

LA GLOBALIZACIÓN Y LAS ACTUALES ORIENTACIONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL

*Augusto J. Ibáñez Guzmán**

Nos encontramos en punto de realizar unos planteamientos, como dice el no iniciado, a mano alzada, sobre el tema “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”.

Lo anterior indica que se va a realizar en esta intervención, un conjunto de señalamientos, de resúmenes de puntos de vista y de proyecciones sobre dos temas de vital importancia en la hora actual del mundo: La globalización, de un lado y, las actuales orientaciones de la política criminal, del otro.

Son temas de especial ponderación e interés, sobremanera para los trabajos de la Comisión del Código Penal Tipo Iberoamericano, pues, ni más ni menos, estos trabajos son, sin duda alguna, fórmula, manifestación, ejecución de la globalización del derecho, del derecho penal, pero desde el punto de vista de la academia. Bienvenida la idea de la Secretaría Ejecutiva y comencemos nuestra relación de temas:

I. DE LA GLOBALIZACIÓN

El tema de la globalización es tan próximo, como conocido por todos nosotros. A dichos tópicos, hoy se apela más por las necesidades u oportunidades económicas,

* Profesor titular Universidad Externado de Colombia. Profesor derecho penal Universidad Javeriana.

que por las reflexiones de carácter jurídico. No obstante, trataré de demostrar que no debería ser así, pues, aunque las tensiones sociales producen reflexiones jurídicas, no por ello, es dable pensar que el derecho fue ajeno al desarrollo de la idea global, de la labor en grande dimensión o de la postura amplia sobre la ejecución y protección de los derechos por encima de las posturas del antiguo concepto de “soberanía”.

Este es pues el primer punto: La soberanía. Unas son las consecuencias de la idea de la “soberanía” vista como punto de partida de la construcción o reconstrucción del “Estado nación” y otro, muy diferente, es el marco de tal concepto, cuando se presenta la posibilidad de encontrar un marco global de protección a los derechos y su ejercicio, que supera, debemos decirlo desde ahora, las estrictas normas de las fronteras y los límites de los Estados. Veamos:

Cuando devino la posibilidad organizacional del poder y este se concentra como necesidad de decisión y de “imperio”, el juego del poder llamaba a las posiciones de resguardar al “monarca” en un lugar para que allí fuera suficiente, total, inflexible y omnipresente. Nos encontramos con el “soberano”, como sujeto y la “soberanía”, como actitud o facultad del “soberano”. Una de las manifestaciones de la “soberanía” es el de la decisión, el de la imposición, que en términos penales se denominó el *ius puniendi*. Son pues los momentos del alto feudalismo y el paso a la sociedad nacional, la que permitió dicho diseño.

No es esquivo el pensamiento cuando recordamos los esfuerzos de las naciones y de los Estados, por buscar identidad étnica, religiosa, en fin, valorativa, y de esta manera construir la nación y el Estado en sí mismo considerado. Pero, de otra parte, los esfuerzos son mayúsculos cuando se tratan de buscar mecanismos pacíficos de solución de conflictos e instrumentos internacionales para solucionar las diferencias de fronteras. De especial valía resulta ser el reconocimiento de los movimientos sociales por parte de Estados ya configurados u otros entes internacionales, al lado de lo cual se encontraba vigente y actuante la figura de la “beligerancia”.

En este orden de ideas, es de recordar que las formas de hacerse al territorio, elemento esencial del Estado, se encontraban en las figuras del *uti possidetis iuris*, o de la fuerza. La fuerza, la guerra, como tal, desde esta arista de observación, genera derecho, derecho por la posesión, por la ocupación y desde luego, en su momento, sobreviene el “glamour”, los “modales” de la guerra, derecho de gentes, hoy aparejado como Derecho Internacional Humanitario.

Las guerras de ocupación, las guerras de agresión, las guerras por el territorio, como quiera que se llamen, no han acabado. Por el contrario, el concepto de “soberanía”, en tales prismas no ha variado, sólo se ha transformado y se ha convertido en sofisticados y prósperos negocios. En fin, hasta en teoría económica, en la macroeconomía se tiene como instrumento de desarrollo, como indicador de crecimiento. Existe así una política económica de guerra. No obstante, a la agresión, como acto o como crimen,

se le ha señalado como la madre de todos los crímenes. Instrumentos existen, para su prevención y ahora para su represión. Ya lo veremos.

De otra parte, se tiene el concepto de la soberanía como punto de desarrollo económico, instrumento y política de proteccionismo del mercado y en fin, como política de Estado y de Gobierno. Ello también es otra visión del problema desde el punto de vista económico.

Lo dicho es un desarrollo histórico comprobable. No obstante, ni la guerra, ni el proteccionismo son autárquicos. Se desarrollan en algunos ambientes, en unas especiales condiciones sociales determinadas y algunos piensan y con razón atendible que, son manifestaciones y producto de la dependencia económica. Allí cualquier eufemismo es válido, desde países en vía de desarrollo o países subdesarrollados.

Las necesidades del mercado y del empleo cambian la ruta de pensamiento. Observen ustedes, la unidad para el pago y cobro de los aranceles, que también es producto de la política de proteccionismo; o, el manejo de las capacidades de producción para crear marcos de unidad de mercados; o, el manejo de los capitales frente al empleo y al costo de producción, como es el caso del grave problema de los denominados “capitales golondrina”. Todas estas manifestaciones hacen que se creen diálogos productivos, alianzas económicas y de mercado: el diálogo norte sur, los no alineados, los grupos económicos de explotación especial, las políticas de márgenes arancelarios, el Acuerdo de Cartagena; el Acuerdo EE. UU. Méjico, Canadá, en fin la Comunidad Económica Europea. Allí eclosionan marcos de mayor importancia, cuando es el caso buscar, no solo la unidad económica, sino la organización política, como se evidencia en la Comunidad Europea.

Las guerras son, entonces, de carácter económico y allí, en cada paso que hemos descrito, el derecho y la justicia se encuentran presentes. Regulación para la protección del mercado de capitales, de los signos de marginalidad de los aranceles, protección al derecho de ingenio o de propiedad; en fin, Parlamento Europeo y tribunales en la materia.

No obstante lo dicho en precedencia, la globalización es más próxima a nosotros que lo que hasta aquí se ha apuntado. De grata recordación varios momentos e instituciones. Veamos:

Desde épocas del derecho romano antiguo, se presentan y estuvieron vigentes varias figuras, hoy presentes en nuestro sistema, una de ellas: el denominado “abandono noxal”, fórmula de entrega de un hipotético responsable de una acción criminal, para que fuera sancionado y así evitar la vindicta entre los miembros de una organización tribal o grupo social, que con el desarrollo histórico, no resultó distinto a un antecedente del instituto de la extradición.

Tampoco es exótico el citar en este momento, como punto de encuentro, lo relativo a los mecanismos de aplicación de la ley en el espacio, en donde, como se recordará existe la figura, bien que conocida del “estatuto universal” que, aunque con varios requisitos para su viabilidad y utilización, posee sin lugar a dudas un norte para buscar la persecución del delito realizado por cualquier persona, en cualquier lugar, contra bienes jurídicos genéricos. En derecho comparado, no es tampoco exótico reflexionar sobre este tópico y ver cómo los instrumentos internacionales en contra del delito se encuentran en ejecución, por mecanismos parecidos a los aquí señalados, como es el caso de la situación chilena y aparentemente, de Argentina. Allí, la soberanía en su concepto inicial, pierde fundamento, para optar otra postura en persecución del delito y, ahora, en protección de la víctima.

La situación es entonces aplicable, viable y global. Pero el discurso no queda allí. Baste con recordar el juzgamiento que en posguerra se realizó en Nuremberg y Tokio; y lo que ha sucedido con respecto a la creación de los tribunales *ad-hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda. No sin dejar de hablar de la posibilidad de la creación de un Tribunal conjunto en el caso de Sierra Leona, en este caso compartiendo interés por medio de una denominada “comisión de la verdad”, a la cual le vamos a dedicar unas letras, más adelante.

Los instrumentos de la globalización penal, no quedan en el funcionamiento de los tribunales especiales, se han firmado y se encuentran en vigencia varias que hacen referencia a la persecución del narcotráfico, el terrorismo, la trata de blancas, el blanqueo de dineros, la corrupción administrativa, etc. Lo cierto es que existe un interés de la comunidad internacional de buscar salidas globales a algunos de estos problemas que hacen, como lo demostraremos una orientación de política criminal también global. Más adelante nos referiremos a ello.

Existe pues, una gran propensión al pensamiento de la globalización del derecho penal, ya lo demostramos. No obstante, para seguir el discurso y temas de bienes jurídicos con jurisdicción internacional, se afirma que las guerras del presente milenio, lo serán por los derechos humanos.

Pero habíamos dicho en párrafos anteriores que el crimen de agresión es considerado como la madre de los crímenes contra la humanidad.

El criterio y determinación de lo que constituye el “crimen contra la humanidad” es, sin punto de duda uno de los argumentos que fundamentan un bien jurídico de gran importancia, de carácter internacional, supra nacional, global y que rompe cualquier reflexión sobre la “soberanía”, como concepto clásico.

La guerra, el conflicto armado en general, ha hecho que el derecho se masifique, se logren puntos de acuerdo sobre su protección y en fin, se logre establecer una persecución, ahora de carácter individual. En efecto, no solo el concepto de “soberanía”

ha cedido por razones antes anotadas, sino que la responsabilidad ha pasado de la mera reflexión de la falla del servicio, propia de la teoría administrativista y frente y con respecto al Estado, temas que manejaba con buen criterio los cultores de los derechos humanos, sino que ahora, se está entronizando una esfera de la responsabilidad penal individual, a nivel internacional.

No terminados de canalizar los efectos de asombro de la segunda guerra mundial, la atención del mundo se centra en la determinación de responsables, dentro de los derrotados. Surge en juicio *ex post*, la posibilidad de precisar las vulneraciones. Ello corresponde al intento de captar los grandes atentados contra la humanidad, como núcleo rector de protección.

El derrotero histórico lleva a diferenciar, de entre varias conductas, la separación entre genocidio y lesa humanidad, por una parte; y, por otra, los atentados que se llamarían posteriormente crímenes de guerra.

Tal impulso tanto legislativo, ya sea por los tribunales *ad-hoc* de la época, como por los instrumentos que se van adoptando, sin duda hacen parte del devenir de las instituciones afectas a lo que se constituiría o denominado como “Derecho Penal Internacional”.

Antecedente en decisiones “judiciales” y “legislación” adoptada en instrumentos multilaterales o subregionales, permitieron, de una parte establecer el bien jurídico denominado “lesa humanidad” y la globalización del derecho penal, en sentido estricto. Los conflictos continúan, se presentan los hechos conocidos en Yugoslavia y Ruanda, en donde debido a la imposible aplicación del derecho y de justicia, así como la posible atomización del Estado, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas crea los tribunales *ad-hoc*. Antecedentes de decisión “judicial” que posee especial connotación para la creación de la Corte global, a la que nos referiremos más adelante.

En este estado de la discusión, no cabe la menor duda de:

- * Una creación de justicia supranacional
- * Una precisión de bienes jurídicos de interés multinacional
- * Un cambio en el concepto y contenido de la soberanía.
- * La aceptación multilateral de jurisdicciones y competencias
- * Un reconocimiento de persecución de la macro-vulneración
- * Una apreciación jurídica y de derecho penal global.

II. POLÍTICA CRIMINAL Y SU ORIENTACIÓN

Son muchas y de variada índole las posturas y las teorías que se tengan sobre lo que cada sector trata de llamar “política criminal”, desde aquellos que tratan de hacerla coincidir con una “política penal”, hasta los que sostienen la coincidencia entre “política criminal” y “política social”. No es de nuestro resorte entrar en la discusión, ni plantear argumentos audaces. Lo cierto es que, si encontramos a la “política criminal”, como el conjunto de instrumentos institucionalizados, para enfrentar el delito y le agregamos la necesidad y justificación del derecho penal actual, como es, la protección a la víctima, hemos de llegar a la conclusión necesaria, de buscar unos puntos de coherencia de discurso, que permitan configurar y luego criticar una estrategia que podemos llamar “política criminal”. De la siguiente manera:

* Con el cambio de contenido y de concepto de soberanía, se ha establecido una forma de protección de los derechos, en general; con respecto al derecho penal, la suscripción, ratificación, adhesión, etc., de varios instrumentos internacionales en persecución de la criminalidad.

* Muchos son los instrumentos internacionales así concebidos, han establecido un reforzamiento a nivel interno, en contra de las manifestaciones delictivas, que son consideradas como aquellas de macrovulneración. Ejemplo de ello, la convención de Viena contra el narcotráfico, contra el terrorismo, la convención contra la financiación del terrorismo, la convención contra la delincuencia transnacional, la convención contra las minas antipersonales. Amén de las conversaciones para los acuerdos sectoriales o multilaterales contra la corrupción, contra el tráfico de armas, el uso de armas nucleares, etc.

Esos instrumentos hacen pensar en la existencia de una “política criminal”, contra la delincuencia organizada, cuyo contenido y dirección se encuentra en el reforzamiento de las legislaciones internas.

* De otro lado tenemos los instrumentos internacionales que se refieren a los “derechos humanos”, tutela y protección de los mismos. Allí se observa como destinatario al Estado y su incumplimiento acarrea una responsabilidad estatal, que no propiamente de contenido penal. Por ejemplo el Pacto de San José, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los derechos del niño, Convención estatuto sobre refugiados, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanas o degradantes, los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales.

Instrumentos que actúan de manera tal que, producen todo un conjunto de compromisos de los Estados, en tutela de los derechos humanos y, especialmente por los Convenios de Ginebra y los protocolos adicionales, sobre el Derecho Internacional Humanitario. El compromiso se amplía a las “partes” y “partes” en conflicto cuando se trata de Derecho Internacional Humanitario. Allí se produce es una reconducción normativa,

vale decir, una “política criminal” de tutela y protección a los derechos humanos y por el Derecho Internacional Humanitario.

La diferencia

¿Cuál será la diferencia entre las dos formas de “política criminal” expuestas en los llamados anteriores? Una y rotunda: la primera es de persecución, llamando la atención de los Estados para lograr una postura drástica y una aproximación a los estándares internacionales que claman por la punibilidad de las conductas. Mientras que la segunda es de protección y tutela.

La similitud

¿Cuál será la similitud entre ambas formas de política criminal? Pues que en ambas se están creando, de alguna manera unos bienes jurídicos objeto de tutela. Lo que sucede es que una es un reforzamiento de persecución y el otro, como se dijo es un reforzamiento de tutela.

Consideración

De interés es resaltar que, por lo menos en Colombia, la “política criminal” de protección hace parte del denominado bloque de constitucionalidad y por ello, son normas a nivel constitucional, que son de aplicación preferente, no se pueden desconocer ni en los Estados de excepción y son marco de interpretación.

* El desarrollo de la segunda fórmula de “política criminal”, ha permitido la constitución de tribunales *ad-hoc*, como ya se dijo. Tribunales *ex post* que han funcionado luego de los conflictos internos. Céntrase la atención en este momento en un giro de discurso, cuando se busca es el establecimiento de la responsabilidad individual. Derecho penal clásico. Se ha criticado y mucho la existencia de estos tribunales, por su carácter provisional, *ad-hoc* y *ex post*. Razón de más para que en el caso de Sierra Leona, se trate de buscar una solución diversa, que no lleve a la justicia foránea propiamente tal y que se convenga con una “comisión de la verdad”.

* En el caso de Sierra Leona y en fin, de los tribunales *ad hoc*, en el fondo lo que se coloca en duda, en la hora actual, no solo es lo foráneo (jueces y normatividad), sino la configuración de la democracia, pues cada uno de las partes se ven a sí misma como lo legítimo y lo más representativo, en el conflicto. Por ello, la constitución de una “comisión de la verdad”, en donde con base en dicho instrumento desjudicializado, se logre un punto de partida para la reconciliación nacional. Ello es lógico, pues una es la responsabilidad de las personas que ordenan y poseen el facto del poder, con medios e instrumentos legales e ilegales y otra es la situación de quien ejecuta la orden y que en momentos anteriores habían sido amigos, vecinos y contertulios de su propio adversario posterior. Los factores de tal “Comisión” no son propiamente

penales, la verdad es la base de la reconciliación y el deseo de la víctima como forma de reparación es el punto cardinal de la reflexión. Se dirá allí que existe impunidad. Ello es posible, desde la arista clásica del *ius puniendi* del Estado; no obstante, productiva y contraria en todo a la impunidad, pues la víctima es el centro de la reflexión y de la determinación final.

Se puede afirmar que, este es un instrumento que nace aparejado con los tribunales *ad hoc*, o al lado de una gestión judicial propia, pero sin duda un instrumento de “política criminal”. De aquella “política criminal” que por medio de sus instrumentos, busca básicamente resolver el conflicto y de la manera, posiblemente más democrática.

* De las críticas antes esbozadas y genéricas, se logró luego de muchas labores diplomáticas y de las organizaciones no gubernamentales, la configuración de un estatuto, que se ha denominado el “Estatuto de Roma”. Las características especiales de dicho instrumento son:

- * Se trata de la Constitución y establecimiento de una Corte Penal Internacional.
- * Con jurisdicción global.
- * Posee una descripción de los crímenes de competencia de la Corte: Genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, tanto en conflicto interno como internacional. Posiblemente sobre el crimen de agresión, si fuere posible, cuando se determinen sus elementos y las condiciones de procedibilidad.
- * Con unos principios rectores garantísticos.
- * Contiene un conjunto de reglas de procedimiento y prueba.
- * Una especial aceptación y participación de la víctima.
- * Unas relaciones con los Estados.
- * Establece cuales son sus organismos y su administración.
- * Establece su vigencia al momento de la ratificación por parte de 60 Estados.
- * Y establece un mandato para lo siguiente:
 - * Determinación de los elementos de los crímenes.
 - * Establecimiento de unas reglas de procedimiento y prueba, es decir, de un Código de Procedimiento Penal.
 - * Un acuerdo sobre privilegios e inmunidades.

- * Un acuerdo sobre las relaciones Naciones Unidas con la Corte Penal Internacional.
- * Un acuerdo sobre el régimen financiero.
- * Un instrumento sobre la Asamblea de los Estado Parte.

* Ello indica la globalización de la justicia, con las características antes mencionadas y entonces una “política criminal” no sólo de protección sino hacia el futuro. Se subsana la crítica que se hacía a los tribunales anteriores de ser provisional, *expost* y *ad-hoc*.

* De interés la presentación y viabilidad, en cuanto a la denominada víctima del crimen, quien a lo largo de la exposición temática de descripción de los comportamientos, como en las reglas de procedimiento y prueba, posee amplio reconocimiento y participación.

* En suma, existe una “política criminal”:

- * Una de persecución, otra de protección o tutela.
- * Una de adopción de legislación en punto de lograr estándares, en la política contra el delito. Otra en la búsqueda de tutela por medio del los derechos humanos y en Derecho Internacional Humanitario.
- * Se aceptan y son atendibles figuras como las denominadas “comisión de la verdad”
- * El establecimiento de una Corte global con las características anunciadas antes.
- * En los puntos de protección se encuentra especialmente resaltada la postura y ubicación de la víctima y ya no su indemnización, sino la reparación.

* Por último, se han hecho observar críticas, tales como:

* La masificación de la axiología que puede ser tomada como de un sector del poder económico y social, frente a lo lateral y del margen. No obstante, luego de la guerra fría, la protección a las macrovulneraciones impiden el debate sobre las hegemonías y aunque los valores son diversos, existe un mínimo de derechos que han de ser respetados, por lo menos en la época actual.

* Que existe hegemonía en la implantación de los instrumentos. Ello en la teoría es inviable, pues la discusión es en el concierto de las naciones o en los grupos regionales

o subregionales, con igualdad de discernimiento y voto; en la práctica ello es posible, pues depende de la gestión y la altura de ejecución de los planteamientos y en la acción. El problema no es de hegemonías, sino, cómo lograr que tal criterio sea modificado por la realidad de labor y gestión. En suma, no existen problemas que los Estados no puedan solucionar por sí mismos, lo que sucede es que no existe decisión política para llevarlos a cabo.

* Se dice que fijar tales instrumentos de protección establecen un derecho natural. Ello no es completamente correcto, por ello mismo incorrecto. El derecho es esencialmente histórico; las tutelas en este momento son las señaladas, en otras épocas, serán otras. Ojalá lo sean.

* Por último debo señalar la importancia y utilidad, de estos tópicos para la reunión que nos convoca. Observen que nuestra reunión trata de un tema vital: El debate y discusión sobre un instrumento mental, luego efectivo –como sucedió con el Código Tipo para América Latina–, como es el “Código Penal Tipo Iberoamericano”. Ello es globalización y por ello su importancia.