenidos de los principios fundamentales característicos del *Estado democrático de derecho*,<sup>74</sup> que son categorías que deben ser plasmadas o reconocidas en la ley por el legislador o categorías formales que deben ser observadas por el juzgador. Y ello, se insiste, debe ser así aun cuando la política criminal y el derecho penal hayan sufrido los impactos del proceso de globalización y de internacionalización del delito. La utilidad práctica de esos principios es que garantizan la *libertad*, y se garantiza en tanto que ellos procuran fijarle límites al ejercicio del poder penal, es decir, procuran frenar el abuso del poder penal. Por lo tanto, la dogmática penal, cuya tarea también consiste en ofrecer certidumbre y seguridad jurídica, no debe apartarse de esos principios.

Por razón de lo anterior, aun en el caso del derecho penal internacional habrá que pugnar por la observancia de ciertos principios fundamen-

<sup>74</sup> Entre los que habrá que considerar los principios de *legalidad*, de *acto*, de *bien jurídico*, de *culpabilidad*, de *presunción de inocencia*, de *ultima ratio*, entre otros.

tales y manifestarse contra todo criterio que pueda propiciar *autoritarismo*. De ahí que, para los efectos político-criminales en el marco de un sistema penal de un Estado democrático de derecho, habría que ver cuál de las actuales construcciones sistemáticas (*welzeliana* y *roxiniana*, o *welzeliana* y *jakobiana*, o alguna otra) puede estar en mejores condiciones de contener el poder penal y de ofrecer seguridad jurídica para los individuos, así como posibilitar que el derecho penal *internacional* cumpla de mejor manera su misión de proteger bienes jurídicos de tanta trascendencia.<sup>75</sup> La respuesta a esta cuestión dependerá, en gran medida, de qué tanta relevancia, en las decisiones político-penales y en las construcciones dogmáticas, se le dé o no a las consideraciones *ontológicas*, o sea, a los contenidos *lógico reales* o elementos previamente dados de los propios objetos de regulación penal; así como de qué tanto se puede lograr la compatibilidad de los mundos material y normativo o de los planos ontológico y teleológico; pues todo ello tiene que ver con el problema de la legitimación del poder penal y de sus alcances. Por lo tanto, dependerá de qué tanto se acepte o se rechace la filosofía de la *omnipotencia jurídica del legislador*, o la idea de que la ley pueda tener cualquier contenido, sin importar si éste es justo o no.

<sup>75</sup> Pues igualmente habrá que partir de la idea de que el derecho penal internacional sólo se justificará en la medida en que con él se trate de proteger bienes jurídicos de fundamental importancia para la vida ordenada en comunidad.